

**A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E UMA BREVE ANÁLISE DE SEUS REFLEXOS FINANCEIROS, ADMINISTRATIVOS E SOCIAIS NA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Matheus Gustavo de Sousa Teles<sup>1</sup>

**RESUMO**

O presente trabalho tem como enfoque a análise do fenômeno da judicialização do direito à saúde sob a ótica da crescente propagação de ações judiciais sobre o tema nos últimos anos, explorando seus efeitos, diretos e indiretos, que impactam sobre a Administração Pública e a sociedade como um todo. A judicialização da saúde é reflexo de um sistema de saúde deficitário, que não consegue concretizar a contento a proteção desse direito fundamental tomado na Carta Política de 1988 como um direito-dever do Estado. Contudo, esse sucessivo fenômeno tem sido alvo de grande preocupação por parte de juristas e gestores públicos, uma vez que essa intervenção na saúde produz a desorganização do orçamento estatal, prejudica a oferta de serviços pelo Poder Público e drena recursos disponíveis, além de resultar na subversão de princí-

---

<sup>1</sup>Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade Única/Instituto Pró-Minas, pós-graduando em Direito Médico e Hospitalar pelo Instituto Brasileiro de Formação (UniBF). Estudioso do plano do Direito Constitucional, Financeiro, Tributário e da Saúde e suas intersecções. Advogado.

pios e diretrizes sobre os quais se estruturam políticas, ações e serviços de saúde no Brasil. Como se verá no transcorrer deste trabalho, o tema engendra uma compreensão da complexidade que é a promoção e a proteção da saúde à luz da intervenção judicial na álea dos serviços públicos de saúde. Nesse enfoque, o presente trabalho demonstrará os números representativos dos gastos com a judicialização da saúde no país e analisará os principais efeitos causados ao planejamento orçamentário e à gestão eficiente dos recursos públicos disponíveis.

**Palavras-chave:** Direito fundamental à saúde. Judicialização. Políticas públicas. Finanças públicas.

### **ABSTRACT**

The present work focuses on the analysis of the phenomenon of the judicialization of the right to health from the perspective of the growing spread of lawsuits on the subject in recent years, exploring its effects, direct and indirect, that impact on Public Administration and society as one all. The judicialization of health is a reflection of a deficient health system, which fails to successfully fulfill the protection of this Fundamental Right taken in the Political Charter of 1988 as a right-duty of the State. However, this successive phenomenon has been a target of great concern on the part of lawyers and public managers, since this intervention in health produces disorganization of the state budget, impairs the supply of services by

the public power and drains available resources, in addition to resulting in subversion principles and guidelines on which health policies, actions and services in Brazil are structured. As will be seen in the course of this work, the theme engenders an understanding of the complexity of health promotion and protection in the light of judicial intervention in the area of public health services. In this approach, the present work will demonstrate the representative numbers of the expenses with the judicialization of health in the country and will analyze the main effects caused to the budgetary planning and the efficient management of the available public resources.

**Keywords:** Fundamental right to health. Judiciary. Public policy. Public finances.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais no Brasil, a partir da Constituição da República Federativa de 1988, têm enfrentado grandes desafios no processo de sua efetivação, notadamente quanto ao direito fundamental à saúde. Pressuposto para uma cidadania plena, a garantia do acesso à saúde é um dever do Estado brasileiro estabelecido constitucionalmente e efetivado por meio de prestações positivas do poder público, direta ou indiretamente. Entretanto, a ausência de concretude nas políticas públicas de saúde traz consigo impactos negativos na proteção basilar da dignidade da pessoa humana.

Para Santos (2016), os direitos sociais, tal como o direito à saúde, vêm sofrendo importantes transformações e, de alguma forma, ataques do capital, seja pela privatização, seja pela focalização e pela precarização dessas políticas, que modificam a relação do cidadão com o Estado. Esse contexto vem sendo mais turbulento, principalmente pela existência de um panorama político delicado envolvendo altos níveis de corrupção e da dissolução de direitos já garantidos pela sociedade.

O contexto atual indica desafios para a real efetivação do Sistema Único de Saúde (SUS). Contudo, quando o Estado não consegue assegurar um direito mínimo à saúde, surge a legitimidade do Poder Judiciário como última saída para sanar o problema posto. E é nesse verdadeiro mecanismo de controle social que nasce o fenômeno da judicialização do direito à saúde.

O constante protagonismo do Poder Judiciário, intervindo nas políticas públicas originariamente a cargo do Poder Executivo, tem evidenciado preocupação em razão dos efeitos que essa prática contínua possa causar sobre o orçamento, a Administração Pública e o próprio Judiciário brasileiro. Conforme será examinado, estudos do Tribunal de Contas da União mostram que os valores gastos pelo Ministério da Saúde no cumprimento de decisões judiciais na área da saúde aumentaram mais de quatorze vezes nos últimos oito anos (BRASIL, 2017). Em outro aspecto, o único caso da Fosfoetanolamina, também conhecida como “pílula do câncer”, resultou, no período de oito meses, em cerca de 13 mil liminares para que a Universidade de São Paulo fornecesse medicamento ain-

da não aprovado na ANVISA e cuja eficácia ainda não havia sido comprovada por estudos técnicos (DALLARI-BUCCI; DUARTE, 2017).

A ineficiência generalizada da gestão pública no Brasil vem estimulando o volume de demandas por justiça junto ao Poder Judiciário, notadamente desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, com predominância da tutela do direito individual à saúde. O que se observa é uma complexa relação entre a atuação do Estado nas prestações positivas para efetivação do direito fundamental à saúde e a intervenção do Judiciário.

Nesse contexto, sem adentrar na usual e acertada percepção popular de que o sistema de saúde é ineficiente em razão de fatores como corrupção, incompetência administrativa e má vontade política, uma vez que o próprio limite de páginas não seria suficiente para essa linha de discussão, o presente trabalho se desenvolverá com o objetivo de analisar a condução das políticas públicas de saúde sob a precisa ótica da judicialização, questionar os paradigmas vigentes e identificar os seus principais efeitos, estimulando uma reflexão acerca das consequências que a ingerência excessiva do Judiciário pode acarretar na garantia de acesso à saúde no Brasil.

## **2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL**

De forma pioneira, a Carta Constitucional de 1988 concretizou o marco da redemocratização do regime político no

país, a par da institucionalização dos direitos humanos após mais de vinte anos de regime militar. Com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a vida humana passa a ser o vetor central dos ordenamentos jurídicos modernos, com nítidas influências lançadas na atual Constituição de 1988, que, de forma inovadora, dedicou um capítulo exclusivo para seu tratamento, no título denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Em comparação com a Carta Política anterior de 1967, a qual se limitava a uma sutil divisão de competências, a vigente Carta de 1988, por sua vez, consagrou a defesa e a proteção da saúde humana como um dos sustentáculos da nova ordem constitucional instalada. Em verdade, até a promulgação da atual Constituição Cidadã, “nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social” (DALLARI, 1995, p. 30), somente vindo a ser positivada no Brasil após 40 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A emersão dos direitos sociais pós-Segunda Guerra, representada pela construção de um constitucionalismo de matriz democrática, trouxe a intenção de efetivação dos objetivos próprios de um Estado de Bem-Estar Social, originando uma gama obrigação por parte do Estado na prestação de bens e serviços para a sociedade civil, destacando-se a prestação de saúde pública. Nesse contexto, ainda que o modelo de Estado de Bem-Estar Social não tenha sido plenamente consolidado no Brasil, comparado com outras sociedades ocidentais industrializadas (CIARLINI, 2013), o constituinte de 1988 elevou o

direito à saúde ao patamar de direito fundamental com nítido objetivo de se alinhar ao atual contexto mundial.

Regulado por quatro longos artigos constitucionais que descrevem os contornos gerais da política pública e da oferta privada desses serviços, além de outras 62 citações na Carta Política, a consagração do direito social à saúde veio inicialmente positiva do em seu art. 6º: “Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, [2018], não paginado, grifo do autor).

Dando complementariedade à revolucionária e admirável redação do art. 6º, é no art. 196 e seguintes da Carta de 1988 que esse direito atinge seu grau máximo de concretização em nível normativo constitucional:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, [2018], não paginado).

É de se ressaltar a inter-relação direta entre o direito à saúde e os demais direitos fundamentais inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, considerando que a percepção de saúde não se apresenta como simples fim em si mesmo, mas como um meio circundado diretamente por inúmeros outros

bens juridicamente tutelados que se incorpora o próprio conceito de saúde pública.

O direito à alimentação, ao lazer, ao trabalho, à moradia, à proteção da família, das crianças, dos adolescentes e dos idosos e demais núcleo sociais inseridos no atual panorama de dignidade humana são direitos que se apresentam como pontos de intersecção e reciprocidade com o direito à saúde, considerando que a consecução de um também se dá pela salvaguarda de outros. Nesse limiar, em vista da longa relação entre os direitos fundamentais, frisa-se que a saúde é um dos elementos estruturantes da vida humana, seja como pressuposto determinante para sua existência, seja como elemento qualitativo. Nessa conexão indissociável entre a saúde e a vida, bem discorre o autor Ordacgy (2014, não paginado):

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se substancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

O binômio saúde e vida apresenta-se como garantia de condições mínimas para o bem-estar da pessoa humana, conforme definição proposta por Humenhuk (2002, p. 6):

A saúde também é uma construção através de procedimentos. [...] A definição de saúde está vinculada diretamente a sua promoção e

qualidade de vida. [...] O conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios.

Em sentido convergente, alinha-se o conceito de saúde adotado pela Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946, que a definiu como um “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946, não paginado).

Partindo das acepções apresentadas, a Constituição de 1988, buscando conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais, atribuiu-lhes expressamente em seu art. 5º, §1º, aplicabilidade imediata. Aplicabilidade, segundo Silva (2007), liga-se à possibilidade de produção de efeitos jurídicos pela norma, significando a aptidão para que sejam disciplinadas situações e comportamentos previstos, sua exigibilidade em potencial, representando, portanto, a eficácia jurídica da norma.

A despeito da eficácia aos direitos fundamentais, bem leciona Grau (2005, p. 105):

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual é inscrito é autossuficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na

qual se consume a sua efetividade [...]. Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.

Conforme Grau (2005), o Poder Judiciário tem a função de reproduzir e produzir o direito, baseado nos princípios jurídicos. Essa produção do direito não quer dizer que o Judiciário assuma a função legislativa, mas tem por objetivo assegurar a pronta execução do direito. As normas de direitos fundamentais possuem natureza vinculante ao poder público, de modo que lhe sejam impostas obrigações para a ampliação da aplicabilidade desses direitos, possibilitando simultaneamente, por meio de mecanismos judiciais, a faculdade de o cidadão exigir do Estado o cumprimento quando omissos em seu dever público. Com isso, compete ao Poder Judiciário, em última instância, conferir real efetividade jurídica aos direitos fundamentais.

O ministro Barroso (2007, não paginado), ao abordar sobre a exigibilidade dos direitos subjetivos criados pela Constituição, inclusos os direitos sociais, no contexto do que chama de “doutrina da efetividade” – de matriz positivista – em contato com novas formulações doutrinárias como a colisão entre normas, aponta para o papel que o Judiciário passa a ocupar na concretização da Constituição. O reconhecimento da força normativa da Carta Magna na doutrina da efetividade

serviu para “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa”, de modo a corrigir a ausência de efetividade devido ao tratamento da “falta de determinação política em dar-lhe cumprimento.”

Porém, com os novos desafios do constitucionalismo, diante da necessidade de realização dos direitos e dos princípios fundamentais, em especial, em face das limitações do Estado que depende de recursos para sua realização, viu-se surgirem, a partir de Dworkin e com Alexy, elementos que permitem a ponderação das normas constitucionais para que tais situações possam ser resolvidas.

Conforme enuncia o ministro Barroso (2007), estando um direito fundamental previsto na Carta Constitucional, tornando-o de pronto exigível, caberá ao Judiciário, quando vulnerado esse direito, com base nos limites fáticos e jurídicos, intervir buscando a sua aplicação na maior extensão possível e preservando seu núcleo essencial, realizando a ponderação com outros direitos e princípios.

Em meio a todo esse contexto, pode-se compreender, em razão da aplicabilidade imediata conferida ao direito fundamental à saúde, que a Constituição Federal por si só legitimou a busca da materialização da saúde humana por meio do Poder Judiciário, ainda que por meio da ponderação de normas constitucionais e adequação com as limitações fáticas do Estado, dando, assim, azo ao fenômeno que dá título a este trabalho: a judicialização da saúde.

É importante esclarecer de início que esse fenômeno não se confunde com o recorrente ativismo judicial, embora pertença à mesma família. Na explicação do ministro Barroso (2012), o ativismo judicial é uma atitude proativa do Poder Judiciário, uma opção por determinada forma específica de interpretar a Constituição de modo a expandir seu sentido e alcance, visando à garantia e à concretização dos direitos, dos valores e dos fins ali previstos. Está ligado à omissão do Poder Legislativo e ao afastamento entre a sociedade civil e o poder público, que impede o efetivo atendimento das demandas sociais. Já a judicialização, no contexto brasileiro, é um fenômeno no qual questões de grande repercussão política ou social são discutidas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, o que acaba por outorgar maior poder para juízes e tribunais decidirem acerca desses temas “alheios” ao Poder Judiciário.

Segundo o ministro, a redemocratização do país com a Constituição de 1988 é apenas uma das causas da judicialização, tanto em função da recuperação das garantias da Magistratura quanto pela maior consciência e informação dos cidadãos sobre seus direitos, expandindo o poder do Judiciário e aumentando o número de demandas judiciais. Outra causa também assinalada seria a da abrangente constitucionalização ao tratar de diversas matérias, sobretudo garantistas, que antes eram deixadas sob responsabilidade majoritária do legislador ordinário. A nova ordem constitucional concedeu força normativa aos direitos sociais de modo a reconhecer-lhes pretensão

jurídica suficiente ao seu questionamento por meio da interpe-  
lação judicial. Por fim, Barroso pontua o sistema de controle  
de constitucionalidade como uma mola propulsora do fenôme-  
no da judicialização no Brasil, ao permitir que qualquer ques-  
tão política possa ser levada à apreciação do Supremo Tribunal  
Federal.

Sem olvidar das diversas causas que levam à judicia-  
lização, é nítido visualizar a complexidade acerca do assunto  
no sentido de se estabelecer o real alcance do direito à saúde,  
considerando o vasto entendimento que seu conceito abrange,  
para fins de adequada análise em relação às obrigações do Po-  
der Público e os limites fáticos impostos ao seu cumprimento.

Com os olhos voltados para tal problemática, o Supre-  
mo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça pas-  
saram a realizar importantes ações efetivas com objetivo de  
suscitar a questão e promover a orientação do Poder Judiciário  
sobre a atuação nessa seara. Entre essas ações, cabe destacar  
a realização decisiva da Audiência Pública nº 4, marco teórico  
sobre a judicialização da saúde ocorrido em 2009, que opor-  
tunizou manifestação e discussão a fim de esclarecer questões  
técnicas, científicas, políticas e econômicas envoltas no tema,  
bem como, na sequência, a criação do Fórum Nacional do Ju-  
diciário para Saúde em 2010, com objetivo crucial de monito-  
rar e formular propostas para o alto número de processos judi-  
ciais envolvendo questões de saúde pública e privada no país.

Entre as iniciativas do Fórum, destacam-se as três Jor-  
nadas de Direito da Saúde, que aconteceram em 2014, 2015 e

2019, cujo intento é a formulação de enunciados interpretativos para orientar os magistrados em decisões que envolvam a temática da saúde, uma vez que dados do Conselho Nacional de Justiça (2019) apontam mais de 1 milhão de ações judiciais de saúde no país.

Dessa forma, os crescentes números da judicialização da saúde no Brasil, como consequência das intervenções diárias do Poder Judiciário nas políticas de saúde, vêm preocupando tanto aplicadores do direito como gestores públicos, em razão da magnitude que essa massificação judicial tem tomado. É necessário que sejam levados em conta diversos fatores, atentando-se para os efeitos sistêmicos que cada decisão judicial pode oferecer na economia, na política e na sociedade (ACCIOLI; ARABI, 2016).

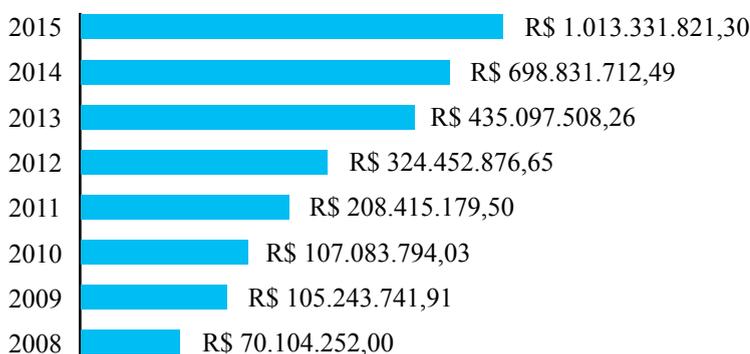
### **3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Conforme desenvolvido neste trabalho, da leitura do art. 196 e seguintes da Constituição Federal, depreende-se que a saúde é ao mesmo tempo um direito integral e um dever estatal. Uma das possíveis e usuais interpretações desse dispositivo é a da garantia de saúde plena a todos. Ocorre que o principal impasse dessa interpretação reside na delicada questão dos impactos financeiros nas contas públicas, diretamente agravados com a judicialização das políticas em saúde (BRASIL, [2018]).

Nesse cenário, o Tribunal de Contas da União realizou uma auditoria envolvendo União, secretarias de saúde e órgãos do Judiciário de estados e municípios, com objetivo de identificar perfil, volume e impacto das ações judiciais na área da saúde pública, bem como investigar a atuação do Ministério da Saúde e de outros órgãos e entidades dos três poderes para mitigar os efeitos negativos da judicialização. Nesse estudo, cujo relatório consta no TC 009.253/2015-7 (DOU 24/08/2017), ficou constatado que, entre 2008 e 2015, os gastos do Ministério da Saúde passaram de R\$ 70 milhões para mais de R\$ 1 bilhão – um aumento de aproximadamente 1.300% em oito anos (BRASIL, 2017).

O gráfico a seguir ilustra detalhadamente esse crescimento exponencial com base nos dados do Ministério da Saúde utilizados no estudo do TCU.

Gráfico 1 - Sobre os valores gastos pelo Ministério da Saúde com o cumprimento de decisões judiciais entre os anos de 2008 a 2015



Fonte: Brasil (2017, não paginado)

Entretanto, a situação do União está longe de ser a pior. Com base no relatório do TCU, apenas os estados de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina gastaram juntos, entre 2013 e 2014, mais que a União em demandas judiciais de saúde. A fonte principal de despesas com a judicialização é o fornecimento de medicamentos, que representa 80% do total de gastos – apenas 19 medicamentos correspondem a mais de 50% dos gastos em Santa Catarina e São Paulo (BRASIL, 2017).

Tomando como exemplo, o governo do estado de São Paulo, em 2015, gastou o montante de R\$ 1,2 bilhão em condenações judiciais para fornecimento de medicamentos e insumos a cerca de 57 mil pacientes. Segundo dados da Secretaria de Saúde do Estado citados no relatório do TCU, esse valor é suficiente para cobrir todas as despesas do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo durante um ano – onde são atendidos 35 mil pacientes por dia. Deve-se notar que 60% dos pedidos são fundamentados em prescrições fornecidas por médicos particulares, porém não necessariamente os demandantes possuem renda elevada, levando em consideração a elevada atuação da defensoria pública nesses casos. Além disso, foi constatado que 34% dos medicamentos solicitados já são fornecidos pelo SUS, sendo pedidas versões tecnologicamente mais novas ou simplesmente fabricadas por outra empresa farmacêutica, muitas vezes menos eficazes que os já disponibilizados na rede pública.

O CNJ estima que os gastos totais do Ministério da Saúde com a judicialização da saúde, incluindo União, estados

e municípios, alcançaram R\$ 7 bilhões de reais só em 2017. Está claro que a União corresponde a uma fração “pequena” de gastos quando comparada com estados e municípios, sendo nestes o grande foco do adensamento judicial sobre a questão (BRASIL, 2017).

O orçamento sancionado em janeiro de 2017 para o Ministério da Saúde elevou o total da previsão de recursos para saúde em R\$ 125,3 bilhões. Levando-se em consideração a previsão do CNJ para os gastos com a judicialização da política em saúde no ano, de R\$ 7 bilhões, ela representa mais de 5,5% do total previsto. Do ponto percentual, pode parecer uma fatia inofensiva em comparação com montante global da pasta, no entanto, considerando a sua forte aptidão de crescimento aliado a uma predisposição de fatores que estimulam cada vez mais esse tipo de demanda, é evidente a atual caminhada rumo a um estado caótico de finanças públicas caso não haja uma discussão e uma solução concreta do problema (BRASIL, 2017).

Conforme explicam os autores Accioli e Arabi (2016), além dos custos diretos com as condenações, seja compra dos medicamentos, realização de melhorias ou tratamentos, há o impacto financeiro indireto de movimentar a máquina pública para solucionar as demandas judicialmente. Mobiliza-se uma grande quantidade de agentes públicos, como juízes, desembargadores, ministros de tribunais superiores, promotores, defensores públicos, servidores administrativos, administradores e gestores, o que representa não apenas um custo econômico,

mas também social, pois o acúmulo de trabalho para solução de matérias em saúde desvia a força de trabalho do Estado de outras atividades. Essa mobilização, além de custosa, por não ser a forma adequada de atender ao cidadão, muitas vezes não deveria nem mesmo ser necessária.

Outro viés da problemática se dá ao fato de que a grande maioria das ações propostas tutela interesses estritamente individuais. Segundo o supracitado relatório do TCU, há predomínio de ações individuais em matéria de saúde. O CNJ, no relatório “Justiça e pesquisa: judicialização da saúde no Brasil”, define a predominância de litigância individual da seguinte forma:

A proporção entre ações coletivas e ações individuais é ainda grande, de modo que a maioria radical de demandas judiciais de saúde versem sobre ações individuais. Isso reforça a ideia de que a microlitigação é um dado em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde. (BRASIL, 2015, p. 43).

Como decorrência direta, a aquisição de medicamentos e tratamentos individualmente pela via judicial resulta em um Sistema Único de Saúde com duas portas de entrada: uma dos que se submetem aos procedimentos habituais e no geral penosos para que tenham acesso às prestações disponíveis, e outra dos que recebem diretamente do Poder Público a prestação almejada, muitas vezes prescrita por médicos particulares, externa ao sistema público. O ministro Barroso (2007, p. 4)

assinala muito bem sobre essa dualidade entre o individual e o coletivo:

Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Todo esse fenômeno traz como grave consequência a própria seletividade para dentro de um sistema constitucionalmente universal, ao passo que a solução judicial se restringe tão somente às partes da ação. A partir desse paradoxo, questiona-se até que ponto as ações judiciais são aptas a concretizar uma justiça distributiva.

O direito à saúde, como um lídimo do direito social, exerce também uma função fundamental de reduzir desigualdades socioeconômicas, considerando o acentuado nível de pobreza presente no Brasil. No entanto, quando esse direito é tutelado pela via judicial, de forma preponderantemente individual e com alta probabilidade de condenação do poder público, não se tem o atendimento almejado por meio do princípio constitucional da igualdade substancial e dos próprios objetivos fundamentais da República.

Apontar os efeitos nocivos do fenômeno da judicialização não se traduz em automaticamente buscar invalidá-lo por completo. A tutela do direito à saúde pelo Poder Judiciário é também um elemento fundamental na efetivação dos desígnios constitucionais, pois não há como ignorar a dimensão individual daquele direito ao estar diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. É necessário que haja a possibilidade da proteção do direito à saúde dos indivíduos em face do abuso ou da inércia injustificada do Estado. Figueiredo e Sarlet (2008, p. 25), traduzem a ideia:

Por outro lado, já se observou que, embora se possa apostar numa preferência pelas tutelas preventivas e ações coletivas, não se pode deixar de considerar a necessária observância da dimensão individual do direito à saúde. Impedir o acesso à justiça a quem foi excluído, pelo Estado, das prestações de saúde certamente também não é a melhor forma de realizar as exigências da igualdade substancial.

No plano organizacional, é incontestável que as condenações judiciais trazem graves consequências ao planejamento financeiro-orçamentário estatal. Os recursos cuja utilização já estava programada precisam ser realocados para o cumprimento de sentenças, desorganizando a atividade administrativa, impedindo a racional adequação dos recursos e colocando em risco a própria continuidade das políticas públicas. A atuação judicial que, de forma crescente, compromete os cofres públicos com a satisfação de demandas particulares altamente res-

tritas, e, por muitas vezes, analisadas sob a ótica estritamente individual, cotidianamente resulta, direta ou indiretamente, na retirada de outras prestações a pessoas que delas necessitam.

O que também se observa das recorrentes condenações judiciais do Poder Público é um estímulo às práticas da judicialização por parte do próprio Poder Judiciário. Quando os pacientes têm seus pedidos atendidos judicialmente, acaba por fortalecer a jurisprudência nesse sentido, encorajando mais pacientes e médicos a demandar e incentivar demandas por essa via, gerando um efeito dominó que, como bem visto, só vem se elevando. E justamente essa tendência levou o Conselho Nacional de Justiça a criar o Fórum Nacional do Judiciário para Saúde e as Jornadas de Direito da Saúde, cujos enunciados aprovados servem como parâmetros de interpretação para decisões judiciais e auxiliam os magistrados na resolução mais uniforme de conflitos acerca do tema.

Exemplo disso é a aprovação dos enunciados nº 5, nº 6 e nº 9, que se referem aos tratamentos experimentais ou ao uso *off label* de medicamentos (fora das diretrizes das indicações homologadas pela agência reguladora) e são alvo de um número crescente de discussões em sede jurisdicional envolvendo conjuntamente a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e as diretrizes estabelecidas pela Conselho Nacional de Saúde. Estão, assim, ementados:

Enunciado nº. 5 - Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos

não registrados pela Anvisa, *off label* e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado.

Enunciado nº. 6 - A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

Enunciado nº. 8 - As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais. (BRASIL, [2019], p. 1-3).

A relevância da questão levou a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça a alterar, em 2018, o entendimento definido pelo colegiado sobre fornecimento de medicamento fora da lista do Sistema Único de Saúde para esclarecer sobre a possibilidade de fornecimento de remédio para situações não previstas na bula registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o chamado uso *off label*.

A nova tese firmada é um importante marco digno de elogios uma vez que estabelece requisitos cumulativos com um teor de objetividade, atingindo, assim, o patamar da segurança jurídica sob a ótica da uniformização jurisprudencial relativo à matéria:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015. (BRASIL, 2018, p. 1).

Ocorre que, mesmo observando a indubitável relevância e valia dos enunciados da Jornada de Direito da Saúde, uma pesquisa realizada pelo CNJ indica que, em primeira instância, tais enunciações foram mencionadas apenas 19 vezes em 107.497 decisões e, em segunda instância, 2 vezes em

82.233 decisões, demonstrando a sua diminuta utilização pelos magistrados em suas decisões (BRASIL, 2019). O desconhecimento dos magistrados em relação aos enunciados e demais ferramentas disponibilizadas pelo Fórum Nacional do Judiciário para Saúde tem sido tomado como uma situação-problema pelo CNJ, uma vez que a sua utilização pode resultar em maior racionalização dos procedimentos judiciais em saúde, diminuição do tempo de resposta e efetividade processual.

Não obstante todas as repercussões apresentadas neste trabalho, surge mais uma grave problemática: a abertura de espaço para fraudes. Em 2008, a Polícia Civil, em conjunto com a Secretaria de Saúde de São Paulo, deflagrou a operação “garra rufa”, na qual se detectou um pequeno número de médicos e advogados que, junto à ONG Associação dos Portadores de Vitiligo e Psoríase do Estado de São Paulo, estavam envolvidos em inúmeras ações judiciais solicitando certos tipos de medicamento de alto custo para o tratamento de psoríase (G1, 2016).

Essa organização criminosa emitia laudos para pacientes que não portavam a doença ou que a portavam, mas não no grau que justificaria a necessidade dos medicamentos pedidos. Em troca, auferiam vantagens financeiras advindas dos laboratórios que produziam os fármacos. Segundo dados do TCU (2017) sobre o caso, o custo estimado do prejuízo aos cofres públicos do estado de São Paulo foi de R\$ 63 milhões. Ainda segundo o TCU, algumas das drogas solicitadas no esquema inclusive já faziam parte dos protocolos do Ministério da Saúde.

Caso similar, também no estado de São Paulo, noticiada pela revista *Época* (2016), é o “caso Juxtapid”. Segundo o corregedor-geral da Administração do estado de São Paulo, cerca de 46 pessoas demandaram judicialmente o fornecimento do fármaco Juxtapid, medicamento utilizado na redução do colesterol. Cada cápsula custa cerca de US\$ 1.000 por dia, US\$ 30 mil por mês e US\$ 360 mil por ano, ou seja, mais de R\$ 1 milhão por paciente, visto que se trata de remédio produzido por um laboratório norte-americano. A operação “Ascéplio” descobriu o envolvimento de 13 médicos e representantes da empresa americana Aegerion Pharmaceuticals (SEGATO, 2016).

Segundo informações do caso, a maioria dos demandantes nem mesmo sabia que havia ingressado com ação judicial e muito menos que possuía a doença. Indo de mal a pior, o medicamento Juxtapid não é sequer utilizado para o combate do colesterol, sendo aprovado nos Estados Unidos apenas para o tratamento de uma doença genética rara, que acomete uma pessoa a cada 1 milhão. O custo total da fraude pode ter alcançado a margem de R\$ 40 milhões.

O que também se observa é uma confiança excessiva dos juízes nos médicos que fornecem os laudos para embasar o ingresso com a demanda judicial, fazendo com que a indústria farmacêutica se aproveite demasiadamente da situação, como cita a reportagem revista *Época*:

Não é de hoje que parte da indústria farmacêutica faz um jogo triplo: estimula os médicos

a prescrever drogas de alto custo ainda não disponíveis no SUS; financia associações de pacientes para que elas ofereçam apoio jurídico gratuito aos interessados em processar o Estado; e, por fim, determina livremente o preço dos produtos (quase sempre importados) ao gestor. (SEGATO, 2016, não paginado).

Enfim, sem olvidar de outras inúmeras circunstâncias que poderiam ser debatidas acerca dos efeitos perigosos que permeiam o fenômeno da judicialização da saúde, é inegável a posição fundamental do Poder Judiciário de guardião do ordenamento jurídico, especialmente na função de zelar para que os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde não fiquem esquecidos. Contudo, a problemática posta merece atenção e discussão, não só do Judiciário brasileiro, mas também de todos os setores da sociedade, considerando que o seu crescimento desenfreado poderá trazer no futuro uma situação ainda mais calamitosa de saúde pública no Brasil.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao proporcionar uma visão abrangente da judicialização da saúde no Brasil, é de se afirmar que os últimos anos viram um aumento exponencial no número de ações e gastos envolvendo o Poder Público e a concessão de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares. Como abordado, o gasto com condenações judiciais já representa mais de 5% do orçamento federal previsto para a saúde no Brasil, sem conside-

rar os estados e os municípios, onde realmente se encontra o foco dos litígios sobre a questão. Percentualmente, entre 2008 e 2015, houve um aumento de 1.300% nesses gastos. Se considerarmos esse fator de crescimento, até 2023 os gastos dobrarão para o patamar de 2.600%.

Agregado a esse fator, condenações beneficiam um número restrito de pessoas, invertendo os princípios e as diretrizes constitucionais que orientam ações e serviços em saúde, em especial a universalidade e a equidade, uma vez que a via judicial no contexto do excesso de judicialização cria duas vias de acesso ao sistema público de saúde: uma de forma direta por parte daqueles que possuem condições ou conhecimento necessário para ingressar com ações judiciais, em detrimento de quem depende das vias ordinárias para a obtenção desse serviço público.

Outra parte dos obstáculos identificados está sob o controle do próprio Judiciário, sendo fruto da discricionariedade de que gozam os tribunais para a condução decisória dos processos, bem como a pouca utilização dos instrumentos disponibilizados pelo Fórum Nacional do Judiciário para Saúde e dos enunciados aprovados pela Jornada de Direito da Saúde. Em razão desse fator, não há um padrão comum seguido pelos diversos tribunais, ocasionando subjetividade acerca dos pressupostos para uma condenação em face do Poder Público e como consequência restringe o uso eficaz de recursos orçamentários e fortalece, sobretudo, as intervenções decorrentes da “política judiciária”.

Nesse contexto, com base nos argumentos utilizados neste trabalho, pode parecer estranho acusar a prestação judicial como “vilão” da história, visto que a percepção popular é de que o sistema de saúde é ineficiente em razão de fatores mais evidentes como corrupção, incompetência administrativa e má vontade política de investir maiores recursos. Sem embargo, a percepção popular está mais do que correta. Como o homicídio, a corrupção também mata. Os milhões, bilhões ou trilhões suprimidos dos cofres públicos inevitavelmente afetam de pronto as diversas camadas da população em todos os seus direitos essenciais, e a má gestão pública agride a população que carece de uma assistência médica com mínima decência.

Entretanto, o foco desta obra não foi abordar o viés casuístico, ou, por outro lado, condenar a ingerência jurisdicional na busca do direito à saúde. O que se buscou foi trazer uma reflexão a respeito da forma como estão sendo conduzidas as políticas públicas de saúde no país, com enfoque na atual sistemática do protagonismo judicial dado aos pedidos de medicamentos e procedimentos médicos. Se de um lado as políticas públicas representam importantes garantias jurídicas na proteção do direito à saúde, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde representa a última garantia de um cidadão ou de uma coletividade contra uma eventual violação ou ameaça ao direito à saúde.

É possível e preciso equilibrar a consecução do direito individual e das políticas coletivas previstas na forma da

Constituição de 1988, à luz da fundamental manutenção do sistema de freios e contrapesos entre os poderes Executivo e Judiciário, aliado à mútua colaboração entre todos os demais atores envolvidos no processo: pacientes, médicos, membros do Ministério Público, advogados e sociedade em geral.

Cumprir lembrar que os contornos das regras jurídicas necessárias para a aplicação do direito nos eventuais conflitos em saúde já estão normatizados pela Constituição, pelas leis e pelas normas infralegais. Ao Poder Judiciário incumbe verificar, em última instância, de que forma o direito à saúde do demandante deve ser efetivado pelo Estado, no sentido de aproximar ao máximo a capacidade do Estado concretizar um sistema público de saúde eficiente, justo e digno para todos os brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLI, Ana Caroline dos Santos; ARABI, Abhner Youssif Mota. A judicialização das políticas públicas e a escassez orçamentária. In: ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota; GOMES, Marcus Lívio (coord.). **Direito financeiro e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação

judicial. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. não paginado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Enunciados da I, II e III jornadas de direito da saúde do conselho nacional de

justiça. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2019c]. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/wp-content/uploads/sites/52/2018/12/enunciados-da-i-ii-e-iii-jornadas-de-direito-da-saude-do-cnj.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2019.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.: 1657156 RJ 2017/0025629-7**. Recorrido: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 25 de abril de 2018, S1. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 04 maio 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num\\_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 5 abr. 2019.

BRASIL. **Orçamento de 2017 é sancionado com mais recursos para saúde e educação**. Brasília, DF: Presidência da República, 10 jan. 2017. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/01/orcamento-de-2017-e-sancionado-com-mais-recursos-para-saude-e-educacao>. Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1787/2017**

- **Plenário**, TC: 009.253/2015-7, Relator: Ministro Bruno Dantas, 16 de agosto de 2017. Brasília, DF: TCU, 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2019.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araújo Sales. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI-BUCCI, Maria Paula, DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde - a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: HUCITEC, 1995.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo

Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, v. 24, 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?>. Acesso em: 5 abr. 2019.

G1. **Justiça condena dez pessoas por fraude em tratamento de psoríase**. São Paulo, 19 jan. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2016/01/justica-condena-dez-pessoas-por-fraude-em-tratamento-de-psoríase.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.

GRAUS, Euros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4839>. Acesso em: 8 abr. 2019.

ORDACGY, André da Silva. **O Direito humano fundamental à saúde pública**. [2014]. Disponível em: <http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-ublica.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2019.

**ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da organização mundial da saúde (OMS/WHO) – 1946.**

Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 1 abr. 2019.

SANTOS, Rodrigo Machado. A integralidade do SUS e a judicialização por transplantes intestinais e multiviscerais. **Cad. Ibero-Amer. Direito Sanitário**. Brasília, DF, v. 5, n. 2, p. 130-140, abr./jun., 2016. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/257/387>. Acesso em: 1 abr. 2019.

SEGATO, Cristiane. Os falsos doentes de R\$ 9,5 milhões. **Revista Época**, São Paulo, 21 jun. 2016. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/os-falsos-doentes-de-r-95-milhoes.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SILVA, Jose Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.