

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
Ana Paula Faustino de Araujo Kuchenbecker

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O Impacto da interferência
do judiciário nos recursos orçamentários e a disparidade
social no acesso a saúde**

TAUBATÉ - SP
2023

Ana Paula Faustino de Araujo Kuchenbecker

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O Impacto da interferência do judiciário nos recursos orçamentários e a disparidade social no acesso a saúde

Trabalho de Graduação em Direito, apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para colação de grau e obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ma Marisa Vasconcelos

**TAUBATÉ - SP
2023**

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU**

- K95j Kuchenbecker, Ana Paula Faustino de Araujo
Judicialização da saúde : o impacto da interferência do judiciário nos recursos orçamentários e a disparidade social no acesso à saúde / Ana Paula Faustino de Araujo Kuchenbecker. -- 2023.
57f. : il.
- Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2023.
- Orientação: Profa. Ma. Marisa Vasconcelos, Departamento de Ciências Jurídicas.
1. Judicialização do direito à saúde. 2. Direito à saúde. 3. Princípios constitucionais. 4. Orçamento. 5. Justiça social. I. Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.
- CDU - 34:614(81)

ANA PAULA FAUSTINO DE ARAUJO KUCHENBECKER

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
O IMPACTO DA INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NOS
RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS E A DISPARIDADE SOCIAL
NO ACESSO A SAÚDE**

Trabalho de Graduação em Direito,
apresentado ao Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade de Taubaté, como
parte dos requisitos para colação de grau e
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ma Marisa Vasconcelos

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em ____/____/____ pela
Comissão Julgadora:

Prof.^a Ma Marisa Vasconcelos, Universidade de Taubaté.

Prof. _____, Universidade de Taubaté.

DEDICATÓRIA

As minhas filhas Sarah e Sofia, tão pequenas, sem entender a ausência da mamãe me esperavam todos os dias retornar da Universidade para que dormíssemos juntas. Ao meu esposo Paulo, que pacientemente me apoiou durante todo o curso, inclusive, sem você me tranquilizando por estar longe das nossas filhas, jamais teria conseguido.

Aos meus pais, Grevi Batista de Araujo e Antonieta Faustino de Araujo (*in memoriam*), pelo amor, orações e incentivo incansáveis.

Dedico a vocês esse trabalho. Obrigado por todo esforço, tempo e amor para que eu pudesse realizar meu sonho.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, professora Marisa Vasconcelos, agradeço pela orientação, apoio e paciência em contribuir para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos amigos que conquistei durante a jornada do curso de Direito, como foi prazeroso e enriquecedor dividir as noites com vocês.

Por fim, agradeço à banca examinadora pelo tempo e dedicação para avaliação deste trabalho.

RESUMO

Nos últimos anos, tem se observado uma crescente onda de judicialização da saúde no Brasil. A judicialização da saúde é um tema relevante e controverso, pois envolve o direito fundamental à saúde e o dever do Estado em garantir a sua proteção. Nota-se a preocupação dos entes federados na crescente demanda judicial no que tange ao direito da saúde, tendo em vista as implicações e restrições orçamentárias que elas podem gerar para atender e garantir o direito a saúde da coletividade em detrimento do direito individual. No presente trabalho, abordar-se-á evolução dos direitos sociais, com foco no direito à saúde no Brasil, além de tratar do Sistema Único de Saúde (SUS) e seus princípios norteadores. Além disso, serão discutidos os princípios constitucionais limitantes que balizam o alcance efetivo do direito à saúde, como a reserva do possível, o mínimo existencial, a igualdade e a separação dos poderes. Por fim, a monografia aborda os principais julgados e a visão da jurisprudência sobre o tema, bem como os impactos sociais e orçamentários decorrentes dessa prática cada vez mais frequente no país.

Palavras-chave:

Judicialização da saúde. Direito a Saúde. Princípios. Orçamento. Justiça social

ABSTRACT

In recent years, there has been a growing wave of judicialization of health in Brazil. The judicialization of health is a relevant and controversial issue, as it involves the fundamental right to health and the State's duty to guarantee its protection. The concern of the federated entities is noted in the growing judicial demand regarding the right to health, in view of the implications and budgetary restrictions that they can generate to meet and guarantee the right to health of the community to the detriment of individual rights. In the present work, the evolution of social rights will be approached, focusing on the right to health in Brazil, in addition to dealing with the Unified Health System (SUS) and its guiding principles. In addition, the limiting constitutional principles that guide the effective reach of the right to health will be discussed, such as the reserve of the possible, the existential minimum, equality, and separation of powers. Finally, the work addresses the main judgments and the view of jurisprudence on the subject and the social and budgetary impacts resulting from this increasingly frequent practice in the country.

Keywords: Judicialization of health. Right to health. Principles. Budget. Social Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DIREITOS SOCIAIS	11
2.1 Direito à Saúde no Brasil	12
2.2 Sistema Único de Saúde	15
2.2.1 <i>Os Princípios Norteadores do SUS</i>	16
2.2.1.1 Universalidade	17
2.2.1.2 Equidade	18
2.2.1.3 Integralidade	19
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITANTES	21
3.1 Do Princípio da Reserva do Possível	22
3.2 Do Princípio da Igualdade	24
3.3 Do Princípio do Mínimo Existencial	27
3.4 Do Princípio da Separação dos Poderes	28
4 O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	31
4.1 A Crescente Demanda pela Judicialização da Saúde	34
4.2 Os Principais Julgados e a Visão da Jurisprudência Sobre o Tema	37
5 OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE	43
5.1 Impactos Orçamentários	45
5.2 Os Impactos Sociais: Decisões Proferidas e a Justa Efetivação do Direito à Saúde	47
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é garantido como um direito fundamental na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, que estabelece que a saúde é direito de todos os cidadãos e cumpre ao estado a sua proteção, [...] “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”.¹ Ademais, o direito à saúde é regulamentado por leis e normas específicas, como a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) e o Sistema Único de Saúde (SUS).

Apesar de o direito à saúde ser um direito constitucional e fundamental, ele acaba por vezes sofrendo um retrocesso quanto a sua garantia uma vez que o Estado, dado as suas limitações técnicas e orçamentárias não consegue garantir o acesso adequado aos serviços de saúde para toda a população.

Diante desse cenário de retrocesso ou limitação do direito à saúde, muitos cidadãos são compelidos a buscar na Justiça o acesso a tratamentos e medicamentos que não estão disponíveis na rede pública de saúde. Tal situação tem levado a um aumento significativo na judicialização da saúde no país, ou seja, as pessoas recorrem ao Poder Judiciário para garantir o acesso aos serviços de saúde que lhes foram reprimidos pelo Estado.

Assim, como a saúde é direito de todos, o acesso à justiça também é garantia constitucional. Dessa forma, ao ser provocado, é dever do judiciário analisar e decidir sobre as questões demandadas. Ocorre que, a crescente demanda de ações judiciais na área da saúde tem sobrecarregado o sistema judiciário, gerando uma série de problemas, como a demora na obtenção de decisões judiciais, a insuficiência de recursos financeiros para o cumprimento das decisões por parte do poder executivo e a falta de uniformidade na interpretação da legislação pelos juízes.

Ademais, a judicialização da saúde pode acentuar as desigualdades no acesso à saúde no Brasil, uma vez que, geralmente, a busca pela via judicial é mais acessível para pessoas que possuem recursos financeiros e educacionais, o que pode acabar

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

privilegiando algumas classes da população em desfavor de outras, contribuindo ainda mais para acentuar as desigualdades no âmbito do direito a saúde.

Assim, neste trabalho discorrer-se-á sobre o processo da judicialização da saúde no Brasil, observando-se a evolução do tema e seus impactos sociais e no orçamento público. Além disso, pretende-se investigar como esse processo se relaciona com a garantia do direito fundamental da saúde, e se de fato, a judicialização pode se tornar instrumento para redução das desigualdades em termos da saúde existente no Brasil.

O referente para a pesquisa serão as constantes decisões proferidas pelo judiciário que contribuem para a crescente onda de judicialização da saúde no país, estudados por meio de revisão bibliográfica sobre o tema, que demonstram o impacto das decisões proferidas na dotação orçamentária e a sua contribuição para fomentar a distribuição de recursos para aqueles que possuem acesso e conhecimento cultural que possibilite reclamar e garantir o direito a saúde.

Dessa forma, o presente trabalho foi dividido em quatro capítulos que demonstraram uma perspectiva sobre o processo de judicialização da saúde no Brasil e suas consequências sociais e orçamentárias.

No primeiro capítulo, abordaremos o histórico dos Direitos Sociais que, embora estejam presentes no ordenamento jurídico Brasileiro desde a Constituição Federal de 1934, ainda enfrentam grandes desafios para serem plenamente garantidos aos cidadãos, especialmente o direito à saúde, objeto da presente monografia. O Sistema Único de Saúde (SUS) é o principal responsável por instrumentalizar o direito a saúde no Brasil, tendo como princípios a universalidade, a integralidade e a equidade.

Nesse sentido, será destacado que o direito à saúde não significa ter acesso a todos os tratamentos e tecnologias disponíveis, mas sim ter acesso ao mínimo necessário para preservar a vida e garantir o bem-estar físico e mental. Dessa forma, isso leva ao estado, priorizar ações e serviços que sejam considerados essenciais, considerando critérios epidemiológicos e as necessidades da população. Tal priorização, resulta em definir quais procedimentos, medicamentos e tratamentos serão disponibilizados pelo SUS, levando em consideração a efetividade, a eficiência, a segurança e não menos importante, o orçamento do estado.

O segundo capítulo, se dedicará aos princípios constitucionais limitantes, que, de alguma forma, contribuem para a não satisfação plena do direito a saúde de forma que a garantia do direito à saúde não exceda os limites orçamentários e

administrativos do Estado ferindo princípios importantes como a reserva do possível, igualdade, mínimo existencial e separação dos poderes.

O terceiro capítulo se dedicará ao processo de judicialização no Brasil. Nesse capítulo serão ventiladas as principais causas da crescente judicialização no país, o perfil das demandas e como as decisões favoráveis aos demandantes tem tornado o Judiciário uma via mais acessível para garantir o direito à saúde. Diante dessa nova ordem, os juízes passam a ter um papel mais ativo e sensível às transformações sociais. No entanto, o que tem se observado é que as decisões não são uniformes, o que pode gerar desigualdades e incertezas jurídicas no processo de garantia ao direito a saúde.

Por fim, no quarto capítulo serão abordados os impactos da judicialização da saúde no Brasil. O que se pretende demonstrar é que a judicialização da saúde pode trazer impactos significativos, tanto na esfera orçamentária quanto na social. Se por um lado ela impulsiona o Estado a evoluir e a aprimorar o sistema de saúde, buscando sanar as demandas e atender as necessidades da população de forma mais eficiente, por outro, a concessão de medicamentos e tratamentos de alto custo pode representar um grande ônus para o Estado, comprometendo a alocação justa do orçamento, ademais, a judicialização é seletiva, já que, nem todos têm condições de buscar o judiciário para garantir o seu direito à saúde, contribuindo para acentuar ainda mais as desigualdades de acesso a saúde no país.

2 DIREITOS SOCIAIS

A Constituição Federal de 1988, garantiu em seu texto constitucional direitos e garantias como *clausula pétrea*, eliminando a possibilidade de revogação dos mesmos, *in verbis*: “art. 60 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.”², assim, temos uma garantia positivada de não retrocesso e garantia do mínimo existencial no que tange a direitos e garantias fundamentais.

A doutrina, classifica os direitos fundamentais em 3 gerações/dimensões: A primeira geração, trata-se da não atuação do Estado no que tange as questões de direitos individuais e da liberdade do indivíduo. Os direitos individuais são fruto do Estado Liberal, no Brasil, estão previstos desde a Constituição de 1824. Não houve, porém, na primeira geração dos direitos fundamentais, uma preocupação com os direitos sociais. Tais direitos, como o direito a saúde, educação, o trabalho, a assistência aos menos favorecidos, foram tratados na segunda geração de direitos, que teve seu marco inicial com a Constituição do México em 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, os direitos sociais, foram previstos na constituição de 1934. Por seu turno, os direitos de terceira geração, aqueles direitos que transcendem os interesses individuais, que pertencem a coletividade, como o meio ambiente, comunicação e a paz, foram positivados na Constituição de 1988.³

De acordo com o doutrinador Flavio Martins, “As primeiras constituições brasileiras, de 1824 e 1891, extremamente liberais, somente previam direitos de primeira dimensão ou geração. Não previam direitos sociais (segunda dimensão), muito menos direitos de terceira dimensão[..]”.⁴

Dessa forma, observa-se que a previsão dos direitos sociais no Brasil é recente, uma vez que somente em 1934 a constituição aborda o tema, assim, temos 89 anos de promulgação de tais direitos, ficando demonstrado que é tema relativamente novo, e em constante desenvolvimento e discussão no âmbito jurídico.

A jurista Alessandra Gotti, conceitua os direitos sociais “como direitos nos quais se lida com a distribuição de bens comuns (saúde pública, educação pública,

² Idem.

³ MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.924.

⁴ Ibidem, p. 750.

segurança pública, meio ambiente) necessários à garantia da dignidade humana.”⁵, e o jurista Ricardo Lobo Torres, ressalta a importância do processo legislativo para concretização dos direitos sociais através da constituição das políticas públicas e orçamento.⁶

2.1 Direito à Saúde no Brasil

O direito à saúde está positivado na Constituição Federal, art. 6º, como direito fundamental e social dos brasileiros, imputando ao Estado o dever de sua proteção: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”⁷. Ainda, no que tange a norma legal, a redação do artigo 196 da constituição também confere aos brasileiros a proteção ao direito à saúde.

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.⁸

É nesse artigo que o legislador estabelece ao estado o dever de garantir a proteção da saúde na sua integralidade e, para que se estabeleça a garantia da proteção da saúde, deve o estado assumir um papel ativo na sociedade, garantindo a prestação material do direito, e, como cita o art. 196 da constituição federal, as políticas sociais e econômicas, as chamadas políticas públicas, são a base para a implementação das diretrizes, em nosso caso, diretrizes de saúde, que o poder legislativo definiu como prioridade de execução por parte do poder executivo. Mendes e Branco discorrem sobre o tema:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à

⁵ BUCCI, Maria Paula D.; SEIXAS, Duarte C. **Judicialização da saúde** - DIG. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547211295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211295/>. Acesso em: 07 abr. 2023, p.174

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, volume V: o orçamento na Constituição. 3. ed. rev., atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 430.

⁷ BRASIL. Constituição (1988), op. cit., loc. cit.

⁸ Idem.

saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada⁹.

Dessa forma, ao analisarmos o referido trecho, ressaltamos a expressão “escolhas alocativas” que os autores trazem a discussão frente a escassez financeira em torno do tema, dessa maneira, apesar de não serem indisponíveis e universais, os direitos sociais e fundamentais podem sofrer retrocesso quando ficar demonstrada a incapacidade do Estado em suprir todas as demandas. Assim, defronte a sua incapacidade prestacional devida a limitação de recursos, observa-se o crescimento histórico da judicialização da saúde no país.

Nesse cenário, diante da falta de determinações administrativas e/ou legislativas sobre o tema saúde, o judiciário vem baseando suas demandas com respaldo no Artigo 196 da Constituição.

Se por um lado, a entrada do judiciário elevou a aplicação do direito da saúde, por outro, atende determinadas demandas que somente as pessoas abastadas e com conhecimento cultural teriam acesso como por exemplo, medicamentos não descritos no rol da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), tratamentos no Exterior, medicamentos experimentais, dentre outros. O conhecimento de medidas alternativas a tratamentos de saúde, dificilmente alcançam a população pobre e miserável do país, o que confere uma disparidade nas questões sociais envolvendo as demandas de saúde¹⁰. Sobre a problemática de tais demandas e decisões, discorre Reynaldo Mappeli Junior:

[...] A escassez dos recursos públicos faz com que a assistência em saúde desnecessária (há equivalente terapêutico no SUS), cara (a indústria farmacêutica impõe o preço que quer, quando há decisão judicial) e ilegal (ausência de registro e importação representam falta de segurança terapêutica; tratamentos experimentais sem os mínimos controles do Estado, a violação de direitos humanos) desvie dinheiro público de outras políticas públicas, construídas para atender as demandas em saúde de acordo com critérios epidemiológicos. Em oposição à equidade na saúde, quem sai perdendo é a população mais carente. O Poder Judiciário, assim agindo, não está fazendo controle judicial de políticas públicas (Grinover, 2010) e desvirtua sua nobre função jurisdicional ao aplicar o direito para atender um

⁹ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620506. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620506/>. Acesso em: 01 out. 2022, p. 358.

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit. p. 224 e 380.

interesse privado, sobrepondo-o a problemas de caráter coletivo e comum [...] ¹¹

Em análise, constantemente o recurso destinado as políticas públicas que atenderiam a coletividade, são destinadas a interesse individual, causando uma desigualdade institucionalizada reforçando a tese de que direitos fundamentais e sociais não são absolutos, e sim, relativos, na medida que sofrem limitações na sua aplicabilidade e alcance.

Se por um lado os direitos de primeira geração (liberdade individuais) são objeto de prestação negativa do estado, por outro, a efetivação dos direitos sociais, dentre eles, o direito a saúde, exigem uma prestação positiva por parte do estado, a qual, em termos do direito a saúde é fruto de um extenso trabalho articulado e de grandes proporções. Ainda que tenha sua positivação na Constituição Federal, garantir a plena efetivação do direito a saúde no Brasil é tarefa extremamente desafiadora, e por vezes, acaba demonstrada os contornos das desigualdades que estamos inseridos frente a uma alta demanda e com recursos escassos.

Em estudo relacionado aos impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo, elaborado por Wang et al expõe o problema das decisões proferidas pelo judiciário em relação a saúde:

Para exemplificar esta situação, o ex-secretário de Saúde do estado de São Paulo afirmou que, a depender do tratamento ordenado e do tamanho do orçamento de um município, já houve casos em que, para o cumprimento de apenas uma decisão judicial, o orçamento municipal em saúde foi comprometido em 20% dos recursos previstos (Oliveira e Noronha, 2011). Dois exemplos que ilustram a afirmação do então secretário de Saúde são os municípios paulistas de Buritama e Campinas. No primeiro, mais da metade do orçamento de saúde é gasto para cumprimento de decisões judiciais e apenas um paciente conseguiu, via justiça, o acesso a um tratamento que custou 16% do orçamento anual de saúde (Revista Época, 2012). No segundo, somente com atendimento de 86 novas ações recebidas em 2009, o município gastou quase 16% de todo seu orçamento para medicamentos (Advocacia-Geral da União e Ministério da Saúde, 2012). ¹²

O judiciário sem dúvida, busca a proteção dos direitos dos que o demandam, porém, é preciso que haja entendimento de que as inúmeras decisões favoráveis a pedidos individuais penalizam grande parcela da população que, na falta do

¹¹ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da saúde e políticas públicas:** assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS [tese]. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p. 296.

¹² WANG, Daniel Wei L. et al. **Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo:** gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, out. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/5YcctKRJTVmQnp5mRHkBBcj/?lang=pt>. Acesso em: 02 maio 2022.

orçamento destinado a atender um único indivíduo, tem prejuízos na atenção básica da saúde de toda uma coletividade. Assim, transcrevemos os ensinamentos do Doutrinador Ricardo Torres sobre os possíveis caminhos desse processo de judicialização das políticas públicas:

Em síntese, a judicialização das políticas públicas orçamentárias pode conduzir à salvação ou a perda dos direitos humanos. Se restrita à afirmação dos direitos dotados de jusfundamentalidade e se cifrada na focalização dos interesses dos miseráveis, a judicialização das políticas orçamentárias pode conduzir à modificação do perverso panorama de exclusão social presente a até hoje no Brasil. Se cooptada pelas elites se distanciar do controle das omissões administrativas e legislativas no desenho das políticas públicas, passando a distribuir casuisticamente bens públicos em favor de quem tem cultura e agilidade para requerer aos órgãos judiciários, então contribuirá para a perda dos direitos humanos no Brasil.¹³

Ante o exposto, é notório que as políticas públicas são os principais meios para efetivação dos direitos, e, no que tange a saúde, o SUS, torna-se seu principal parceiro para efetivação do direito à saúde. Criado pela Constituição Federal de 1988, o SUS, é conhecido mundialmente pela complexidade de sua abrangência, tanto territorial quanto em relação vasta gama de atendimentos prestados à sociedade. E, para que a gestão de algo tão abrangente e complexo ocorra, ela deve ser partilhada com todos os entes da federação: União, Estados e Municípios.

2.2 Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde (SUS), foi instituído por via do art. 198 da constituição federal que dispõe: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único [...]”¹⁴. É através do SUS, que observamos com mais efetividade a materialização ao direito a Saúde.

A estrutura do SUS é composta por: (i) União, através do Ministério da Saúde que é o responsável pela gestão nacional do SUS, com a missão de criar normas e fiscalizar os demais entes federados; (ii) Estados, através das secretarias estaduais de saúde, participam da elaboração de políticas e ações relacionadas a saúde e apoiam os municípios na implantação das diretrizes nacionais; (iii) Municípios, através

¹³ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 224.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988), op. cit., loc. cit.

das secretarias municipais da saúde, que tem como meta planejar e executar as ações e serviços da saúde.

Por fim, para o alcance dos objetivos propostos pelo SUS, o trabalho entre os entes federados é solidário, uma vez que, dada a amplitude e complexidade de atendimento do SUS que vão desde um atendimento básico e fornecimento de medicamentos, até tratamentos mais complexos como cirurgias, se não houver uma articulação e corresponsabilidade entre união, estados e municípios, gerenciar e implantar as ações relacionadas a saúde para cerca de 190 milhões¹⁵ de pessoas seria tarefa impossível.

Ademais, ofertar todos os tipos de tratamentos medicinais existentes aos milhões de usuários do SUS é tarefa irreal, sendo, portanto, indispensável a adoção de políticas racionais para alocação dos recursos valendo-se do estudo da difusão de doenças da população, características regionais e perfil de saúde de cada região brasileira de forma a atingir o maior número de usuários do SUS.

O SUS, possui uma legislação extensa que o suporta em seu pilar principal de atendimento integral da saúde, tal legislação, delimita em resumo, os protocolos clínicos para identificação e tratamento de doenças, a sua atuação e os serviços prestados bem como, lista os medicamentos disponíveis pelo sistema.

2.2.1 Os Princípios Norteadores do SUS

A Lei nº 8.080/90, aborda em seu teor toda a legislação que suporta a efetivação das atividades e serviços do sistema único de saúde do Brasil, e, é nela que observamos toda estrutura que define a forma de atuação do Sistema Único de Saúde do Brasil.

No tocante, a abrangência que o SUS possui, os princípios doutrinários já demonstram sua grandeza e complexidade de atuação. Assim, para compreendemos a sua abrangência esmiuçaremos o rol de princípios elencados no art. 7º da referida

¹⁵ BRASIL. UnaSus (2021). **Maior sistema público de saúde do mundo, SUS completa 31 anos.** Disponível em <https://www.unasus.gov.br/noticia/maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo-sus-completa-31-anos>. Acesso em: 20 out. 2022.

lei, dos quais serão destacados os princípios da Universalidade, Equidade e Integralidade para efeitos do atual estudo.

2.2.1.1 Universalidade

O Princípio da Universalidade é o primeiro dos princípios tratados no art. 7º da lei 8080/90: “Art.7º, I: universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;”¹⁶. O princípio da Universalidade garante o atendimento à saúde a todos os cidadãos. Em resumo, atender 190 milhões de usuários levando em consideração o princípio da universalidade é tarefa desafiadora, dado o vasto território brasileiro, as desigualdades socioeconômicas e a dificuldade de acesso da população aos serviços de saúde quando não resididas em grandes centros urbanos.

Em complemento a Lei 8080/90, o decreto 7.508/11, determina as condições do tratamento universal e igualitário:

Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente: I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.¹⁷

Em análise ao dispositivo, mesmo sendo a saúde um direito constitucional positivado, fica evidente que o legislador determina limites para a prestação universal e igualitária dos serviços, ações e medicamento através do SUS, estando ainda condicionada a sua prestação o registro prévio na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), conforme disposto no art. 29 do decreto 7.508/11: “A RENAME e a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos

¹⁶ BRASIL. Lei nº 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 7508 de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 jun. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 26 fev. 2022.

somente poderão conter produtos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.”¹⁸

2.2.1.2 Equidade

O Princípio da Equidade está respaldado pelo art. 7º da lei em pauta, “IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”¹⁹.

Dessa forma, após a leitura do referido dispositivo podemos elucidar que discorre sobre a garantia de tratamento de forma idêntica a todos os usuários do sistema único de saúde, porém, mais uma vez, a efetividade de um princípio de extrema importância, encontra obstáculos nos contornos da real situação da população que necessita do atendimento à saúde. Sobre o tema discorre a pesquisadora Fabiola Vieira:

A garantia da igualdade de acesso de todos a ações e serviços de saúde, como meta a ser atingida pelo Estado, tem implicações práticas para o contexto nacional. No Brasil, há grandes desigualdades entre grupos de indivíduos no que se refere à renda, às condições de vida, à escolaridade, entre outras, que resultam em diferenças no acesso aos serviços públicos de saúde em consonância com as necessidades individuais. Para que a igualdade de acesso a serviços de saúde se concretize, essas desigualdades socioeconômicas precisam ser reconhecidas e enfrentadas por meio de políticas públicas. Assim, como desdobramento do princípio da igualdade, surge o princípio da equidade, segundo o qual é preciso tratar os diferentes de forma diferenciada, de acordo com suas necessidades, para que ao final se alcance, pelo menos em teoria, a igualdade entre eles. Em termos de política pública, o princípio da equidade resulta na distribuição desigual de bens, serviços ou oportunidades entre pessoas ou grupos sociais desiguais, oferecendo-se mais recursos aos desfavorecidos.²⁰

Assim, no que tange a efetivação do direito à saúde, se faz necessário o tratamento de forma desigual, buscando o nivelamento das discrepâncias socioeconômicas e culturais bem como no acesso aos serviços de saúde por toda a

¹⁸ Idem.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 8080..., op. cit., loc. cit.

²⁰ VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde no Brasil**: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9714/1/TD_2547.pdf. Acesso em: 21 out. 2022, p. 12.

população brasileira em suas diversas nuances regionais objetivando, por fim, a igualdade.

Com o efeito do aumento da judicialização da saúde observamos que o princípio da equidade sofre profunda restrição na medida em que o tratamento desigual que deveria ocorrer em detrimento das classes desfavorecidas com o intuito de colocá-las em patamares de igualdade, fica suprimido em função do favorecimento concedido através de decisões judiciais, que como já dito anteriormente, possui tendência a favorecer aos que possuem mais recursos para buscar a efetivação plena ao direito à saúde.

2.2.1.3 Integralidade

De acordo com o art. 7º da lei em análise, “II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;”²¹.

Ressaltamos que garantir o princípio da integralidade, ou seja, atendimento em todos os níveis de assistência, significa atender aos pilares de promoção, proteção e recuperação da saúde física, emocional e mental dos usuários do SUS, sendo necessária a ação conjunta de uma rede de serviços e políticas públicas, bem como, agentes que atuem ativamente para proteção e manutenção dessa rede de atendimento. Dessa forma, colacionamos os ensinamentos da pesquisadora Fabiola Vieira:

Assim, a integralidade no SUS não se traduz em uma promessa de garantia de acesso a todos os bens e serviços de saúde existentes, mas sim de esforço contínuo para que as práticas profissionais e os serviços estejam articulados. Bem como de empenho para a formulação e implementação de políticas públicas que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde, incluídas as políticas terapêuticas, as quais estabelecem os meios empregados para tratamento das doenças, entre eles, o uso de medicamentos e a realização de procedimentos cirúrgicos.²²

²¹ BRASIL. Lei nº 8080..., op. cit., loc. cit.

²² VIEIRA, Fabiola Sulpino, op. cit, p. 13.

No fim, o princípio da integralidade busca atender o indivíduo em toda a sua essência, e, é através do trabalho estruturado de políticas públicas que tal princípio pode ser implantado com qualidade e abrangência necessária.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITANTES

Os Princípios são um norte, um ponto de partida para análise das questões acerca do mundo jurídico. São mandamentos de definição que auxiliam na aplicabilidade das normas jurídicas, tornando-se mandamentos de otimização determinando limites no que tange a possibilidade de atendimento ao direito material.

Conforme o Ministro João Otávio de Noronha:

Princípios, em sentido jurídico, são normas elementares ou disposições primordiais que constituem o alicerce do ordenamento jurídico. Nas palavras de Nelson Nery Junior, “são mandamentos de otimização”, pois podem ser cumpridos em graus diferenciados, a depender das possibilidades reais e jurídicas envolvidas.²³

Dessa maneira, entende-se que apesar de sua existência e positivação, os direitos fundamentais não são absolutos, sendo, como qualquer outro direito, relativos, uma vez que sua aplicabilidade está condicionada a diversas variáveis, tornando-se, portanto, uma fonte limitadora do direito no caso concreto. É o caso do Direito a Saúde, mesmo sendo um direito fundamental com garantia constitucional é tema de avaliação a luz dos princípios constitucionais acerca de sua efetiva possibilidade prestacional.

Assim, colacionamos o posicionamento do doutrinador Paulo Roberto de Figueiredo Dantas sobre a aplicabilidade dos princípios constitucionais:

Ao contrário das regras, que são aplicadas na (...) lógica do tudo ou nada, os princípios admitem uma graduação em sua aplicação, a depender do peso que apresentam, num dado caso concreto. (...) Chamado a solucionar o conflito entre dois princípios constitucionais, o magistrado poderá decidir-se pela prevalência de um ou de outro, a depender das circunstâncias do caso concreto. (...) Deve-se frisar, contudo, que o princípio cuja aplicação não prevaleceu (...) não deixou de ter validade, não deixou de estar amparado pela Carta Magna. Apenas não teve peso suficiente para ser aplicado naquele caso específico. Em outras circunstâncias fáticas, contudo, poderá prevalecer frente a outro princípio.²⁴

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A Reserva do Possível e Sua Aplicação. In: **Edição Comemorativa de 30 Anos do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 482.

²⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.129-130.

3.1 Do Princípio da Reserva do Possível

Com origem na Alemanha, a teoria da reserva do possível surgiu a partir da decisão de um Tribunal Constitucional da Alemanha que indeferiu o pedido de candidatos ao curso de Medicina que não conseguiram ingressar a faculdade em função da limitação de vagas ao qual o ingresso ao curso estava submetido. Apesar da garantia prevista no art. 12 da Lei Federal Alemã que positiva o direito de escolha de sua formação, local onde trabalhar e onde estudar, o Tribunal Alemão entendeu que se houvesse concessão do direito à educação nos moldes pleiteados pelos candidatos ao curso de Medicina, haveria um desbalanceamento entre a alocação de recursos a um pequeno grupo de indivíduos contra a alocação de recursos para uma maior parte da sociedade.²⁵ Dessa forma, A justiça Alemã, valeu-se da teoria da reserva do possível para indeferir o pedido de garantia de direito positivado em sua Lei maior para preservar a destinação de recursos orçamentários para políticas que atenderiam um maior grupo de beneficiários.

O princípio da reserva do possível nos remete aquilo que o Estado de fato pode realizar. Assim, é através dele, que buscamos a interpretação conforme com a possibilidade real de implementação do direito. A existência do direito não pode ser por si só fator determinante de sua concessão, uma vez que, o estado possui limites orçamentários, ou seja, o dever de prestação do estado pode em algum momento ser frustrado em função da ordem econômica por ele enfrentada.

Sobre o tema, discorre Flavio Martins:

Embora todos os direitos tenham um custo, evidentemente os direitos sociais que necessitam de reiteradas políticas públicas, têm um custo imediato mais intenso, impactante no orçamento, motivo pelo qual levantou-se a tese da “reserva do possível”: limites fáticos, jurídicos e orçamentários que impedem o cumprimento imediato do direito social.²⁶

No âmbito da saúde, observamos que a demanda em relação ao tema é de larga escala e os recursos finitos. A jurisprudência não é pacífica o que torna a matéria insegura juridicamente.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A Reserva do Possível e Sua Aplicação, op. cit., p. 476-477.

²⁶ MARTINS, Flavio, op. cit., p. 1064.

O Ministro Celso de Melo, por meio do voto proferido no Recurso Extraordinário n. 271.286-8 (DJ de 24/11/2000), demonstra entendimento diverso em relação a utilização do princípio da reserva do possível:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.²⁷

Ao analisar a fala do Ministro Celso de Melo, observamos que seu entendimento é de não limitar a obrigação do estado perante de um dilema entre vida/saúde *versus* orçamento. Em contrapartida, o Ministro João Otávio de Noronha, afirma que a escassez de recursos não pode ser desconsiderada quando da aplicação de um direito uma vez que, se assim fosse, elevaríamos a obrigação prestacional do estado a níveis de “utopia” uma vez ser impossível o Estado perfeito, capaz de arcar com a totalidade de necessidades de sua população.²⁸

Nesse cenário, o jurista Ricardo Lobo Torres, cita a fala da ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal (STF) Ellen Grace, acerca do tema direito a saúde:

[...] refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas; conclui, coerentemente, como “limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria nº1.318, do Ministério da Saúde.”²⁹

Destoante da doutrina majoritária, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, citam os dizeres de João Reais Novais que observa o princípio da reserva do possível como um mandamento de otimização dos direitos fundamentais e ainda destaca a proibição do retrocesso no que tange aos direitos sociais:

[...] a reserva do possível (antes de atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, importa acrescentar!) deve viger como um mandado de otimização dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já atingidos, o que, por sua vez, aponta para a

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A Reserva do Possível e Sua Aplicação, op. cit., p.480.

²⁸ Ibidem, p. 479.

²⁹ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit. p. 222.

necessidade do reconhecimento de uma proibição do retrocesso, ainda mais naquilo que se está a preservar o mínimo existencial.³⁰

Cumprе ressaltar que a Reserva do possível não está relacionada apenas as questões financeiras. A reserva do possível acomoda também as questões técnicas da pretensão. Conforme apontado por Costa, Silva e Ogata:

Reserva técnica refere-se ao âmbito de análise crítica e viabilidade das ações – como, por exemplo, a falta de comprovação científica de um medicamento requerido –, demonstra uma questionável possibilidade técnica e por isso deve inviabilizar tal solicitação. Já a reserva financeira se estende à compreensão da disponibilidade dos recursos e como estes devem ser gerenciados a fim de viabilizarem as políticas públicas e a organização do serviço de saúde. Em termos práticos, se o dinheiro é insuficiente para arcar com os planejamentos previstos e lidar com as demandas judiciais, automaticamente o contexto exige sua limitação, uma vez que o direito a saúde, que é coletivo, deve ser resguardado.³¹

O fato é que temos uma inviabilidade no atendimento integral de todas as demandas relacionadas a direitos fundamentais, e nesse momento, o ponderamento através de princípios se faz necessário. Buscar avaliar o conjunto fático e jurídico envolvido na demanda pretendida, conforme ressalta o Ministro João Otávio de Noronha: “[..] deve-se considerar a disponibilidade de recursos materiais do Estado, a prévia previsão orçamentária para aquele gasto público e a razoabilidade da pretensão constante do requerimento de providência ao Estado.”³², ao invés de declarar um determinado direito como objeto de prestação absoluta do estado.

3.2 Do Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, está disposto na Constituição Federal em seu artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis, apud SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 28 fev.2023, não paginado.

³¹ COSTA, Kemily Benini; SILVA, Lia Mota; OGATA, Marcia Niituma. A judicialização da saúde e o Sistema Único de Saúde: revisão integrativa. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 9, n. 2, p. 149-163, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/635/741>., p. 158.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A Reserva do Possível e Sua Aplicação, op. cit., p. 493.

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.³³ Tal princípio iguala todos ao mesmo nível de direitos e deveres perante o Estado Brasileiro.

Nesse ponto, diante do fenômeno de crescimento das demandas judiciais da saúde, observamos que a depender da demanda julgada como procedente pelo judiciário, temos uma imediata desproporcionalidade na alocação dos recursos da saúde: o que é para todos, acaba se destinando para alguns e conseqüentemente estaríamos diante do afronte ao princípio da igualdade.

O princípio da igualdade nos remete a outro importante princípio que é o da equidade – dar acesso a todos as mesmas oportunidades. No cenário atual de excesso da judicialização no âmbito da saúde, além do tratamento desigual, observamos que nem todos terão acesso as mesmas oportunidades. Não serão os menos abastados que buscarão a via do judiciário para se socorrer quando da necessidade de um medicamento fora do rol do SUS, ou um tratamento experimental ou tratamentos de custo elevado. A via judicial, será acessada pelas pessoas com conhecimento e cultura, e partir daí a desigualdade se torna ainda mais evidente. E mesmo que, o acesso à justiça seja alcançado e o direito pretendido seja deferido, isso não garante que a sua prestação seja de fato alcançada.

Além da população carente não possuir o conhecimento necessário para buscar a efetividade do direito à saúde, ainda, sofrerá com as conseqüências de redução de investimentos na área em detrimento a realocação orçamentárias realizadas em função de decisões judiciais.

Sobre o tema, ressalta o jurista Ricardo Lobo Torres:

No Brasil, assiste-se à predação da renda pública pela classe média e pelos ricos, especialmente nos casos de remédios estrangeiros, com risco de se criar um impasse institucional entre o judiciário e os poderes políticos, se prevaleceu a retórica dos direitos individuais para os sociais.³⁴

Além da população carente não possuir o conhecimento necessário para buscar a efetividade do direito à saúde, ainda, sofrerá com as conseqüências de redução de investimentos na área em detrimento a realocação orçamentárias realizadas em função de decisões judiciais.

³³ BRASIL. Constituição (1988), op. cit., loc. cit.

³⁴ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 223.

Vieira citando Whitehead, nos ensina que “a equidade em saúde é alcançada quando se garante igual acesso ao cuidado disponível para iguais necessidades; igual utilização para iguais necessidades; e igual qualidade do cuidado para todos”³⁵.

A tese de repercussão geral 579, *leading case* RE 581488, nos demonstra os contornos da desigualdade de acesso ao judiciário: “Melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde - SUS mediante o pagamento da diferença respectiva”³⁶. Caso emblemático, tratou da possibilidade de o paciente arcar com os custos adicionais para utilização de acomodação superior no âmbito do SUS.

Cumprе ressaltar que esse tipo de ação dificilmente seria proposta por paciente sem recursos financeiros ou conhecimento da possibilidade de ajuizar tal ação. Porém, acertadamente, o STF, unanimemente, firmou a tese:

É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.³⁷

De acordo com os ministros, ao arcar com tais custos, teríamos uma afronta ao art. 196 da constituição Federal, que preconiza acesso universal e igualitário a todos os cidadãos. O ministro Dias Toffoli, em seu voto relatou: “Não se pode conceber que um atendimento público de saúde que se pretenda igualitário compreenda, dentro de si, diversas possibilidades de atendimento de acordo com a capacidade econômico-financeira do paciente”.³⁸

³⁵ VIEIRA, Fabiola Sulpino, op. cit, p.1 6.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema 579 - **Melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde - SUS mediante o pagamento da diferença respectiva**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2604151&numeroProcesso=581488&classeProcesso=RE&numeroTema=579>. Acesso em: 15 abr. 2023.

³⁷ Idem.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Dias Toffoli. Data do Julgamento: 03 dez. 2015. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>. Acesso em: 20 abr. 2023, p. 11.

3.3 Do Princípio do Mínimo Existencial

Diferente de outros princípios, o princípio do Mínimo Existencial não encontra sua posituação no texto constitucional Brasileiro, assim discorre Torres: “[..] Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.”³⁹ .

O mínimo existencial possui duas vertentes de atuação por parte do estado, a atuação negativa no que concerne a não atuação do estado nas liberdades individuais e a atuação positiva que se refere as prestações positivas das quais o estado não pode abster-se.⁴⁰

Assim, o mínimo existencial compreende um conjunto de direitos fundamentais a serem assegurados pelo estado, e não somente, questões restritas a vida e saúde. Nas palavras de Flavio Martins: “Confundir o mínimo existencial com o mínimo vital (de sobrevivência física) é reduzir o mínimo existencial ao direito a vida.”⁴¹

Para Ingo Sarlet, o mínimo existencial engloba “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável.”⁴²

O mínimo existencial, estaria relacionado a todo o conjunto necessário para que a pessoa pudesse usufruir uma vida com dignidade. O mínimo existencial a ser garantido pelo estado deve, portanto, respeitar a dilatada lista de direitos sociais descritos na constituição, porém, a sua efetivação deve ser limítrofe em função da situação real e jurídica do estado (reserva do possível).

A jurista Suelen do Nascimento discorda de tal posição e declara que “jamais uma impossibilidade orçamentária remota ou inexistente do Estado em oferecer o mínimo existencial poderá impedir a eficácia dos direitos fundamentais considerados essenciais, justos e basilares.”⁴³. O ponto, é que tal posição, pode ensejar uma fantasia de que o estado é capaz de prover tudo e para todos de forma indiscriminada.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit. p. 357.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ MARTINS, Flavio, op. cit., p. 1055.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., loc. cit.

⁴³ NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. **Mínimo existencial x Reserva do possível**. 2012. Disponível em: <https://drasuelenpereira.jusbrasil.com.br/artigos/359772717/mínimo-existencial-x-reserva-do-possível>. Acesso em: 28 fev. 2023.

O jurista Ricardo Lobo Torres, ressalta a problemática relacionada ao tema:

O problema o mais intrincado é o de relacionamento entre os mínimos sociais, que se situam no campo da liberdade e dos direitos fundamentais, e o do máximo social, que integra a ideia de justiça e de direitos sociais.⁴⁴

Mais uma vez, ressalta-se a necessidade de ponderação dos princípios para que de fato seja alcançado o justo e razoável ponto de equilíbrio entre a reserva do possível e a proteção do mínimo existencial, garantindo que os direitos fundamentais, como o direito à saúde, sejam respeitados e efetivados.

O Mínimo existencial não pode ser restrito a migalhas que o Estado usando de suas limitações orçamentárias alega ser capaz de proporcionar aos seus cidadãos, tão pouco ser objeto de maximização de direitos que na prática serão impossíveis de serem satisfeitos.

3.4 Do Princípio da Separação dos Poderes

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 2º a afirmação do princípio da Separação dos Poderes, *in verbis*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Tal princípio, conhecido também como Sistema de freios e contrapesos, teve seu início quando da formação do Estado Liberal que preconizava a iniciativa de forma livre e a redução da participação do estado no que dizia respeito a liberdade de cada indivíduo.⁴⁵

Aristóteles foi o precursor de tal teoria, em sua obra “A Política”, buscou demonstrar a necessidade de desmembrar as funções do Estado (deliberação, comando e judicatura), e, em 1748 através da obra o “Espírito das Leis”, de Montesquieu é que houve a consolidação do entendimento em relação ao Tripé: Executivo, Legislativo e Judiciário.⁴⁶

⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 412.

⁴⁵ BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-orian-piske>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁴⁶ MARTINS, Flavio, op. cit.

A Importância de tal princípio se dá na medida em que surgiu para que os abusos relativos ao acúmulo de poder, especialmente no período das monarquias, que possibilitava um ambiente de autoritarismo generalizado, fossem estancados.⁴⁷

Com o crescente fenômeno da judicialização no país, o princípio da separação dos poderes ganha destaque uma vez que ao ser chamado na esfera do conflito, o judiciário não pode se abster de decidir por força do direito fundamental positivado na Constituição Federal: “Art 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; ”, e assim, por vezes, acaba por “interferir” em esferas fora de sua prerrogativa de função gerando uma desproporcionalidade entre os poderes.

No âmbito da saúde, chamado a decidir por questões como concessão de medicamentos ou tratamentos, acaba o judiciário a interferir na determinação (papel do legislativo) e implementação (papel do executivo) de políticas públicas, sobre o tema, discorre, o Ministro Barroso:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastrosas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.⁴⁸

Mover a prerrogativa de definir as políticas públicas sociais para o judiciário acaba por gerar escolhas desastrosas no que tange a distribuição com equidade de recursos bem como, escolhas assertivas para de fato, atender as necessidades da população. Possuir o conhecimento da realidade epidemiológica e de cada região não é função do judiciário, e, portanto, não deveria estar sujeito a constante imposição de mudança.

Cumprido ressaltar que além da interferência nas políticas públicas sem o conhecimento técnico necessário, dois importantes aspectos precisam ser

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 fev. 2023. p. 19-20.

observados em relação ao tema. O primeiro, trata-se da validade democrática da interferência do judiciário, uma vez que não foi o povo, responsável pelo seu mandato, assim, o ente eleito pelo povo para representar a sua vontade, acaba por vezes sofrendo uma obstrução da sua função originária em detrimento de decisões judiciais.⁴⁹

Outro ponto importante, é o risco da politização da justiça. Cabe os magistrados atuar dentro dos limites legais, afastando, portanto, suas preferências próprias e políticas, afastando a possibilidade de realizar inferências com consequências irreversíveis. Sobre o tema, discorre Barroso:

Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.⁵⁰

Por fim, cumpre ressaltar o princípio da separação dos poderes não é impedimento para a atuação do judiciário na esfera de atuação de outros poderes, mas, ele preconiza a atuação harmônica e dentro de certos limites, a luz de aplicação de outros princípios para assim, garantir a democracia e os direitos coletivos e individuais.

⁴⁹ Ibidem, p. 20.

⁵⁰ Ibidem, p. 21.

4 O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

O acesso à justiça é um direito positivado na Constituição Federal *in verbis*: “art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”⁵¹. Dessa forma, é dado a todos os cidadãos, a oportunidade de acionar o judiciário quando da ameaça ou lesão dos seus direitos. No Brasil, observamos cada vez mais crescente as demandas destinadas ao judiciário embora tenhamos os esforços e incentivos contínuos para o seu descongestionamento através de mecanismos de mediação e arbitragem, esses ainda, não são capazes de conter o fenômeno da judicialização excessiva no País.

Segundo Barroso existem três principais causas para a judicialização no País: Redemocratização, o constitucionalismo abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade⁵². Com a Constituição Federal de 1988, a redemocratização instaurada no país deu ao Judiciário novos contornos de atuação deixando de ser um mero órgão técnico para se tornar um ativista político social para garantia dos direitos e deveres e, além disso, a nova ordem democrática concedeu a população um maior conhecimento em termos de direitos, assim, o acesso ao judiciário como forma de garantia da efetivação e proteção de direitos foi se tornando cada vez maior.

O segundo ponto apontado por Barroso, trata-se da amplitude de matérias abordadas pela constituição deixando espaço para que o judiciário também se tornasse protagonista na discussão de casos concretos de violação de direitos bem como de políticas públicas capazes de abranger o leque de matérias positivas na constituição.

Por fim, o autor faz referência ao controle de constitucionalidade existente no Brasil onde possuímos um controle difuso e concentrado, dando a possibilidade de qualquer tema ser levado à apreciação do nosso judiciário.⁵³

A nova ordem trouxe, portanto, uma conexão entre Estado e Sociedade, na medida que, segundo Torres:

O juiz deixa de ser o aplicador formalista da lei para se tornar também, agendas das transformações sociais, utilizando no exercício de suas funções os instrumentos de razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade para

⁵¹ BRASIL. Constituição (1988), op. cit., loc. cit.

⁵² BARROSO, Luís Roberto Barroso, op. cit., loc. cit.

⁵³ Idem.

enfrentar as novas questões colocadas pelo pluralismo de interesses da sociedade moderna.⁵⁴

Seguindo a tendência da judicialização, a área da saúde tem ganhado destaque no tema. É cada vez mais comum, o acionamento do judiciário para decidir a respeito do direito à saúde como direito fundamental. Para um melhor entendimento, Vieira conceitua a judicialização da saúde:

[...] a judicialização da saúde é definida como uma situação de acionamento do Poder Judiciário por parte de indivíduos ou grupos de indivíduos, na condição de cidadãos ou de consumidores, com a finalidade de que este poder arbitre conflitos destes com o Poder Executivo, com empresas privadas e até mesmo com pessoas físicas, em matéria de saúde. Abrange, portanto, solicitações de prestações de saúde a serem disponibilizadas por meio do SUS, litígios contratuais no tocante à cobertura ou a cobranças no âmbito da saúde suplementar e questões diversas relacionadas ao biodireito, como os litígios envolvendo erros médicos.⁵⁵

A judicialização da saúde no Brasil ganhou novos contornos a partir dos anos 90, quando pacientes portadores do vírus HIV e Organizações não governamentais iniciaram uma batalha na justiça para o fornecimento de medicamentos e assistência para os portadores do vírus HIV o que culminou, através de decisão do Supremo Tribunal Federal, na responsabilização de prestação por parte do SUS das necessidades requeridas pelos pacientes, o que logo em 1996, ensejou a promulgação da lei 9313 de 13/11/1996 – Distribuição Gratuita de Medicamentos aos Portadores do HIV e Doentes de Aids.⁵⁶ Nos anos seguintes as demandas judiciais na área da saúde passaram englobar uma lista extensa de pedidos assistência à saúde, inclusive tratamentos no exterior e medicamentos fora da lista permitida pela Anvisa.⁵⁷

O Jurista Ricardo Torres, relembra o que ocorreu após o julgado do Supremo Tribunal Federal em relação a determinação da Distribuição Gratuita dos medicamentos ao Portadores do HIV e Doentes de Aids:

[...] os tribunais de grau inferior passaram a sacar diretamente do art. 196 da Constituição a fonte legitimadora da afirmação positiva das prestações na área de saúde nos casos de omissão administrativa ou legislativa. A nova posição do Judiciário brasileiro trouxe grande avanço para a defesa do mínimo existencial e do direito a saúde. Mas por outro lado, provocou inúmeros exageros quanto à extensão do direito, que passou a aquinhoar também os ricos e se aplicou até mesmo à garantia de tratamento médico no estrangeiro, além de inovar o equacionamento jurídico de inúmeras matérias ligas ao orçamento.⁵⁸

⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 219.

⁵⁵ VIEIRA, Fabiola Sulpino, op. cit., p. 25.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ WANG, Daniel Wei L., op. cit., loc. cit.

⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 380.

Dada a relevância e proporção tomada pelo tema, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criou a Recomendação Nº 31 de 30/03/2010 aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que, em resumo, preconiza: a) celebração de convênios com equipe técnica com intuito de avaliar as demandas relativas a saúde; b) Maior detalhamento técnico possível das ações em termos de CID, doença, prescrição de medicamentos; c) Furtar-se da autorização de medicamentos fora do rol da ANVISA ou em fase de testes; d) Comunicação com gestores da saúde antes de proferir medidas de urgência e) Verificar se os requerentes fazem parte de programas experimentais, se sim, denegar pedido já que a continuidade do tratamento deveria ser custeada pelo próprio requerente; f) Inscrição do beneficiário de medida judicial no programa de política pública já existente; g) Inclusão do tema de Direito Sanitário nos concursos de magistrados; h) Aos magistrados, visitas periódicas aos unidades de saúde e as unidades gestoras para que estejam atualizados; i) A todas as escolas de formação e aperfeiçoamento de magistrados, incluir em seus programas o estudo do direito sanitário, além de, oportunizar entre membros do Ministério Público, Magistrados e gestores seminários para debate do tema.⁵⁹

Dessa forma, observa-se a preocupação dos entes públicos no que diz respeito à crescente demanda de judicialização da saúde no país, conforme descrito na pesquisa sobre saúde produzida pelo CNJ:

Assim, a preocupação que a judicialização da saúde tem causado nos gestores dos distintos poderes não está ligada ao fato de um direito legítimo ser judicializado, mas com o ônus de tal fenômeno na própria estrutura judicial e, além disso, nos custos para a máquina administrativa dos executivos nacionais e subnacionais.⁶⁰

Apesar de buscarem proteger direito fundamental, as decisões pulverizadas das demandas de saúde geram insegurança institucional e fomentam as crescentes ações relacionadas a saúde no país. Sobre o tema, Clarice Duarte discorre:

Embora a atividade normativa secundária seja de extrema relevância para a conformação das “polícies”, o fato é que a fragmentação normativa, resultado da multiplicidade de agentes governamentais envolvidos na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas sanitárias, contribui para a

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação Nº 31 de 30/03/2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>. Acesso em: 02 mar. 2022.

⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade**. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/07/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade-16072021.pdf. Acesso em: 9 fev. 2023, p. 13.

instabilidade do direito produzido e favorece a diversidade de interpretações, fatores que também são causas da excessiva judicialização do direito à saúde.⁶¹

Ademais, ao entrar na esfera de decisões que tratam da destinação de recursos relacionados a saúde aos demandantes do judiciário, podemos ter uma hipótese de ofensa ao princípio da separação de poderes⁶². Segundo o doutrinador Flavio Martins, dois são os princípios relativos à separação de poderes: Independência e harmonia. No que tange a independência, entende-se como a não intervenção de um poder sobre outro e no que diz respeito a harmonia, a busca pelo trato cortês, e respeito mútuo⁶³.

Outrossim, se por um lado o direito à saúde é positivado em nossa constituição, por outro, a judicialização das demandas vem trazendo impactos na esfera orçamentária além de sobrecarregar ainda mais o judiciário brasileiro, tanto destaque possui o tema que o CNJ criou em 2014 a Jornada da saúde que além de vários outros objetivos, busca tratar da burocracia dos procedimentos bem como tentar alinhar a ideia de “que a saúde não tem preço, mas tem custo”⁶⁴

4.1 A Crescente Demanda pela Judicialização da Saúde

Dados do CNJ demonstram que de 2008 a 2017 as demandas de saúde na 1ª instância, cresceram 130%, enquanto na segunda instância houve crescimento de 85%. Ainda, de acordo com os dados do CNJ, o dispêndio com as demandas de saúde utilizou cerca de R\$ 1,6 Bilhões dos cofres públicos em 2016.⁶⁵

A respeito do perfil das demandas, de acordo com o CNJ, entre 2014 e 2019, excluindo-se as demandas relativas a seguro e plano de saúde, as demandas mais recorrentes que chegam ao judiciário são: “Fornecimento de Medicamentos”, “Saúde”, “Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos”, “Tratamento

⁶¹ DUARTE, Clarice Seixas (coautor). **Judicialização da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro. (1 recurso online). ISBN 9788547211295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547211295>, p.458.

⁶² TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p.353.

⁶³ MARTINS, Flavio, op. cit.

⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Judicialização..., op. cit., p. 13.

⁶⁵ Ibidem, p.11.

Médico-Hospitalar” e “Unidade de Terapia Intensiva (UTI) ou Unidade de Cuidados Intensivos (UCI)”⁶⁶.

A pesquisadora Bucci levanta uma hipótese relacionado ao fato do judiciário ser acionado de maneira mais recorrente:

O problema mais agudo da judicialização da saúde é a concessão exagerada de medidas liminares, cautelares e antecipações de tutela. Esse é o aspecto central a ser enfrentado por uma estratégia de redução da judicialização em saúde. O volume de ações é consequência dessa prática, na medida em que o deferimento sistemático das antecipações de tutela faz do Judiciário o caminho mais curto para a obtenção do medicamento, com baixíssimo índice de recusa, a despeito da possível ilegitimidade dos pedidos, em muitos casos.⁶⁷

O Relatório de auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) em relação ao processo de judicialização da saúde verificou a existência de cinco causas centrais para a questão da judicialização da saúde: i) a velocidade dos avanços tecnológicos no âmbito farmacêutico e técnicas terapêuticas *versus* a incapacidade do estado em reagir com o mesmo dinamismo as inovações; ii) a internet como fonte propagadora dessas novas tecnologia que acabam por ensejar as demandas ao judiciário; iii) a quantidade de sentenças favoráveis no âmbito na saúde e a facilidade para acessar a justiça; iv) prescrição médica ou procedimentos não elencados no rol de permissões da Anvisa; v) a análise dos dados demonstram sinais de que há um relacionamento estruturado com o objetivo de fraudar o sistema da saúde entre farmacêuticas, associações de pacientes, advogados e médicos, elevando os níveis da judicialização na área da saúde.⁶⁸

Outro ponto importante levantado pelo TCU foi que a judicialização da saúde nos países latino-americanos possui perfil individual e taxas de sucesso são elevadas⁶⁹, o que foi anteriormente foi destacado pela pesquisadora Maria Paula Bucci. O fato de possuir taxas elevadas de sucesso nos processos envolvendo o direito a saúde, cada vez mais, incentiva os individuais a buscarem a via judicial para garantir a proteção do direito. Em relação ao perfil individual a pesquisadora Fabiola Vieira destaca uma importante visão:

⁶⁶ Ibidem, p. 31.

⁶⁷ BUCCI, Maria Paula D.; SEIXAS, Duarte C., op. cit., p.65

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Auditoria operacional sobre judicialização da saúde**: ficha síntese. Brasília: TCU, 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 07 abr. 2023.

⁶⁹ Idem.

[..] tentar efetivar o direito à saúde pela via individual pode tornar o sistema de saúde menos justo e eficiente, sendo preciso que o Poder Judiciário mude a forma como lida com essas demandas e desenvolva, para tanto, a sua capacidade institucional para julgar essas questões, mas de forma diferente. Deveria deixar de alocar recursos e passar a controlar os processos envolvendo a gestão de tecnologias conduzidos pelas autoridades de saúde, a exemplo do que é feito na Inglaterra, no Canadá, na Austrália e na Nova Zelândia.⁷⁰

Em análise, o que autora destaca é que ao contrário de enfatizar e incentivar a via individual de proteção do direito a saúde o correto seria a fiscalização da gestão da saúde para assim, buscar efetivar o direito para toda a sociedade.

Ponto levantado em auditoria do TCU foi exatamente a falta de gestão pelo Executivo em relação as demandas da saúde ajuizadas:

O controle administrativo sobre as ações judiciais referentes à saúde é insuficiente no Ministério da Saúde e na maioria das secretarias de saúde selecionadas para análise. Por controle administrativo entendem-se: a) a existência de rotinas de coleta, processamento e análise de dados que permitam o dimensionamento da judicialização da saúde, de forma a subsidiar a tomada de decisão; e b) a existência de mecanismos de detecção de fraudes, mediante o cruzamento de dados para a identificação de padrões e inconsistências, permitindo a realização de investigações com ou sem a participação de órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público).⁷¹

Observa-se, portanto, que se a gestão é falha, dificilmente o poder executivo conseguirá orientar suas ações com o objetivo de mitigar a problemática e responder com a devida celeridade aos casos judicializados. Restará, portanto, atuar de forma reativa e apagando incêndios. Agindo assim, todos os lados tendem a perder, a sociedade que não terá seu direito atendido e a administração pública desestabilizada financeiramente.

Outro ponto importante levantado pelo TCU é a judicialização de itens já previstos no rol de medicamentos que deveriam ser fornecidos pelo SUS⁷², o que já deveria ser fornecido sem a necessidade de utilizar a via do judiciário, acaba, por falta da gestão do executivo, mais uma vez, acumulando desnecessariamente, mais processos no âmbito da justiça.

⁷⁰ VIEIRA, Fabiola Sulpino, op. cit., p. 35

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União, op. cit., p.25

⁷² Ibidem, p. 60.

4.2 Os Principais Julgados e a Visão da Jurisprudência Sobre o Tema

Dada a relevância do tema, observa-se que o STF vem por vezes sendo acionado a decidir sobre casos relativos à saúde e, por força dos dispositivos “CF, art. 102, § 3º; CPC/2015, art. 1.035; Regimento Interno do STF, art. 322 e seguintes”⁷³ temos a incidência da repercussão Geral, que busca analisar questões relevantes no que diz respeito a aspectos econômicos, político, social ou jurídico, bem como, aquelas questões que transcendem os interesses individuais. Tais requisitos são indispensáveis para que uma determinada questão se torne objeto de Recurso Extraordinário (RE).⁷⁴

Para melhor compreensão da função do RE, vale destacar o que discorrem Mendes e Branco: “O recurso extraordinário consiste no instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância (CF, art. 102, III, a-d).”⁷⁵

Por se tratar de verificação de eventual afronta à constituição, uma vez firmada a tese no âmbito do RE, essa, para garantia da segurança jurídica, deverá ser aplicada por todas as instâncias inferiores em casos iguais aos da matéria discutida.

No âmbito do tema saúde observamos a existência de algumas teses para suportar os casos relacionados a judicialização da saúde. No quadro abaixo, aponta-se os principais temas os quais vamos discutir.

Quadro 1 – Temas da saúde com Repercussão Geral reconhecida

TEMA	RE
Tema 6 - Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.	566.471
Tema 289 - Bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos.	607.582
Tema 500 - Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela Anvisa.	657.718
Tema 793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.	855.178

Fonte: Tribunal de Contas da União⁷⁶

⁷³ Ibidem, p. 14.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G, op. cit., p. 536.

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União, op. cit., p. 14-15.

Dados analisados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), apontam que, no período de 2007 a 2015, 85% dos processos suspensos diziam respeito ao tema 6 “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.”⁷⁷.

O julgamento de mérito ocorreu no ano de 2020, dada questão constitucional por ocasião do RE 566.471 que em resumo, trata-se de demanda judicial com pedido de fornecimento de medicamento de alto custo que, durante a tramitação do processo, foi incorporado no rol de medicamentos aprovados pela ANVISA, bem como, previsto na política de assistência farmacêutica dos SUS.⁷⁸ Apesar da tese ainda não firmada, os votos dos ministros em sua maioria entendem que o Estado possui a obrigação de fornecer o remédio de alto custo, que conste na lista do SUS, desde que sejam comprovados a hipossuficiência do paciente e sua família, bem como, a real necessidade do medicamento. E ainda, se fez clara a determinação de que o Estado não deve ser obrigado a fornecer medicamentos que não constam no rol da ANVISA⁷⁹, o que está alinhado com o tema de repercussão geral nº 500 que trata do “Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela Anvisa.”⁸⁰

Realçamos os dizeres do Ministro Luís Roberto Barroso ao proferir seu voto em relação ao RE 566.471 que diz “Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, possam ser disponibilizados pelo Estado a todas as pessoas.”⁸¹ Nesse ponto, entende-se que o Ministro faz referência ao princípio da reserva do possível, uma vez que os recursos são escassos e as demandas chegam em abundância.

Apesar de mencionar a questão da reserva do possível, o ministro negou provimento ao recurso, uma vez que no decorrer do processo, o remédio foi

⁷⁷ Ibidem, p. 15.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS (atualizada)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&ori=1>. Acesso em: 15 abr. 2023.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 500 - Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 22 abr. 2023.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 10.

incorporado a lista de medicamentos do SUS, assim, o judiciário apenas estaria efetivando uma política pública já existente.

O tema de repercussão geral nº 500, trata da não obrigação do Estado em fornecer medicamento não relacionado na ANVISA, em casos em que haja demora não justificada para sua avaliação/incorporação, esses serão avaliados e deverão atender a critérios específicos para sua concessão.

Dessa forma, o tema 500 foi importante instrumento para pacificação em relação a problemática uma vez que, segundo dados levantados pela pesquisadora Fabiola Vieira, “no período de 2003 a 2013, a judicialização da saúde foi responsável por 81,9% das compras de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)”⁸². Apesar da recomendação em 2010 do CNJ para que o judiciário se furtasse da autorização de medicamentos fora do rol da ANVISA ou em fase de testes, a prática ocorria de forma intensa no âmbito do judiciário. Tal prática, produz impactos negativos no âmbito da saúde pública conforme o pesquisador Mapelli Junior, ressalta “a liberação judicial de tratamentos experimentais e sem registro na ANVISA é perigosa, pois provoca risco à saúde e à vida dos pacientes-atores dos processos judiciais.”⁸³. As pesquisadoras Bucci e Duarte complementam sobre o tema:

Os direitos à saúde e à vida, constitucionalmente garantidos, são constantemente utilizados como argumentos para o pleito judicial de tratamentos médicos e obtenção de medicamentos ou substâncias. Os limites, entretanto, para a concessão de liminares ou para o deferimento por decisão definitiva pelo Judiciário não estão claros, resultando em grande judicialização e trazendo reflexos, às vezes, para a própria saúde dos pacientes.⁸⁴

Para a pesquisadora Fabiola Vieira, a utilização do critério de distribuição ilimitada de bens e serviços relacionadas a saúde “[...] constitui fator de risco para o sistema de saúde porque resulta na determinação ao poder público de fornecimento de qualquer tecnologia em saúde que não esteja prevista nas políticas deste âmbito, produzindo desigualdades no atendimento”.⁸⁵

⁸² VIEIRA, Fabiola Sulpino, op. cit., p. 32.

⁸³ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo, op. cit., p.122.

⁸⁴ BUCCI, Maria Paula D.; SEIXAS, Duarte C., op. cit., p. 140.

⁸⁵ VIEIRA, Fabiola Sulpino, op. cit., p. 38.

Ademais o Tribunal de Contas da União (TCU), alerta para o ponto que: “a prescrição sem registro na ANVISA afronta a Lei 6.360/1976 e o Código de Ética Médica (Capítulo III, art. 21).”⁸⁶

Por sua vez, o tema 289 - Bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamento pautado na existência de afronta constitucional aos art. 100, §2º, e 167, II e VII, da Constituição Federal que, segundo sustentado pelo recorrente no *Leading Case* RE 607582, o bloqueio de verbas públicas para garantia do direito à saúde não possui previsão no art. 100, §2º da Constituição Federal que delibera a quebra de ordem de preferência apenas na fase executória e ainda, sustentou que o sequestro de verbas públicas gera desproporcionalidade orçamentaria, o que afronta portanto o art. 167, II e VII da Constituição Federal.⁸⁷

Apesar da sustentação do recorrente, a corte entendeu ser o tema já pacificado e reafirmou a possibilidade do Sequestro de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos.

Segundo os ensinamentos do nobre doutrinador Ricardo Torres:

[...] A partir da hipótese especialíssima prevista na CF (art. 100, §2º: preterimento do direito de procedência julgamento de precatório), o Judiciário passa a fazer uso do sequestro de recursos do Estado em casos não previsto na constituição, na lei ordinária nem no direito comparado, desarticulando perigosamente as finanças públicas. Ao revés de judicializar as políticas públicas referentes ao mínimo existencial, estão preferindo os Tribunais judicializar as políticas orçamentárias.⁸⁸

Se por um lado, garantir o direito a saúde é fundamental e comparado ao direito ao mínimo existencial, por outro, a intervenção do judiciário altera a ordem de prioridade e funcionamento do SUS, inclusive, obriga o executivo a afrontar o princípio da legalidade orçamentária, que limita o poder do estado e orienta o curso das atividades administrativas.⁸⁹

Assim, o bloqueio de verbas públicas, deve ser feito de forma moderada para que não ocorra o desequilíbrio no orçamento público e nos serviços a serem prestados à sociedade. E ainda, cumpre ressaltar que o bloqueio de verbas públicas não é medida definitiva para solucionar o problema da não garantia ao direito a saúde por

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União, op. cit., p. 35.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 607.582 Rio Grande do Sul**. Relatora: Min. Ellen Grace. Data do Julgamento: 13 ago. 2010. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>. Acesso em: 21 abr. 2023.

⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit, p.354

⁸⁹ Ibidem, p.382.

parte do estado. Importante se faz, o investimento em políticas públicas, tecnologia, pesquisa e gestão, componentes para a entrega a todos de forma universal e igualitária o direito a saúde.

A Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, tema 793 de repercussão geral, está prevista no art. 23 II da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”⁹⁰

Assim, o tema 793, determina que qualquer um dos entes federados pode compor o polo passivo das demandas que versem sobre o direito a saúde. Ademais, em função dos critérios constitucionais de repartição de competência, em cada caso será avaliado a necessidade de compensação do ônus financeiro por parte do ente federado que suportou o ônus financeiro. Porém, o STF entende que para aqueles medicamentos que não possuem registro na ANVISA, no polo passivo deve figurar a União, já que, é de sua competência tal atividade.⁹¹

Outro ponto importante extraído do RE 855.178 é da hipótese onde a União comporá o polo passivo nas demandas de saúde quando da falta de incorporação de tratamentos terapêuticos/medicamentos:

Isso porque, segundo a lei orgânica do SUS, é o Ministério da Saúde, ouvida a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) que detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90).⁹²

Ocorre, porém, que o STJ, na ocasião do RMS 68602, divergiu do tema 793 e levantou a tese que não há necessidade de inclusão da União nos casos em que não haja registro na Anvisa ou incorporação pelo SUS gerando total insegurança jurídica sobre o tema:

O Superior Tribunal de Justiça, a despeito do que decidiu o STF no Tema 793 da Repercussão Geral, continua entendendo que o cidadão pode demandar contra qualquer um dos entes da Federação e o juiz, segundo a Corte, não pode direcionar essa obrigação em face do ente adequado, à luz das regras administrativas de repartição de competências sanitárias, porque isso

⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988), op. cit., loc. cit.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 855.178 Sergipe**. Relator: Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 23 maio 2019. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em: 23 abr. 2023, p. 165.

⁹² Ibidem, p. 38.

somente deve ser feito na fase ulterior de cumprimento de sentença, isto é, aquele ente que cumpriu a decisão judicial tem o direito, após a sentença, de ser ressarcido por aquele ente federativo que deveria, em tese, ter cumprido a obrigação.⁹³

Importante ressaltar que a responsabilidade solidária é essencial para garantia de acesso a saúde. É através dela que há o incentivo e a cooperação entre os entes federados para que busquem meios para resolução dos problemas do âmbito da saúde, fortalecendo o SUS e suportando sua manutenção a longo prazo.

⁹³ BORGES, Ronaldo Souza; RONCHI, Renzzo Giacomo. **(In)Segurança jurídica na aplicação do Tema 793 da Repercussão Geral do STF**. Minas Gerais: Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, 2022. Disponível em: <https://ejef.tjmg.jus.br/wp-content/uploads/2022/06/InSeguranca-juridica-na-aplicacao-do-Tema-793-da-Repercussao-Geral-do-STF.pdf>. Acesso em: 24 abr. 202, p. 21.

5 OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE

O art. 196 da constituição federal estabelece o dever do estado em garantir o direito a saúde a todos.⁹⁴ Para que possa proceder tal garantia, o estado deve, através de sua função exclusiva, determinar as políticas públicas capazes de oferecer o atendimento a tal direito constitucional. Porém, diante da sua incapacidade de oferecer a integralidade de todas as demandas em função da insuficiência de recursos, acaba por vezes, trabalhando com escolhas alocativas. Na saúde, como dito anteriormente, essas escolhas observam o perfil da população para que por fim, se possa realizar uma distribuição equitativa.

Ao adentrar nesse mundo da efetivação do direito à saúde, o judiciário não é capaz de analisar o impacto de determinada decisão favorecendo um único indivíduo uma vez que seu olhar está voltando para examinar o direito pleiteado no caso concreto. É o que nos ensina o Ministro Gilmar Mendes:

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.⁹⁵

Caso emblemático ocorrido na Universidade de São Paulo (USP) envolvendo a substância fosfoetanolamina sintética produzida em laboratório por um docente da universidade que era intitulada como a “cura do câncer” gerou uma corrida aos tribunais de todo o país para que portadores da doença obtivessem o seu acesso. A substância sequer havia sido testada em humanos, tampouco, era considerada um medicamento com os devidos registros necessários. Em 2016, a USP concentrava cerca de treze mil ações que demandavam a disponibilização da substância a pacientes em tratamento contra o câncer, liminares determinados a entrega da substância e penalidades em caso de não observância das determinações⁹⁶ “como majoração da multa aplicada, ameaça de responsabilização por crime e bloqueio de contas públicas.”⁹⁷

⁹⁴ BRASIL. Constituição (1988), op. cit., loc. cit.

⁹⁵ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G, op. cit., p. 346.

⁹⁶ BUCCI, Maria Paula D.; SEIXAS, Duarte C., op. cit., p. 140-141.

⁹⁷ Ibidem, p. 144.

Ainda, sobre o caso, nas palavras da pesquisadora Maria Paula Bucci:

Pelo postulado da razoabilidade se infere que, não havendo nenhuma comprovação de ser a substância tratamento de qualquer doença que seja, e diante da ausência de testes clínicos toxicológicos em animais e seres humanos, o direito à saúde daquele que a pleiteia jamais será satisfeito mediante o uso de tal substância. Ao contrário, os pacientes podem ser colocados em risco, abandonando tratamentos convencionais com reais chances de cura e pela automedicação com uma substância sem o preenchimento das fases necessárias ao uso seguro em seres humanos.⁹⁸

A desordem na instituição foi grande. Houve aplicação de multas, bloqueio de contas que interromperam a atividade administrativa da Universidade que corria para garantir a suspensão das tantas liminares a ela dirigidas para o fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética. Em 2015, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo suspendeu todas as liminares que determinam a concessão da substância pela Universidade de São Paulo⁹⁹. Destaque para o que sustentou o Desembargador Sérgio Rui:

É irresponsável a liberação de substância sintetizada em laboratório, que não é medicamento aprovado e que vem sendo utilizada sem um mínimo de rigor científico e sem critério por pacientes de câncer que relatam melhora genérica em seus quadros clínicos, porque não foram realizadas pesquisas exaurientes que permitam estabelecer uma correlação segura e indubitável entre seu uso e a hipotética evolução relatada.¹⁰⁰

Com o objetivo de contornar a suspensão das liminares proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os processos começaram a ser propostos na justiça estadual de outros estados bem como, na justiça federal uma vez que, ANVISA e União passaram a compor o polo passivo das demandas.¹⁰¹

Por fim, a universidade solicitou pedido de antecipação de tutela junto ao Supremo Tribunal Federal, que foi acolhido pelo ministro Ricardo Lewandowski proporcionando a universidade condições reestabelecer suas funções.

Em análise, o direito efetivado no âmbito na microjustiça, pode ser fator de elevação das disparidades sociais e econômicas, bem como, ocasionar problemas de saúde pública, que, conforme mencionado pelo ministro Gilmar Mendes são fatores que fogem ao conhecimento técnico do judiciário, conforme exemplo prático do caso da substância fosfoetanolamina sintética.

⁹⁸ Ibidem, p. 153.

⁹⁹ Ibidem, p. 148.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Ibidem, p. 149 e 157.

Wang et al, nos apresenta os principais impactos da prática exacerbada da microjustiça no caso da saúde:

Os efeitos para o sistema são deletérios, por pelo menos três motivos: i) porque acarretam um acesso desigual ao SUS, pois aqueles que litigam têm acesso a um rol mais amplo de ações e serviços de saúde, enquanto o restante da população conta apenas com aquilo que está definido nas políticas; ii) porque geram um desequilíbrio na distribuição de competências dentro do sistema, sobrecarregando o ente mais frágil do conjunto, o município; e iii) por fim, porque geram um elevado grau de incerteza ao gestor público, não apenas sobre quanto recurso público precisará disponibilizar para a compra de medicamentos demandados judicialmente, mas também sobre o impacto nas contas públicas e os cortes necessários em outras despesas e políticas.¹⁰²

Por seu turno, não pode o judiciário deixar de atender aos que o demandam. Faz parte de sua prerrogativa de função agir mediante provocação. O ministro Barroso, faz importante observação em torno do ativismo judicial:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.¹⁰³

5.1 Impactos Orçamentários

O princípio da legalidade orçamentária determina que para que uma despesa ocorra, antes, será necessário existir lei formal que a autorize.¹⁰⁴ Trata-se de um dos princípios fundamentais da administração pública que garante a transparência e o controle social das finanças públicas coibindo o desperdício e o uso indevido dos recursos públicos.

Isso significa que o orçamento público é a principal ferramenta para a gestão financeira do Estado e, portanto, todas as despesas devem estar nele previstas. Tal princípio possui sua afirmação através dos seguintes artigos da Constituição Federal, *in verbis*: “art. 5 II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa

¹⁰² WANG, D. W. L. et al, op. cit., loc. cit.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização...**, op. cit. p. 21.

¹⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit, p.313

senão em virtude de lei”;¹⁰⁵ e “art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[..]”¹⁰⁶

Além de possível afronta ao princípio da legalidade, para o atendimento das decisões proferidas pelo judiciário que geralmente determinam o fornecimento de medicamentos ou tratamentos que não estão previstos no orçamento ou que ultrapassam o limite de recursos disponíveis, os poderes executivos necessitam reorganizar as dotações orçamentárias, retirando os recursos destinados a coletividade para atender as demandas individuais advindas das decisões do judiciário. É o que sustenta o ministro Gilmar Mendes:

É inegável, v. g., a revelação da controvérsia no âmbito da “judicialização do direito à saúde”. Essa ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias ¹⁰⁷

Nesse contexto, o poder executivo é compelido a realizar uma despesa não prevista em orçamento que podem comprometer o orçamento e a gestão financeira. Ademais, a decisão judicial pode comprometer a implementação de políticas públicas previamente estabelecidas e inverter compulsoriamente a ordem de prioridade estabelecida pela política pública de saúde, o que, de fato, não se trata de prerrogativa de função do poder judiciário, cogitando, portanto, a hipótese de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Assim, colacionamos dados da Pesquisa conduzida pelo CNJ publicada em 2021 junto as secretarias estaduais e municipais, apontou que 49,3% dos pesquisados destinaram em 2019, até 10% de seu orçamento para cumprimento de decisões judiciais, 11% destinavam de 10 a 30% e 5,6% destinavam mais do que 30% de seu orçamento. Os demais pesquisados (34,1%) não souberam quantificar os valores gastos. ¹⁰⁸

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988), op. cit., loc. cit.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G, op. cit., p. 346.

¹⁰⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização...**, op. cit., loc. cit.

Os dados demonstram que a judicialização da saúde tem um impacto significativo nos orçamentos dos estados e municípios. Destinar uma parcela significativa do orçamento para cumprir decisões judiciais como apontado anteriormente, pode comprometer o equilíbrio financeiro dos entes federativos e prejudicar a execução das políticas públicas da saúde.

Nesse sentido, as pesquisadoras Costa, Silva e Ogata discorrem:

Por gerar despesas adicionais e de alto valor, exigem a realocação dos recursos, o que compromete os interesses coletivos em detrimento de um pequeno grupo de indivíduos, inferindo em desigualdade do acesso e potencialidade das iniquidades sociais.¹⁰⁹

Cumprido ressaltar que o direito à saúde é um direito fundamental e deve ser garantido pelo Estado. Nesse sentido, é preciso buscar alternativas para conciliar o princípio da legalidade com o direito à saúde, como o redimensionamento da política pública de saúde, o estabelecimento de prioridades para o atendimento das demandas judiciais e a adoção de medidas para ampliar o acesso aos serviços de saúde, sem comprometer a gestão financeira do Estado.

5.2 Os Impactos Sociais: Decisões Proferidas e a Justa Efetivação do Direito à Saúde

A judicialização da saúde é capaz de gerar significativos impactos positivos e negativos no âmbito da saúde. Observando os aspectos positivos, destacamos que medicamentos, tratamentos e procedimentos podem ser incorporados ao SUS através das recorrentes demandas apresentadas ao judiciário proporcionando assim, uma melhoria na prestação da saúde no país.

É o caso do remédio mais caro do mundo, o Zolgensma, utilizado para o tratamento de atrofia muscular espinhal (AME),

Doença rara e degenerativa passada de pais para filhos e que interfere na capacidade do corpo de produzir uma proteína essencial para a sobrevivência

¹⁰⁹ COSTA, Kemily Benini; SILVA, Lia Mota; OGATA, Marcia Niituma. op cit., p.161.

dos neurônios motores, responsáveis pelos gestos voluntários vitais simples do corpo, como respirar, engolir e se mover.¹¹⁰

A judicialização do remédio para tratamento do AME passou a ocorrer no Brasil, o que pressionou o governo a analisar a situação. Assim, em dezembro de 2022, o ministério da saúde incorporou o medicamento ao rol do SUS, nas palavras do então ministro Marcelo Queiroga:

Esta é uma luta de muitos pais e de todos nós. Fico feliz em dar uma resposta tão importante. A AME é uma doença muito rara, degenerativa, que afeta o neurônio motor, responsável por gestos voluntários vitais para o corpo humano, como respirar, engolir e se mover.¹¹¹

Assim, observamos que a judicialização também exerce papel importante no fomento a cidadania e garantia dos direitos sociais e fundamentais.

Por outro lado, apesar da preocupação do judiciário em garantir o direito fundamental a saúde individual do cidadão que a ele recorre, observa-se que as decisões proferidas no que chamamos de ambiente de microjustiça, podem contribuir ainda mais para o aumento das disparidades sociais brasileiras, onde, os mais abastados e com a possibilidade de recorrer ao judiciário por suas demandas acabam por serem protegidos e deixando a mercê do direito quem não tem possibilidade ou conhecimento para alcançá-lo.

Sobre o tema, discorre a pesquisadora Fabiola Vieira:

Por um lado, essa situação revela aspectos positivos, pois a obtenção do mais alto nível possível de saúde física e mental passa pelo acesso dos indivíduos a medicamentos, a produtos e serviços de saúde, ainda que não se limite a apenas isso. Por outro lado, sem a consideração dos aspectos éticos, econômicos e técnicos relacionados às garantias devidas pelo Estado e sobre sua capacidade de atuação, quando do julgamento das inúmeras demandas apresentadas ao Poder Judiciário, pode resultar na segmentação dos indivíduos entre os que conseguem obter prestação de serviços de saúde do Estado, acionando o sistema de Justiça, e os que têm as suas possibilidades de obter tal prestação reduzidas por não terem meios para acioná-lo.¹¹²

Dessa forma, a falta de critérios claros para a liberação de liminares nas demandas de saúde pode gerar desigualdades no acesso aos serviços, favorecendo

¹¹⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Atrofia Muscular Espinhal (AME)**. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/a/ame>. Acesso em: 25 abr. 2023.

¹¹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Ministério da Saúde incorpora medicamento para crianças com AME no SUS**. Brasília: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2022/12/ministerio-da-saude-incorpora-medicamento-para-criancas-com-ame-no-sus>. Acesso em: 25 abr. 2023.

¹¹² VIEIRA, Fabiola Sulpino, op. cit., p. 7

principalmente as pessoas com mais recursos financeiros, é o que nos ensina o Ministro Luís Roberto Barroso:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.¹¹³

Em outras palavras, a pesquisadora Fabíola Vieira afirma que:

[..] o impacto social positivo da judicialização da saúde ocorreria se o seu foco prioritário fosse o atendimento das questões de saúde dos mais vulneráveis socioeconomicamente. Contudo, o que se verificou foi a ausência ou a escassez de casos nas regiões, estados e municípios mais pobres, com baixo desenvolvimento humano, revelando que os indivíduos em situação de maior desvantagem socioeconômica não chegaram aos tribunais.¹¹⁴

A falta de acesso ao menos favorecidos pode ocorrer por diversas razões, que incluem a falta de informação sobre os seus direitos, a dificuldade de acesso aos serviços de saúde e ao sistema de justiça, bem como, a falta de recursos para arcar com as despesas de um processo judicial. Portanto, é necessário que as políticas públicas de saúde e de acesso à justiça sejam mais efetivas para garantir que as pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica tenham acesso aos seus direitos. Em outras palavras, é o que discorrem as pesquisadoras Costa, Silva e Ogata:

[..] a judicialização tem sido associada como maximizado do acesso desigual em saúde, uma vez que é um meio desconhecido ou inviável por grande parte da população. Portanto, figura-se como estratégia excludente, usufruída por indivíduos que possuem maiores instruções e informações sobre o assunto, na sua maioria, pertencentes a elevados níveis socioeconômicos.¹¹⁵

Nesse sentido, entende-se que o papel do judiciário é garantir que as políticas públicas estabelecidas sejam efetivamente executadas e que os direitos dispostos na legislação sejam atendidos. No entanto, é importante ressaltar que o Judiciário não

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 21 mar. 2023.

¹¹⁴ VIEIRA, Fabíola Sulpino, op. cit., p. 33.

¹¹⁵ COSTA, Kemily Benini; SILVA, Lia Mota; OGATA, Marcia Niituma. op cit., p.157.

deve substituir o poder público na formulação e implementação das políticas públicas. Sua função é garantir o cumprimento das obrigações constitucionais e legais, atuando como um contrapeso e assegurando que o Estado cumpra suas responsabilidades perante a sociedade.

Dessa forma, para preservar os impactos sociais positivos da judicialização da saúde o ideal é que haja um diálogo entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para a efetivação das políticas públicas, de modo a evitar a judicialização excessiva e promover soluções que levem em consideração a complexidade dos problemas enfrentados e as diferentes competências de cada poder com a finalidade de garantir a efetiva aplicação do Direito fundamental a saúde, respeitando as limitações técnicas e orçamentárias do Estado e não somente proferir decisões pulverizadas que dão garantia apenas a uma ínfima parcela da população.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente judicialização da saúde tem gerado consequências significativas no sistema de saúde brasileiro com o judiciário sendo cada vez mais acionado para garantir o acesso a tratamentos, medicamentos e procedimentos médicos.

A busca para efetivar o direito à saúde, tem gerado um impacto financeiro importante reordenando a destinação dos recursos orçamentários, muitas vezes em detrimento de outras políticas públicas na área da saúde. Ademais, a judicialização tem contribuído para ampliar as disparidades sociais no acesso à saúde, pois, aqueles que têm mais recursos financeiros e acesso ao sistema judiciário tendem a obter uma assistência médica melhor e mais rápida do que aqueles que não possuem as mesmas possibilidades.

No entanto, é importante destacar que a destinação de recursos para cumprir decisões judiciais não é necessariamente negativa, especialmente quando se trata do direito à saúde. A judicialização acaba impulsionando o Estado a fornecer serviços e medicamentos que muitas vezes são negligenciados, como exemplo citado anteriormente, o remédio utilizado para o tratamento de atrofia muscular espinhal (AME), que, após tantas discussões acabou por ser adicionado à lista de medicamentos fornecidos pelo SUS representando importante conquista da sociedade.

O acesso a saúde é direito fundamental garantido pela Constituição, e o Estado tem o dever de fornecer os serviços, terapias e medicamentos necessários para garantir a saúde da população. Porém, se faz necessário observar os limites fáticos e jurídicos para a prestação do direito à saúde, visto que, os recursos são escassos e o Estado deve priorizar as políticas públicas de saúde de acordo com critérios objetivos e razoáveis, garantindo uma distribuição justa e equitativa dos recursos disponíveis.

Nesse sentido, os princípios são fundamentais para orientar as decisões proferidas no âmbito do direito à saúde, uma vez que ajudam a equilibrar a necessidade de garantir o acesso à saúde com as limitações financeiras e estruturais do sistema de saúde. Por exemplo, o princípio da reserva do possível reconhece que o Estado tem limitações financeiras e técnicas e que, por isso, não é possível garantir todos os direitos de saúde de forma imediata. Já o princípio da igualdade exige que o

Estado trate todos os indivíduos de forma igualitária, garantindo que todos tenham acesso aos mesmos serviços de saúde e medicamentos.

O princípio do mínimo existencial determina que o Estado deve garantir um mínimo necessário para a sobrevivência e dignidade dos indivíduos e por fim, o princípio da separação dos poderes impede que o judiciário interfira na gestão orçamentária do Estado, tarefa exclusiva do poder executivo.

Portanto, os princípios norteadores do direito à saúde são essenciais para garantir uma decisão justa e equilibrada em casos de judicialização, permitindo que o Estado cumpra seu dever de oferecer serviços de saúde à população, respeitando as limitações financeiras, jurídicas e estruturais existentes.

Deste modo conclui-se que é importante que os gestores públicos atuem de forma responsável e eficiente na gestão dos recursos, buscando formas de ampliar o acesso à saúde sem comprometer a saúde financeira dos estados e município. Além disso, é preciso investir em políticas preventivas e de promoção da saúde, reduzindo a demanda por tratamentos complexos e custosos e diminuindo a necessidade de recorrer à Justiça para garantir o acesso à saúde. Por fim, cabe ao judiciário contribuir para a construção de uma jurisprudência mais clara e uniforme sobre os temas de saúde, aprimorando a aplicação da lei pelos juízes e reduzindo a litigiosidade excessiva e seus impactos financeiros e sociais.

Dessa forma, é importante buscar um equilíbrio entre o direito à saúde e a capacidade financeira e técnica do Estado, a fim de garantir uma justa efetivação do direito à saúde para todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 fev. 2023. p. 19-20.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 21 mar. 2023.

BORGES, Ronaldo Souza; RONCHI, Renzzo Giacomo. **(In)Segurança jurídica na aplicação do Tema 793 da Repercussão Geral do STF**. Minas Gerais: Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, 2022. Disponível em: <https://ejef.tjmg.jus.br/wp-content/uploads/2022/06/InSeguranca-juridica-na-aplicacao-do-Tema-793-da-Repercussao-Geral-do-STF.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022, p. 21.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no brasil**: Perfil das demandas, causas e propostas de solução. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e saúde**: ações para acesso à saúde pública de qualidade. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/07/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade-16072021.pdf. Acesso em: 9 fev. 2023, p. 13.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação Nº 31 de 30/03/2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>. Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 7508 de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 jun. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 26 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Atrofia Muscular Espinhal (AME)**. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/a/ame>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Ministério da Saúde incorpora medicamento para crianças com AME no SUS**. Brasília: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2022/12/ministerio-da-saude-incorpora-medicamento-para-criancas-com-ame-no-sus>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A Reserva do Possível e Sua Aplicação. In: **Edição Comemorativa de 30 Anos do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 482.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS (atualizada)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&ori=1>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 10.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Dias Toffoli. Data do Julgamento: 03 dez. 2015. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>. Acesso em: 20 abr. 2023, p. 11.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 607.582 Rio Grande do Sul**. Relatora: Min. Ellen Grace. Data do Julgamento: 13 ago. 2010. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 855.178 Sergipe**. Relator: Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 23 maio 2019. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em: 23 abr. 2023, p. 165.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 500 - Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 579 - Melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde - SUS mediante o pagamento da diferença respectiva**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2604151&numeroProcesso=581488&classeProcesso=RE&numeroTema=579>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Auditoria operacional sobre judicialização da saúde: ficha síntese**. Brasília: TCU, 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 07 abr. 2023.

BRASIL. UnaSus (2021). **Maior sistema público de saúde do mundo, SUS completa 31 anos**. Disponível em <https://www.unasus.gov.br/noticia/maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo-sus-completa-31-anos>. Acesso em: 20 out. 2022.

BUCCI, Maria Paula D.; SEIXAS, Duarte C. **Judicialização da saúde - DIG**. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547211295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211295/>. Acesso em: 07 abr. 2023, p.174

COSTA, Kemily Benini; SILVA, Lia Mota; OGATA, Marcia Niituma. A judicialização da saúde e o Sistema Único de Saúde: revisão integrativa. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 9, n. 2, p. 149-163, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/635/741>., p. 158.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.129-130.

DUARTE, Clarice Seixas (coautor). **Judicialização da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro. (1 recurso online). ISBN 9788547211295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547211295>, p.458.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS** [tese]. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p. 296.

MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620506. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620506/>. Acesso em: 01 out. 2022, p. 358.

NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. **Mínimo existencial x Reserva do possível**. 2012. Disponível em: <https://drasuelenpereira.jusbrasil.com.br/artigos/359772717/mínimo-existencial-x-reserva-do-possível>. Acesso em: 28 fev. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 28 fev.2023, não paginado.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, volume V: o orçamento na Constituição. 3. ed. rev., atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 430.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9714/1/TD_2547.pdf. Acesso em: 21 out. 2022, p. 12.

WANG, Daniel Wei L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, out. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/5YcctKRJTVmQnp5mRHkBBcj/?lang=pt>. Acesso em: 02 maio 2022.