

# AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: DA POLITIZAÇÃO À JUDICIALIZAÇÃO

## *HEALTH PUBLIC POLICIES: FROM POLITICIZATION TO JUDICIALIZATION*

*Marco Aurélio Souza da Silva\**

**Resumo:** A Constituição Federal de 1988 foi pródiga ao estabelecer um catálogo de direitos sociais a serem prestados por meio de políticas públicas, entre os quais se encontra o direito à saúde. Diante da precária capacidade política dos Poderes Executivo e Legislativo em prestar políticas públicas no plano idealizado pela Constituição, o Poder Judiciário assumiu a posição de protagonista na efetivação dessas políticas, cujo ativismo judicial tem sido mais conhecido como “judicialização da política” e, especificamente no caso da saúde, de “judicialização da saúde”. O problema é o impacto produzido pelas demandas judiciais na área da saúde e os limites da obrigação judicial de o ente federativo custear irrestritamente tratamento ou medicamento de maneira individual, considerando a limitada capacidade orçamentária do Estado em custear despesas de forma não programada, desequilibrando as contas públicas e prejudicando o atendimento coletivo. O objetivo do estudo é demonstrar que a concretização do direito fundamental à saúde, pela via do Poder Judiciário, além de afrontar a separação dos poderes, privilegiar o atendimento individual em detrimento do coletivo, acaba por enfraquecer o espaço da política. As conclusões são amparadas em dados estatísticos e na auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União.

**Palavras-chave:** políticas públicas; direito à saúde; judicialização; custos; eficiência.

**Abstract:** The Federal Constitution of 1988 was lavish in establishing a catalog of social rights to be provided through public policies, among which is the right to health. Considering the precarious political capacity of the Executive and Legislative to provide public policies in the idealized plan of the Constitution, the Judiciary assumed the position of protagonist in the implementation of these policies, whose judicial activism has been better known as "judicialization of politics" and specifically in the case of health, of "judicialization of health". The problem is the impact of the judicial demands in healthcare and the limits of judicial obligation of the federated entity finance unrestricted treatment or individually medicine, considering the limited budget capacity of the state to fund unscheduled expenses, unbalancing public accounts and damaging the collective service. The objective of the study is to demonstrate that the realization of the fundamental right to health, through the Judiciary, in addition to confronting the separation of powers, privileging individual care over the collective, ends up weakening the policy space. The conclusions are supported by statistical data and the audit performed by the Tribunal de Contas da União.

**Keywords:** public policies; right to health; judicialization; costs; efficiency.

## **Introdução**

Não é novidade afirmar que a Constituição Federal de 1988 é considerada uma das mais inovadoras e progressistas, sobretudo no tocante à previsão de direitos e garantias fundamentais. No entanto, a inovação não veio acompanhada da devida concretização, ao menos no que se refere à satisfação integral dos direitos sociais por meio de políticas públicas.

---

\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Graduado em Direito pela UFSC. Graduado em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. E-mail: marcoaurélio\_vet@yahoo.com.br.

Diante da precária capacidade política dos Poderes Executivo e Legislativo em prestar políticas públicas no plano idealizado pela Constituição, o Poder Judiciário acabou assumindo a posição de protagonista na efetivação dessas políticas, por meio de um ativismo conhecido como “judicialização da política”. No campo das políticas que veiculam direitos sociais, a saúde ocupa um lugar de proeminência em termos de déficit de concretização, razão pela qual a intensa demanda perante o Judiciário tem sido rotulada de “judicialização da saúde”. Esse é um caso típico e atual que revela a judicialização da política e a interferência na separação dos poderes.

O problema enfrentado no presente estudo se refere ao impacto produzido pelas demandas judiciais na área da saúde e aos limites da obrigação judicial de o ente federativo custear irrestritamente tratamento ou medicamento de maneira individualizada. Nesse cenário, existe um confronto entre a necessidade de dar efetividade individual a um direito fundamental constitucionalmente assegurado e a limitada capacidade orçamentária do Estado em custear despesas dessa natureza de forma não programada, desequilibrando as contas públicas e prejudicando o atendimento coletivo.

Adotando-se o método dedutivo, o objetivo do estudo é demonstrar que a concretização do direito fundamental à saúde, pela via do Poder Judiciário, além de afrontar a separação dos poderes, privilegiar o atendimento individual em detrimento do coletivo e desequilibrar o orçamento, acaba por enfraquecer o espaço da política.

O artigo é estruturado inicialmente com uma abordagem sobre a dicotomia entre politização da Justiça e judicialização da política. Em seguida, são analisados o sistema de proteção do direito fundamental à saúde e a judicialização das políticas públicas de saúde, enfatizando a relação entre a escassez dos recursos orçamentários e os custos dos direitos. Na sequência, é feita uma exposição sobre a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Estado de Santa Catarina em busca da eficiência e da efetividade na solução das demandas judiciais de concretização do direito à saúde. Por fim, são apontados alguns dados acerca do impacto dos custos da judicialização do direito fundamental à saúde sobre o orçamento a partir de uma recente auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União.

## **1 A politização da Justiça e a judicialização da política**

Na história do constitucionalismo brasileiro, é possível extrair que o Poder Judiciário ganhou um novo desenho com a Constituição Federal de 1988. As atribuições dadas a esse poder permitiram não apenas invalidar atos normativos emanados dos Poderes Legislativo e

Executivo, editados em desconformidade com a Constituição, mas também realizar uma interpretação para reduzir o positivismo formalista<sup>1</sup> em suas decisões, colocando em seu lugar métodos de ponderação e argumentação principiológica fundada em valores, a fim de promover transformações sociais no eventual vácuo omissivo do legislador.

A discussão sobre a legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário não é privilégio da terra tupiniquim. Essa questão remete ao famoso e fecundo debate entre Schmitt e Kelsen sobre quem deveria ser o guardião da Constituição. Schmitt (2007, p. 19-71; 193-234) sustentou que caberia ao Presidente do Reich (Executivo), e não ao Judiciário, a tarefa de salvaguardar a Constituição, enquanto Kelsen (2003, p. 239-298) defendeu que esse papel deveria ser de um Tribunal de Justiça Constitucional. Não obstante o esmero argumentativo e crítico de Schmitt em relação ao Parlamento de sua época, o vencedor do debate foi Kelsen, considerando a projeção histórica de seu pensamento, que culminou com a preponderância do sistema de Tribunais Constitucionais ao longo da segunda metade do século XX nos países democráticos.

As consequências desse debate repercutem de maneira bastante atual no Brasil, quando se confrontam os papéis do Executivo e do Judiciário, notadamente pela interpretação que o Poder Judiciário tem feito da Constituição nos últimos anos, sobrepondo-se àquela feita pelos agentes políticos investidos de mandato representativo. Cuida-se de uma (aparente) incongruência no âmbito de um Estado democrático, denominada de “dificuldade contramajoritária”<sup>2</sup>, dada a ilegitimidade dos juízes não eleitos pelo voto popular para invalidarem as decisões tomadas pelos agentes políticos eleitos pelo povo.

A expansão do Poder Judiciário a partir da Constituição de 1988 decorre de alguns fatores, como a complexidade das relações sociais contemporâneas e a crise de representação política. As revelações repugnantes de corrupção pela Operação Lava-Jato são a mais contundente caracterização do grave déficit de representatividade de agentes e instituições políticas.

Não bastasse a troca de vantagens políticas individuais em prejuízo da coletividade, a situação ganha contornos ainda mais dramáticos quando o Poder Legislativo se omite de legislar sobre questões que afetam diretamente a vida da população representada, permitindo que o espaço da solução política (majoritária) dos problemas sociais seja ocupado pelo espaço da

---

<sup>1</sup> O positivismo, em apertada síntese, buscava equiparar o direito às ciências naturais, concebendo a norma como objeto científico.

<sup>2</sup> Segundo a teoria constitucional, a expressão se tornou clássica a partir da obra de BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bob-Merrill Educational Publishing, 1962.

solução judicial (contramajoritária). Nesse contexto, em grande parte apoiado pela população, o Poder Judiciário vai se autolegitimando representante das demandas sociais.

É necessário resgatar o espaço privilegiado da política, no sentido da tomada de decisão coletiva e da expressão da vontade majoritária, pois a expansão judicial sobre o campo da política, reforçada pela jurisdição constitucional levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal (STF), atingiu um grau nunca antes visto no Brasil. Essa atuação político-social do Poder Judiciário costuma ser identificada não apenas como “judicialização da política”, quando decide questões que deveriam ser da competência do Executivo ou do Legislativo, mas também como “politização da Justiça”, quando o uso da jurisdição pelos magistrados evidencia atividades tipicamente políticas, hiperdimensionadas pela exposição midiática em casos de grande repercussão na opinião pública. O que se condena na “politização da Justiça” é a atuação decisória unicamente política, fora dos contornos jurídicos, até porque nenhum juiz vive em completo isolamento da política.

A “judicialização da política” parece ser a questão mais sensível e reveladora da crise de representatividade política, na medida em que estão em jogo os limites decisórios do Poder Judiciário sob o aspecto da legitimidade democrática. Diante da inércia dos legisladores, por um lado, acaba sendo importante o Poder Judiciário decidir, como se viu, por exemplo, na decisão que reconheceu as uniões estáveis homoafetivas<sup>3</sup>, que regulamentou o direito de greve dos servidores públicos<sup>4</sup>, que decidiu sobre a aplicabilidade imediata da Lei da Ficha Limpa<sup>5</sup>, que confirmou a validade da norma que dispôs sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias<sup>6</sup>, que afirmou a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos<sup>7</sup>, que dispôs sobre a liberdade de expressão e manifestações favoráveis à descriminalização das drogas<sup>8</sup>, sobre o sistema de cotas para ingresso no ensino superior em instituições públicas<sup>9</sup>, sobre a prática de nepotismo na Administração Pública<sup>10</sup>, isso para não falar nas diversas decisões polêmicas resultantes dos desdobramentos da Operação Lava-Jato.

---

<sup>3</sup> Ver em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 e ADPF 132. Pleno. Rel.: Min. Ayres Britto. Julg.: 05.05.2011. DJ 14.10.2011.

<sup>4</sup> Ver em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670 e MI 708. Pleno. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julg.: 25.10.2007. DJ 31.10.2008; e MI 712. Pleno. Rel.: Min. Eros Grau. Julg.: 25.10.2007. DJ 31.10.2008.

<sup>5</sup> Ver em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 633.703. Pleno. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julg.: 23.03.2011. DJ 18.11.2011.

<sup>6</sup> Ver em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Pleno. Rel.: Min. Ayres Brito. Julg.: 29.05.2008. DJ 28.05.2010.

<sup>7</sup> Ver em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Pleno. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julg.: 12.04.2012. DJ 29.04.2012.

<sup>8</sup> Ver em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 187. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg.: 15.06.2011.

<sup>9</sup> Ver em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 189. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski. Julg.: 26.04.2012.

<sup>10</sup> Ver em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 13. DJ 29.08.2008.

Por outro lado, não se pode negar um certo interesse da classe política em remeter questões polêmicas para o Judiciário, no intuito de evitar a exposição negativa perante o eleitorado e o desgaste político para futura reeleição, já que os magistrados não são eleitos pelo voto popular. De qualquer sorte, ainda que a discussão esteja longe de seu fim, o importante é que essa situação seja amplamente debatida na sociedade, pois repercute também sobre outro ponto fundamental, que é a separação dos poderes, um dos pilares do constitucionalismo.

A separação dos poderes é vista como uma forma de impedir interferências de um poder sobre outro, o que de certo modo não deixa de ser uma visão simplista, como alerta Holmes (1999, p. 19-20), de que a autoridade é dividida para evitar excessivas concentrações de poder, onde um ramo do governo pode “frear” o outro, inibindo o despotismo ou revelando a corrupção. No entanto, salienta o autor, é preciso ter em mente que a separação de poderes também possui a função de aumentar o poder. Seguindo a mesma linha, Waldron (2016, p. 35-36) afirma que a concepção de separação formal dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como uma maneira de diluir o poder, tornando mais difícil o seu exercício, não deve ser vista apenas pela lente da restrição e da limitação, mas como uma forma de levar a sério a integridade de um verdadeiro exercício legislativo, a fim de compreender a importância de uma Constituição a partir da possibilidade de alojamento para a atividade política de uma sociedade.

Um caso típico e atual que revela a judicialização da política e a interferência na separação dos poderes é aquela relacionada às políticas públicas de saúde, como se verá a seguir.

## **2 O sistema de proteção do direito fundamental à saúde**

A Constituição Federal de 1988 foi pródiga no catálogo de direitos fundamentais individuais e sociais a serem prestados pelo Estado, no sentido positivo (ALEXY, 2011, p. 442) por meio de políticas públicas, cuja elaboração e execução foram atribuídas aos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente. Como instrumentos colocados à disposição do Estado para a concretização de direitos fundamentais, as políticas públicas têm sido objeto de grande debate na sociedade, dada a insuficiente capacidade governamental em traduzir recursos públicos em satisfação das necessidades básicas individuais e sociais.

Entre os direitos fundamentais abrigados pelas políticas públicas está o direito à saúde, um direito social positivado no art. 6º da Constituição Federal e concebido como direito de todos e dever do Estado no seu art. 196. Trata-se de comando que obriga os entes federados a proteger a saúde de forma sistemática, nos termos do art. 198, em torno do conhecido Sistema Único de Saúde (SUS), constituído de uma rede regionalizada e hierárquica de ações e serviços

de saúde, em que há direção única em cada esfera de governo e estrutura descentralizada para atendimento integral. O sistema é organizado a partir de três diretrizes: descentralização, atendimento integral com prioridade para a prevenção, bem como participação da comunidade (art. 198, incisos I, II e III).

A norma infraconstitucional que define o dever do Estado e que contém as diretrizes a serem seguidas pela União, pelos Estados e Municípios é a Lei federal n. 8.080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde. Além disso, o Decreto n. 7.508/2011 também dispõe sobre a matéria, de modo que o acesso universal e equitativo às ações e aos serviços de saúde deve observância ao planejamento integrado, à avaliação da gravidade do risco individual e coletivo, ao critério cronológico, às particularidades das pessoas que gozam de proteção especial e à orientação dos fluxos das ações e dos serviços de saúde (arts. 11 e 13). O decreto estabelece ainda que as políticas de saúde são planejadas de maneira ascendente e integradas nos três níveis federativos, considerando as características das regiões, os mapas de saúde e o perfil epidemiológico da população (art. 15), assim como destaca que a articulação interfederativa passa por comissões administrativas intergestores, de âmbito nacional (tripartite), estadual (bipartite) e regional (art. 30).

O capítulo VIII da Lei federal n. 8.080/90, inserido pela Lei n. 12.401/2011, trata da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde, fixando que a assistência terapêutica integral consiste na dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou agravo à saúde a ser tratado ou, na ausência do protocolo, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS ou, de forma suplementar, pelos gestores estaduais e municipais (art. 19-M, inciso I, e art. 19-P). A mencionada assistência terapêutica integral também consiste na oferta de procedimentos terapêuticos constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS (art. 19-M, inciso II). A Lei n. 12.401/2011 também criou a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC)<sup>11</sup>, responsável pela incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, assim como a constituição ou a alteração de protocolos clínicos ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q).

---

<sup>11</sup> A CONITEC integra a estrutura regimental do Ministério da Saúde e se organiza como um órgão colegiado, cujo plenário é composto por representantes do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), do Conselho Nacional de Saúde (CNS), do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) e do Conselho Federal de Medicina (CFM) (Decreto 7.646/2011).

A proteção à saúde encerra alguns princípios norteadores, como o da *universalidade*, que prevê o acesso a todos, o da *equidade*, que estabelece o acesso em condições iguais, o da *integralidade*, que exige atendimento e acompanhamento, clínico e de gastos, ao longo do tratamento, e o da *descentralização* entre a União, os Estados e os Municípios. Tanto a integralidade da assistência à saúde quanto o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços do SUS estão associados a três instrumentos fundamentais: os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)<sup>12</sup>, as relações de ações e serviços de saúde<sup>13</sup> e as relações de medicamentos<sup>14</sup>.

Além disso, a política de assistência farmacêutica deve observar as normas de vigilância sanitária, de modo que os medicamentos e insumos só poderão ser comercializados e disponibilizados para consumo após o registro na ANVISA (Lei n. 6.360/1976 e Lei n. 9.782/1999). A utilização de medicamentos não registrados é permitida em situações específicas, definidas pela ANVISA, nos termos da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 38, de 12/08/2013, que dispõe sobre os programas de acesso expandido, uso compassivo e fornecimento de medicamento pós-estudo.

No entanto, em que pese a Constituição Federal e a Lei Orgânica da Saúde dispensarem uma atenção à saúde que seria a ideal, na prática o que se verifica é quase a antítese da previsão teórica, sobretudo em tempos de crise econômica e política. Assiste-se pelos meios de comunicação que, não raro, o Estado é mal gerido, desperdiça recursos e não investe em prevenção, como no caso da assistência à saúde<sup>15</sup>. Também é notório que diversos entes

---

<sup>12</sup> Os protocolos clínicos definem os critérios de diagnóstico de cada doença, o algoritmo de tratamento com as doses adequadas e os mecanismos para o monitoramento clínico da efetividade do tratamento e para a supervisão de possíveis efeitos adversos, além de mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz (Decreto n. 7.508/2011, art. 2º, inciso VIII, e art. 26; BRASIL. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, vol. 1, pág. 6).

<sup>13</sup> As relações de ações e serviços de saúde se referem a cada nível federativo. No âmbito federal, cabe ao Ministério da Saúde dispor sobre a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), compreendendo todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde (Decreto n. 7.508/2011, arts. 21 e 22). Os Estados, o Distrito Federal e os municípios poderão adotar relações específicas e complementares à RENASES.

<sup>14</sup> As relações de medicamentos também se desdobram nos três níveis federativos. No nível federal, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), elaborada pelo Ministério da Saúde, compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças e agravos no âmbito do SUS (Decreto n. 7.508/2011, arts. 25 e 26). Os Estados, o DF e os municípios poderão adotar relações específicas e complementares à RENAME. Todos os produtos constantes dessas listas deverão ter sido registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A RENAME é composta por 5 relações nacionais de medicamentos/insumos: insumos farmacêuticos, medicamentos de uso hospitalar, medicamentos dos componentes básico, estratégico e especializado da assistência farmacêutica (art. 4º da Resolução 1 da Comissão Intergestores Tripartite, de 17/01/2012). Essa resolução dispõe também sobre os princípios da RENAME: universalidade, efetividade, eficiência, comunicação, racionalidade e qualificação (art. 3º).

<sup>15</sup> Nesse sentido, pode-se destacar que o orçamento do Estado de Santa Catarina relacionado à saúde é de, aproximadamente, R\$ 2 bilhões por ano, mas o Estado investe menos de 1% desse montante na manutenção da saúde (SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. Parecer prévio sobre as contas prestadas pelo Governador do Estado de Santa Catarina – exercício 2014. Florianópolis: Tribunal de Contas, 2016, p. 228).

federativos se encontram visivelmente em situação de descontrole financeiro, por terem feito escolhas políticas equivocadas ao longo dos últimos anos.

Não é por outra razão que o Poder Judiciário tem sido chamado a intervir para obrigar os entes federados a satisfazer o direito à saúde. Embora a Constituição estabeleça a concretização do direito à saúde por meio de “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”, o STF (seguido por outros tribunais), por meio de controle difuso de constitucionalidade, tem interpretado o comando do art. 196 como um direito individual, ou seja, capaz de ser usufruído diretamente por cada indivíduo, e não apenas pela implementação de políticas públicas.

A consequência disso é que hoje se observa uma avalanche de ações judiciais em busca de medicamentos, tratamentos e outras formas de assistência que partem de indivíduos<sup>16</sup>, em sua grande maioria, prejudicando em considerável medida a assistência da saúde no plano coletivo. Tem havido uma prevalência do direito fundamental à saúde individual em detrimento do direito fundamental à saúde coletiva. O Poder Judiciário, por sua vez, passou a ser um participante ativo na formulação de políticas públicas no espaço democrático, obrigando o ente federado a concretizar os preceitos constitucionais no que se refere ao direito à saúde do demandante individual, cuja atuação caracteriza o ativismo judicial.

### **3 A judicialização das políticas públicas de saúde: entre a escassez de recursos orçamentários e os custos dos direitos**

A busca do Poder Judiciário pelo cidadão para fazer com que o ente federado cumpra o dever constitucional de lhe oferecer o mínimo de assistência à saúde não é recente. Na década de 1990, por exemplo, a judicialização da saúde se dava geralmente em razão da demanda por medicamentos antirretrovirais para tratamento de HIV/AIDS. Com o passar dos anos, as ações judiciais ampliaram o leque de pedidos, incluindo diversos outros medicamentos, inclusive não previstos nas relações do SUS ou não registrados na ANVISA, além de cirurgias, vagas em leitos hospitalares e outros insumos.

---

<sup>16</sup> Frequentemente os jornais divulgam notícias acerca do assunto, como em: MARQUES, Jairo. Com doença rara, Gianlucca, 5, amarga espera por remédio de R\$ 398 mil. Cotidiano. Folha de S. Paulo. 16 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1901636-com-doenca-rara-gianlucca-5-amarga-espera-por-remedio-de-r-398-mil.shtml>>. Acesso em: 17 ago. 2017.



Uma das decisões que serviu de paradigma do reconhecimento do direito à saúde foi aquela proferida em medida cautelar na Petição n. 1.246-1, em 1997, proveniente do Estado de Santa Catarina, em que foi relator o Ministro Celso de Mello, do STF<sup>17</sup>. Embora o debate tenha sido prejudicado por conta de uma questão processual, o argumento utilizado pelo ministro fez eco nas decisões que se seguiram, ao afirmar que a proteção da inviolabilidade do direito à vida se sobrepõe ao interesse financeiro e secundário do Estado.

Contudo, o volume crescente das demandas judiciais levou os julgadores a dar maior consideração à escassez de recursos orçamentários e aos custos produzidos pela concretização do direito à saúde. Tanto assim que, em 2009, o STF convocou uma audiência pública a fim ouvir especialistas sobre o tema para orientar suas decisões e, atualmente, há dois recursos extraordinários (RE n. 566471 e RE n. 657718) objetos de repercussão geral reconhecida, pendentes de julgamento. Os recursos tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

A atuação do Poder Judiciário na intensidade observada nos dias atuais interfere reorientando o fluxo do atendimento coletivo à saúde a partir da determinação do magistrado contida em cada processo isoladamente. A situação toma de assalto o planejamento prévio efetuado pelo gestor, promovendo alterações imprevisíveis nas ações e nos serviços de saúde, na medida em que as necessidades de medicamentos e tratamentos ingressam no Judiciário por meio de pedidos e saem dele como ordens judiciais diretamente dirigidas aos gestores para cumprimento imediato, sob pena de responsabilidade.

No campo da economia se diz que os recursos na sociedade são finitos, enquanto os desejos humanos são infinitos, surgindo assim a necessidade de realizar escolhas diante das alternativas possíveis para a melhor alocação dos recursos. O cumprimento do direito fundamental à saúde demanda a existência de recursos para o seu atendimento, de maneira que esse direito só poderá ser efetivado na medida em que exista dinheiro disponível. Desse modo,

---

<sup>17</sup> O caso iniciou com uma ação cautelar de um indivíduo contra o Estado de Santa Catarina. O autor era menor de idade e portador de doença rara, denominada Distrofia Muscular de Duchene, moléstia degenerativa de células musculares e que poderia levar à morte. O transplante de células mioblásticas (progenitoras de fibras musculares, diferenciadas) era o único meio capaz de salvar a vida do paciente. Na ação, alegava-se existir um tratamento em uma clínica norte-americana, ao custo de US\$ 63 mil. A juíza da Comarca de Araranguá concedeu a liminar e determinou ao Estado que disponibilizasse o valor em 48 horas. O Estado recorreu ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina e ao STF, sem sucesso, ocasião em que o Ministro Celso de Mello argumentou que: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que as razões de índole ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”. A decisão final, proferida em 1997, acabou não enfrentando o mérito do caso por uma questão processual.

fica perceptível o confronto entre a necessidade de cumprimento do direito fundamental, de um lado, e a escassez dos recursos orçamentários do ente federado, de outro, situação que remete ao debate entre a satisfação do mínimo existencial<sup>18</sup> e a reserva do possível<sup>19</sup>.

Outro elemento presente nesse confronto é o custo dos direitos sociais. Holmes e Sunstein (1999, p. 35) levantaram a discussão sobre o custo dos direitos arguindo a tese de que a eficácia dos direitos depende dos tributos. Os argumentos são provocativos, já que a tese fundamental é de que o direito custa dinheiro (*rights cost money*), na medida em que não pode ser protegido ou obrigado sem suporte econômico ou financiamento público. Ao refletirem sobre a natureza dos direitos, rechaçaram a distinção entre direitos positivos (prestação) e negativos (defesa), argumentando se tratar de uma falsa distinção, no sentido de que os primeiros demandariam recursos do Estado, enquanto os segundos só lhe impõem o dever de não interferir.

A ideia central é de que todos os direitos, em sentido legal (e não moral), quando são ofendidos, requerem um remédio, uma reparação, o que evidencia a inadequada distinção entre os direitos positivos e negativos. E se todos os direitos têm custos, alguém tem que pagar por eles, que é o Estado, por meio de fundos públicos, que decorrem do pagamento de impostos. Por isso, Holmes e Sunstein (1999, p. 44) afirmam que todos os direitos são caros porque todos pressupõem uma máquina estatal eficaz de supervisão, financiada pelos contribuintes, para monitorar e fiscalizar.

A satisfação dos direitos, especialmente os sociais, está na dependência da receita arrecadada, que envolve recursos escassos. A escassez de recursos, portanto, não pode ser ignorada na criação, na interpretação e na aplicação do direito. Denota-se, assim, que a racionalidade econômica demanda a análise de custo-benefício, de maneira que, num ambiente de escassez, o atendimento de direitos sociais pelo Estado está limitado à disponibilidade orçamentária. Por consequência, não se podendo prestar integralmente tais direitos a todos os demandantes por falta de recursos, resta patente o direcionamento seletivo no sentido dos riscos sociais mais relevantes, priorizando os mais necessitados coletivamente.

---

<sup>18</sup> O mínimo existencial diz respeito ao fato de se assegurar as condições básicas de vida digna ao ser humano.

<sup>19</sup> De acordo com Sarlet, a construção teórica da expressão “reserva do possível” tem origem na Alemanha, a partir de 1970, em que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria na dependência das capacidades financeiras do Estado. O caso paradigmático enfrentado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha versava sobre o direito de acesso ao ensino superior (a Universidade da Bavária limitara as vagas ao acesso direto de alunos ao curso de medicina, tendo em vista a capacidade de suas instalações), a partir do qual restou firmado o entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Bentti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29).

Um exemplo de custos dos direitos pode ser visto no caso da concessão de medicamentos. O gasto do governo federal com a compra de medicamentos por determinação da Justiça, em 2010, foi de R\$ 122 milhões, enquanto que, em 2016, atingiu a cifra de R\$ 1,6 bilhão, revelando um crescimento de mais de 1.233%<sup>20</sup>. A previsão de despesas com determinações judiciais de atendimento à saúde envolvendo a União, os Estados e os Municípios é de R\$ 7 bilhões, somente neste ano de 2017<sup>21</sup>.

Essa é a situação por que passa a concretização do direito à saúde no país, em que a judicialização muitas vezes desconsidera que a satisfação desse direito possui limites no orçamento do ente federado, em face dos custos que apresenta, bem como não leva em conta que o efeito desalocativo dos recursos se dá de forma imprevisível, alterando abruptamente o que foi previamente programado pelo administrador, eleito pela vontade popular e por seu programa de governo.

#### **4 A busca da eficiência e da efetividade na solução das demandas judiciais de concretização do direito à saúde: o CNJ e o Estado de Santa Catarina**

O crescimento descontrolado da judicialização das políticas públicas de saúde tem impactado de forma negativa os orçamentos dessa área. Tal situação tem exigido um esforço multidisciplinar no sentido de encontrar mecanismos que promovam a sustentabilidade jurídica, econômica e social do Sistema Único de Saúde (SUS).

Sensível à demanda que envolve diretamente o Poder Público e o Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou um grupo de trabalho para estudar o tema, que em 30/03/2010 resultou na Recomendação n. 31/2010, na qual ficou estabelecido que os Tribunais deveriam adotar medidas para subsidiar os magistrados e os operadores do direito na busca de maior eficiência na solução das demandas judiciais em torno da assistência à saúde. Posteriormente, com a Resolução n. 107/2010, o CNJ criou o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas (Fórum da Saúde), que culminou com a instituição dos Comitês Executivos Estaduais, com o objetivo de coordenar e executar ações

---

<sup>20</sup> Notícia divulgada no jornal Folha de S. Paulo: COLLUCCI, Cláudia. SP cede à União “detector” de fraude em ações por medicamentos. Cotidiano. Folha de S. Paulo. 21 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1903086-sp-cede-a-uniao-detector-de-fraude-em-aco-es-por-medicamentos.shtml>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

<sup>21</sup> Dados informados pelo Conselho Nacional de Justiça. Ver: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ avança para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

específicas. Em 2011, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 12.401/2011, que dispôs sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS.

Em 2015, o CNJ publicou uma pesquisa sobre o tema, realizada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)<sup>22</sup>. Os resultados evidenciaram que: a) as demandas judiciais versavam de forma predominante sobre aspectos curativos da saúde (medicamentos, tratamentos, próteses etc.) e pouco sobre aspectos preventivos (vacinas, exames etc.); b) a litigância era predominantemente individual; c) na maioria dos casos havia deferimento do pedido com antecipação de tutela, sem pedido de informações complementares, na primeira instância e confirmada na segunda; d) a maioria das decisões pesquisadas não citava ou tomava como referência a audiência pública do STF de 2009, as contribuições do CNJ pelas recomendações, nem o Fórum Nacional e os comitês estaduais; e) a maioria das decisões não mencionava os Núcleos de Apoio Técnico (NAT) como estratégia para a atividade judicante em saúde, apesar de se observar nos dados uma tendência de sua utilização, especialmente nas capitais. Em 2016, o CNJ editou a Portaria n. 08/2016, instituindo o Comitê Organizador do Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

Seguindo a estrutura delineada pelo CNJ, Santa Catarina tem se esforçado para tentar conter a demanda desenfreada que ocorre em nível nacional. O Estado criou, em 2012, o Comitê Estadual de Monitoramento e Resolução de Demandas de Assistência da Saúde de Santa Catarina (COMESC). O comitê é integrado por representantes da Justiça Federal e Estadual, Ministério Público Federal e Estadual, Ordem do Advogados do Brasil, Tribunal de Contas do Estado, Secretarias de Saúde do Estado e de Florianópolis, Conselho de Secretarias Municipais de Saúde, Defensoria Pública da União e do Estado, Federação Catarinense de Municípios, Conselho Municipal de Saúde de Florianópolis, Conselhos Regionais de Classe e outros segmentos do Poder Público, da sociedade civil e de comunidades interessadas que, voluntariamente, cumulam essa atividade com os seus respectivos trabalhos. O papel do COMESC é monitorar os fatores envolvidos nas ações judiciais e buscar a solução dos conflitos na área da saúde.

---

<sup>22</sup> Para mais detalhes, ver: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa: judicialização da saúde no Brasil – dados e experiências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

No âmbito das reuniões do comitê são promovidos debates articulados com vistas à elaboração de enunciados e recomendações sobre temas comuns nas ações judiciais<sup>23</sup>, buscando uniformizar procedimentos a serem adotados pelos profissionais de saúde e do direito, bem como priorizando a assistência à saúde, a organização do SUS e o desenvolvimento das políticas públicas para os destinatários do sistema. Vale registrar, ainda, que todas as comarcas catarinenses deverão contar, até o final de 2018, com o atendimento do Núcleo de Apoio Técnico (NAT), da Secretaria Estadual da Saúde. O núcleo subsidia os juízes com informações sobre medicamentos padronizados, tratamentos mais adequados para cada caso e, eventualmente, a necessidade de mais dados por parte do paciente para instruir adequadamente o pedido feito no Judiciário.

O Poder Judiciário Catarinense igualmente tem procurado dar mais atenção ao fenômeno da judicialização da saúde. Um exemplo é a decisão proferida pelo Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 09/11/2016, diga-se, de passagem, a primeira no país em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)<sup>24</sup> sobre concessão de medicamentos e que passou a servir de parâmetro para os demais casos envolvendo a matéria no Estado. A controvérsia nos autos dizia respeito à necessidade ou não de comprovação da carência de recursos ou hipossuficiência financeira do cidadão nas ações voltadas a exigir prestação positiva do Estado em matéria de medicamentos, cirurgia e demais procedimentos afetos à saúde pública.

Por maioria, o Grupo de Câmaras julgou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas firmando as seguintes teses jurídicas: 1) Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: a) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; b) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF); 2) Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: a) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; b) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; c) nas demandas voltadas aos

---

<sup>23</sup> Enunciados e recomendações podem ser conferidos em: SANTA CATARINA. Comitê Estadual de Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência da Saúde de Santa Catarina – COMESC. Disponível em: <[http://portales.saude.sc.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4949&Itemid=668](http://portales.saude.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4949&Itemid=668)>. Acesso em: 12 ago. 2017.

<sup>24</sup> Conferir mais detalhes da decisão em: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000. Rio do Sul. Rel.: Des. Ronei Danielli. Julg.: 09 nov. 2016.

cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; d) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.

No final das contas, o direito à saúde deveria ser concretizado independentemente de constar o tratamento ou o medicamento em listagens oficiais, simplesmente por ser um direito fundamental. Ocorre que esse direito tem um custo, limitado pela previsão orçamentária, situação que demanda também uma análise econômica do direito pleiteado.

Portanto, não se deve perder de vista que os recursos públicos que financiam o fornecimento de medicamentos e tratamentos são obtidos por meio da cobrança de tributos. Embora seja atraente sustentar o discurso do direito absoluto à saúde, cabendo ao Estado fornecer todo e qualquer medicamento ou tratamento, a verdade é que se torna um argumento falacioso porque os recursos orçamentários são limitados, as necessidades humanas infinitas e o avanço tecnológico na medicina corre a passos largos, exigindo novas demandas a preços cada vez mais altos. Essa é a complexidade do problema.

## **5 O Tribunal de Contas da União e os números do impacto dos custos da judicialização do direito fundamental à saúde sobre o orçamento**

Atento à gravidade do problema, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou uma auditoria operacional relacionada à judicialização da saúde no Brasil, com o objetivo de identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, 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 nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde<sup>25</sup>. A fiscalização culminou com a decisão proferida em 16/08/2017<sup>26</sup>, cujas principais informações obtidas são destacadas a seguir.

A partir da disponibilidade de suas unidades regionais, o TCU selecionou Estados e Municípios para a avaliação, tendo como critério a capital de cada Estado e um outro Município,

---

<sup>25</sup> A fiscalização não incluiu em seu escopo os processos judiciais relativos aos planos de saúde (saúde suplementar) e a outros assuntos não relacionados à saúde pública, a fim de focar nos aspectos da judicialização que afetam diretamente a União, os estados e os municípios.

<sup>26</sup> Mais informações podem ser obtidas em: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1787/2017 – Plenário. Rel.: Min. Bruno Dantas. Data julg.: 16.08.2017.

situado fora da região metropolitana da capital, com uma das seguintes características: histórico de alta judicialização da saúde e/ou maior população. Dentre os Municípios, foram pesquisados: Belo Horizonte/MG, Divinópolis/MG, Florianópolis/SC, Joinville/SC, Cuiabá/MT, Sinop/MT, Natal/RN, Mossoró/RN, Rio de Janeiro/RJ, Araruama/RJ, São Paulo/SP, São José do Rio Preto/SP, Porto Alegre/RS, Santa Maria/RS, Curitiba/PR, Londrina/PR e Santana/AP.

A auditoria foi realizada no período de 26/10/2015 a 29/01/2016 e contou com informações do Ministério da Saúde (MS), das Secretarias de Saúde dos Estados e dos municípios selecionados para análise, dos Tribunais de Justiça desses Estados, dos Tribunais Regionais Federais das 5 regiões, do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Entre as conclusões estão a de que os dados coletados de 09 Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais evidenciam uma tendência de crescimento dos processos relacionados à saúde pública entre 2013 e 2014, com uma maior concentração na Justiça Estadual. Nos processos analisados, a maior parte tratava do fornecimento de medicamentos e de tratamento médico-hospitalar, assim como se observou a predominância da litigância individual, mediante atuação da advocacia privada e da defensoria pública.

Em relação ao Ministério da Saúde, verificou-se que o número de ações judiciais federais é crescente e sua proporção por habitante é maior em Estados das regiões Sul, Centro-Oeste e Sudeste. A média nacional de processos judiciais recebidos pelo Ministério da Saúde por 100 mil habitantes dobrou de 3, em 2010, para 6, em 2014. Outra constatação foi de que os Estados com maior índice de ações federais por habitante possuíam Municípios com maior Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM), indicando uma ausência de relação causal entre judicialização da saúde e subdesenvolvimento em saúde.

Os auditores do TCU verificaram que os valores gastos pelo Ministério da Saúde no cumprimento das decisões judiciais nessa área aumentaram mais de 14 vezes nos últimos 8 anos. Em 2015, foram gastos mais de R\$ 1 bilhão, sendo que, em 2008, esses valores eram de aproximadamente R\$ 70 milhões. Ainda assim, consideraram que esses valores estavam subestimados, pois se referiam ao cumprimento de decisões judiciais quando era necessária a aquisição de medicamentos e insumos, já que havia outros tipos de gastos, como, por exemplo, depósitos em contas judiciais, pagamento direto a beneficiários e fretes, além da retirada de um medicamento de um programa já existente, no caso de a demanda judicial tratar de uma terapêutica pertencente ao SUS.

A maior parte dos gastos com medicamentos judicializados do Ministério da Saúde se referia a itens não incorporados ao SUS. Durante o período de 2010 a 2015, o Ministério da

Saúde despendeu mais de R\$ 2,7 bilhões com compras determinadas judicialmente. Desse valor, a maioria (54% ou R\$ 1,9 bilhão) foi gasto com a compra de apenas 3 medicamentos (Elapraxe®: idursulfase; Naglazyme®: galsulfase; e Soliris®: eculizumabe)<sup>27</sup>. Em 2014, quando o Soliris® e o Naglazyme® representavam 55% do total gasto pelo Ministério com o cumprimento de ordens judiciais, o custo médio anual por paciente atendido com esses medicamentos era de mais de R\$ 1 milhão. Foi destacado também que, até o momento da auditoria, o Soliris® não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Quanto aos gastos das Secretarias Estaduais de Saúde com a judicialização, os dados indicaram que, juntas, elas despendiam muito mais recursos do que o Ministério da Saúde. Somente as Secretarias de Saúde de Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo gastaram, nos anos de 2013 e 2014, mais de R\$ 734 milhões e R\$ 772 milhões, respectivamente. Já o Ministério da Saúde gastou, no mesmo período, cerca de R\$ 435 milhões e R\$ 698 milhões, respectivamente.

No tocante ao tipo de gasto com a judicialização da saúde, os dados dos anos de 2013 e 2014 das Secretarias Estaduais de Saúde de Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo indicaram que os medicamentos representavam mais de 80% do valor despendido com a judicialização. Em Santa Catarina e São Paulo, os medicamentos que não pertenciam às relações do SUS representavam mais de 50% do total gasto com medicamentos judicializados em 2013. Esse índice foi superior a 65% em 2014. Ainda a respeito desse tipo de gasto, foi observado que dos 19 medicamentos responsáveis pelos maiores gastos (em termos percentuais) nesses Estados para o referido período, 10 eram medicamentos não incorporados ao SUS, sendo que 3 deles já haviam tido a sua análise de incorporação ao SUS indeferida pela CONITEC.

Uma constatação importante levantada pelos auditores do TCU foi de que o controle administrativo sobre as ações judiciais referentes à saúde era insuficiente no Ministério da Saúde e na maioria das Secretarias de Saúde selecionadas para análise. A consequência disso é que tal situação impossibilita o diagnóstico seguro da judicialização, não podendo o gestor ter elementos suficientes para evidenciar quais as principais demandas e suas causas. Além disso, não havia procedimentos para detecção de fraudes.

No Estado de São Paulo, os medicamentos do componente especializado da assistência farmacêutica e os oncológicos tiveram importante participação nos gastos com judicialização (35,94% e 24,09%, nos anos de 2013 e 2014, respectivamente). No Distrito Federal, segundo

---

<sup>27</sup> O Elapraxe é utilizado no tratamento da mucopolissacaridose tipo 2, enquanto o Naglazyme é usado para a mucopolissacaridose tipo 6 e o Soliris para o tratamento da síndrome hemolítico-urêmica.



os dados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), relativos aos processos de primeira instância autuados em 2013 e 2014, 32% deles diziam respeito a Unidade de Terapia Intensiva (UTI) ou Unidade de Cuidados Intensivos (UCI). A Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) reportou, durante a fiscalização, que 55% das ações judiciais referentes ao período de 2010 a 2014 diziam respeito a UTI.

O atendimento às recomendações do CNJ foi outra questão analisada. Apesar das recomendações sugeridas pelo Conselho, no intuito de subsidiar o Poder Judiciário na solução das demandas judiciais, a exemplo da celebração de convênios para oferecer apoio técnico aos magistrados e da especialização de varas para processar e julgar ações relacionadas ao direito à saúde, a auditoria do TCU constatou que, entre os 10 Tribunais de Justiça pesquisados e os Tribunais Regionais Federais, a maioria não adotou as recomendações.

Mas as conclusões não se ativeram apenas aos aspectos negativos identificados. No âmbito do controle administrativo das ações judiciais, o Estado de São Paulo evidenciou boas práticas, como o desenvolvimento e a manutenção de um sistema informatizado para a coleta, o processamento e a análise de dados relativos à judicialização da saúde, bem como para a detecção de indícios de fraudes em ações judiciais. O sistema é o S-CODES, que fornece informações gerenciais e permite a detecção de fraudes, a partir da identificação da repetição dos prescritores, dos advogados e das medicações demandadas<sup>28</sup>.

Como se percebe, a questão da judicialização do direito fundamental à saúde é bastante complexa e de difícil solução a curto prazo. Por ser um fenômeno crescente e que desorganiza a política pública de saúde planejada pelo Poder Executivo, urge enfrentar o desafio da impossibilidade de a limitação orçamentária atender a todas as demandas judiciais que pleiteiam esse direito fundamental. Em que pese a legitimidade do indivíduo isoladamente buscar, via Judiciário, a satisfação do direito à saúde, os efeitos negativos sobre as políticas públicas nessa área, previamente planejadas pela Administração, implicam a desalocação de recursos para atendimento da coletividade.

---

<sup>28</sup> Cite-se, como exemplo, a fraude identificada e reprimida pela polícia com a deflagração da operação “Garra Rufa”, em que se descobriu que o Estado de São Paulo foi compelido judicialmente a fornecer medicamentos para pacientes que não eram portadores da doença ou para aqueles em que o grau da doença não justificava o uso da medicação. Em outra fraude noticiada, a maioria dos pacientes desconhecia que era parte na ação judicial contra o Estado e muitos nem sequer possuíam a doença. Em ambos os casos, havia ligação entre associação de pacientes e determinados médicos e advogados. O sistema S-CODES, contribuiu para que ambas as fraudes fossem descobertas. Sobre essa questão, ver também notícia veiculada no jornal Folha de S. Paulo em: PINHO, Angela. Governo vê uso de brasileiro como cobaia por laboratório estrangeiro. Cotidiano. Folha de S. Paulo. 11 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1909010-governo-ve-uso-de-brasileiro-como-cobaia-por-laboratorio-estrangeiro.shtml>> Acesso em: 17 ago. 2017.

## Considerações finais

Conforme se verificou ao longo do estudo, o problema relacionado ao impacto produzido pelas demandas judiciais na área da saúde e aos limites da obrigação judicial de o ente federativo custear irrestritamente tratamento ou medicamento de maneira individual, em detrimento do coletivo (universalidade e equidade do atendimento), diz respeito à escassez dos recursos orçamentários do Estado. Mas não só, já que tal situação também chegou a um nível intolerável de afronta à ideia de separação dos poderes, por produzir reflexos irreparáveis no Poder Executivo, no que tange ao desequilíbrio de suas contas, de forma imprevisível e não programada, e à liberalidade de alocação de recursos por parte do administrador público.

Em que pese o impressionante e bem delineado sistema de proteção do direito fundamental à saúde, a questão da escassez dos recursos públicos conduz à inegável conclusão de que a realização desse direito social apresenta custos econômicos (que remete à ideia de custo dos direitos), vez que deve ser concretizado em consonância com as disponibilidades orçamentárias. Partindo da premissa de que todos os direitos têm custos, alguém tem que pagar por eles. No caso do Estado, isso se dá por meio da arrecadação de tributos pagos pelos contribuintes. Logo, a satisfação dos direitos sociais está na dependência da receita arrecadada, que envolve recursos escassos ou limitados.

A rigor, a interpretação constitucional estabelece que a prestação de saúde deve se dar por políticas públicas (coletivas), e não de forma isolada (individuais), já que o Estado se obriga a tratar igualmente todos os cidadãos. Não pode, discriminadamente, dar a um o que não pode dar a todos. Por outro lado, ainda que deva ser rechaçado o ativismo judicial desorganizador das contas públicas e do planejamento de gastos dos entes federados, por conta do impacto desalocativo de recursos previstos anteriormente para outra finalidade, parece que o Poder Judiciário não deve ser simplesmente execrado por este tipo de atuação, vez que está também tentando equacionar um problema que deveria ser resolvido no âmbito da política. O papel do juiz no processo de judicialização do direito à saúde é essencial para garantir ao cidadão o seu direito constitucional, especialmente naqueles casos em que o Estado não cumpre a sua obrigação constitucional de oferecer o mínimo de assistência.

Na esteira das conclusões da auditoria realizada pelo TCU, observa-se que há necessidade de que os gestores adotem medidas para coleta, processamento e análise de dados referentes às ações judiciais de saúde, assim como para detecção de fraudes, de forma permanente. Além disso, é imprescindível elaborar um diagnóstico preciso sobre o impacto da judicialização no orçamento e na gestão pública da saúde, a partir do cruzamento de dados, do

monitoramento de pacientes beneficiários das decisões judiciais e dos medicamentos e insumos pleiteados. Também é necessário que as unidades gestoras adotem a prática de divulgação transparente e periódica de informações e dados estatísticos sobre a judicialização da saúde para os órgãos envolvidos, as universidades, os pesquisadores, as organizações sociais e o público interessado, notadamente porque os recursos são públicos, além de incentivar a participação de todos na solução do problema.

A questão é complexa, difícil, está longe de uma solução definitiva, mas o importante é que seja amplamente debatida na sociedade, sobretudo em tempos de crise econômica e política. Ainda que seja atraente sustentar o discurso do direito absoluto à saúde, cabendo ao Estado fornecer todo e qualquer medicamento ou tratamento, a prática demonstra que esse é um argumento falacioso, já que os recursos orçamentários são limitados, as necessidades humanas infinitas, o avanço tecnológico na medicina é muito rápido, o que faz com que os insumos e os serviços se tornem mais caros.

O ideal seria que o direito à saúde fosse concretizado independentemente de constar o tratamento ou o medicamento em listagens oficiais, simplesmente por ser um direito fundamental. Mas essa equação ainda não existe e, por isso, é necessário enfrentar o desafio da impossibilidade de a limitação orçamentária atender a todas as demandas judiciais que pleiteiam esse direito fundamental, mesmo que reconhecida a legitimidade do indivíduo isoladamente em buscar, via Judiciário, a satisfação do seu direito. Por fim, urge resgatar o espaço privilegiado da política, no sentido da tomada de decisão coletiva e da expressão da vontade majoritária, pois a expansão judicial sobre o campo da política, reforçada pela jurisdição constitucional, atingiu um grau juridicamente insuportável. Para a melhor concretização das políticas públicas de saúde, é preciso inverter esse caminho que vai da politização à judicialização.

### Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianápolis: Bob-Merrill Educational Publishing, 1962.

HOLMES, Stephen. El Precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune (Orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Fondo de Cultura Economico: México, 1999.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, FILCHTINER, Mariana. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva o possível”.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions.** Cambridge: Harvard University Press, 2016.

Recebido: 10/09/2017

Aceito: 23/12/2017