

Artigo

Judicialização da saúde: a aplicação distorcida da teoria da reserva do possível e seu efeito cascata no poder judiciário brasileiro

Judicialization of health: the distorted application of the theory of the reserve of the possible and its cascading effect on the Brazilian judiciary

Hillary da Silva Oliveira¹

¹Pós-graduada em Direito Penal pelo IBMEC, São Paulo, São Paulo. Possui ampla experiência na área jurídica, tendo atuado por dois anos como residente jurídica no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e por três anos na Defensoria Pública do Estado. Graduada em direito pela Universidade Potiguar (UNP). E-mail: oliveirahillar@gmail.com.

Submetido em: 01/11/2024, revisado em: 07/12/2024 e aceito para publicação em: 02/01/2025.

Resumo: No Brasil, a judicialização da saúde tem provocado efeitos consideráveis no orçamento público e na harmonia entre os Poderes. A pesquisa examina o uso equivocado da teoria da reserva do possível e as consequências em cadeia que sobrecarregam o Poder Judiciário. O aumento na procura por processos judiciais ligados à saúde apresenta desafios para a administração pública e a distribuição de recursos. O estudo do CNJ indica um crescimento notável no número de processos de 2008 a 2017, com ênfase em disputas relacionadas a planos de saúde e fornecimento de medicamentos. O texto também aborda os impactos adversos da judicialização na igualdade de acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS), enfatizando a demanda por soluções estruturais e um diálogo interinstitucional mais eficiente. A conclusão é que a procura por respostas é um processo que requer esforço.

Palavras-chave: Reserva do possível; Demandas; Planos de saúde; Fornecimento de medicamentos.

Abstract: In Brazil, the judicialization of health has had considerable effects on the public budget and the harmony between the branches of government. The research examines the misuse of the theory of the reserve of the possible and the chain consequences that overload the Judiciary. The increase in demand for health-related lawsuits presents challenges for public administration and the distribution of resources. The CNJ study indicates a notable growth in the number of cases from 2008 to 2017, with an emphasis on disputes related to health insurance and the supply of medicines. The text also addresses the adverse impacts of judicialization on equal access to the Unified Health System (SUS), emphasizing the demand for structural solutions and more efficient inter-institutional dialogue. The conclusion is that the search for answers is a process that requires effort.

Keywords: Reserve of the possible; Demands; Health plans; Supply of medicines.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a judicialização da saúde tem sido tema de debates extensos devido ao seu efeito na gestão pública e no orçamento do governo. O direito à saúde, assegurado pela Constituição, tem sido cada vez mais reivindicado através de processos judiciais, levando a um crescimento expressivo da interferência do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas.

O estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revela um aumento de 130% no número de processos relacionados ao direito à saúde de 2008 a 2017, destacando a dificuldade do Estado em satisfazer as necessidades da população de forma justa. O fenômeno evidencia não só a ineficácia da gestão, mas também a ausência de políticas públicas apropriadas para assegurar o acesso universal e equitativo aos serviços médicos.

Neste contexto, o presente artigo analisa a aplicação distorcida da teoria da reserva do possível e seus impactos no equilíbrio entre os Poderes, bem como os desafios que a judicialização impõe à gestão pública. O estudo busca compreender os efeitos econômicos e sociais das decisões judiciais e propor alternativas para uma atuação mais eficiente do Estado na efetivação do direito à saúde.

DESENVOLVIMENTO

Não é surpresa que o Judiciário encontra-se abarrotado de demandas individuais, em sua grande maioria, e coletivas, em uma mínima quantidade, que tem como cerne os serviços de saúde pública. Prova disso é uma pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça a qual demonstra um crescimento das demandas relativas ao direito a saúde entre 2008 e 2017 de 130% (cento e trinta por cento).

A pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil:

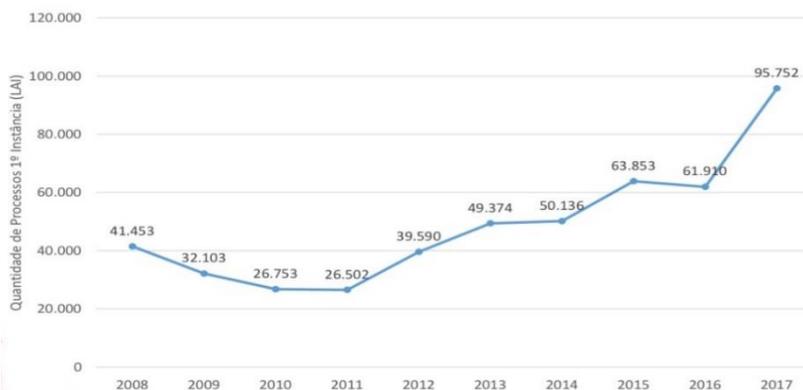
Perfil das demandas, causas e propostas de solução”, é um estudo realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o CNJ, a qual através da LAI (Lei de Acesso a Informação), permitiu, além de outros fatores, a identificação do crescimento de processos.

De maneira mais clara, é possível observar nos gráficos apresentados pelo CNJ, abaixo presentes, que no que se refere as ações em primeira instância (Gráfico 1), houve um crescimento de 41.453 para 95.752 o número de

demandas, totalizando cerca de 498.715 processos distribuídos em 17 justiças estaduais. Em segunda instância (Gráfico 2), o volume das ações, foi de 2.969 para 40.658, somando cerca de 277.411, distribuídos entre 15 tribunais estaduais, no período supramencionado.

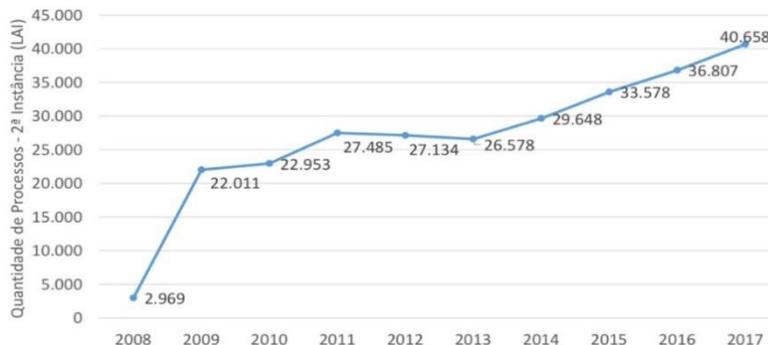
Para o mesmo lapso temporal, em contraposição ao crescimento desenfreado da judicialização da saúde, os processos judiciais no mesmo período possuem um crescimento de 50% (cinquenta por cento).

Figura 1: Processos em primeira instância



Fonte: “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”

Figura 2: Processo em segunda instância



Fonte: “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”

De antemão, destaca-se que a judicialização da saúde, ou seja, quem busca o cumprimento dos preceitos constitucionais garantidos como direitos sociais, não são necessariamente o eixo central do problema, tendo em vista que quem o busca apenas que ver garantido o que a Constituição Federal assegura a todos, pois quem deveria garanti-lo de forma eficaz e equânime não o faz. No entanto, as deliberações do STF, sem a devida observância do que originalmente se propôs na teoria da reserva do possível, culminou em retrocessos maiores do que possíveis benesses que se esperava, pois tais decisões produzem uma espécie de efeito cascata, causando ainda mais impactos na sociedade brasileira.

A efetivação do direito a saúde pelo judiciário, sem observância das consequências que poderiam ser

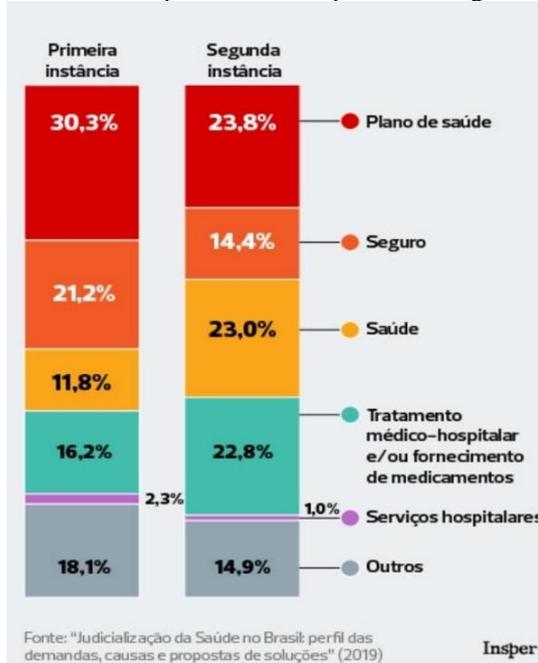
causadas a longo prazo, gerou conflitos políticos e judiciais. “Considerando que a prestação de saúde envolve a distribuição de recursos escassos em uma sociedade complexa, com padrões epidemiológicos que aproximam o Brasil ao mesmo tempo de países desenvolvidos e subdesenvolvidos, determinar o que é prioritário e o que deve ser o foco dessas prioridades, é um tema que envolve necessariamente disputas”².

Ainda, a referida pesquisa demonstrou que os principais assuntos discutidos em primeira instância são: Plano de saúde (30,323%), seguro (21,168%), saúde (11,782%), aqui estando os casos do setor público agrupado, seguidos de Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos (7,803%), restando claro que lideram a litigância judicial os assuntos referentes a saúde suplementar.

No que se refere a segunda instância, é possível observar que os principais assuntos enfrentados, não necessariamente corresponde aos com maior número de distribuição em primeira instância, contudo, isso não quer dizer que tais assuntos não se repetam, tendo em vista que,

observando a Figura 3, no entanto é evidente a maior relevância do assunto referente a planos de saúde e seguro em primeira instância do que em segunda instância.

Figura 3: Processos mais discutidos por assunto em primeira e segunda instância (2008-2018)



Fonte: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-uniao/>

A Justiça Estadual de São Paulo é uma das principais responsáveis por esse grande número de processos referentes a planos de saúde, tendo distribuído cerca de 116.518 casos nessa categoria, durante o período analisado, segundo dados do CNJ.

Da análise superficial dos resultados, é consequência lógica que os mesmos produziram embates institucionais, isso em razão de que, se levarmos em consideração que o poder Legislativo e Executivo são os responsáveis pela elaboração e gerenciamento do Orçamento Público anual, tais decisões judiciais que condenam o Estado a uma prestação financeira imediata geram influências relevantes na atuação desses poderes, na medida em que exigem a aplicação de recursos financeiros a situações que não haviam sido previstas no orçamento.

Restando claro que a judicialização da saúde, causou impactos graves no orçamento público brasileiro, uma vez que gastos com situações não previstas no orçamento e que não tiveram uma análise mais precisa acerca da maximização dos seus resultados, geram indisponibilidade financeira para a aplicação das demais políticas públicas

Esse número de demandas, as quais produzem

uma efetivação do direito social a saúde, produzem uma drástica alteração no orçamento do Ministério da Saúde, que registrou um crescimento em sete anos, de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais, alcançando 1,6 bilhão em 20164.

É nessa perspectiva que Wang et al. (2014) demonstra três efeitos gerados como consequência da judicialização:

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.

Restando claro que a judicialização da saúde gera uma acentuação na desigualdade social, tendo em vista que os que possuem um melhor conhecimento e assessoramento, poderão pleitear e obter êxito judicialmente, em detrimento de outros, ou melhor dizendo, de uma grande parte da população que por não possuir condições de acessar a justiça aguarda incansavelmente as ações governamentais de políticas públicas, provocando efeitos extremamente negativos e muitas vezes irreparáveis, pois quem obtiver decisões judiciais favoráveis são priorizados, em detrimento dos demais usuários inseridos no SUS. (Gráfico?)

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2009) assim proclama:

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.²

Sendo assim, o orçamento que inicialmente teria sido alocado para a execução da política pública de saúde, dirigido a todos os cidadãos, é redirecionado para atender a demanda individual de quem tem acesso à Justiça.

Como exposto, o fenômeno da judicialização da saúde gera um impacto direto no financiamento da saúde em relação aos medicamentos, a título de exemplo, as compras realizadas pela via judicial não são por licitação pelo seu caráter de urgência, dessa forma, não é priorizado o menor preço do produto a ser adquirido e, sim, a disponibilidade em tempo menor.

O fenômeno nacional de judicialização da saúde, vem gerando consequências graves, como por exemplo, a situação grave do Estado do Rio Grande do Norte. Para uma superficial síntese do que tal fenômeno gerou, trago alguns trechos do artigo “Gastos Públicos com medicamentos judicializados no Rio Grande do Norte, 2016-2017”, o qual como o próprio título deixa claro, possui o objetivo de caracterizar as demandas judiciais por medicamentos no Estado do Rio Grande do Norte em relação ao aspecto financeiro nos anos de 2016 e 2017.

De modo geral o estudo apresentado informa que: “foram analisados 370 processos judiciais individuais dos anos de 2016 e 2017, que solicitaram medicamentos, movidos contra o Estado do Rio Grande

do Norte. Os valores gastos pelo ente estadual com a judicialização de medicamentos nos referidos anos foi de R\$ 10.687.951,09. O impacto desse valor sobre os gastos com a política de Assistência Farmacêutica, anualmente, foi de 58,73% em 2016 e 60,85% em 2017. Foram solicitados judicialmente 572 medicamentos, dos quais 61,36% estão fora da RENAME (...). A compra foi realizada pelo paciente em 75,81% dos casos a partir da liberação de alvará judicial (Braga, 2018).”

Utilizando-se nessa perspectiva, a compra de medicamentos como exemplo, sabendo que este é apenas um dos pleitos demandados nas ações da saúde, no que se refere as compras feitas pelo próprio paciente, no estudo acima mencionado é demonstrado que:

Em relação à compra dos medicamentos foi verificado que em 75,81% dos casos ela não foi feita pelo Poder Público e o principal motivo para isso é a morosidade do processo de compra pela Administração Pública, mesmo nessas situações de urgência em que ele fica dispensado de licitação. Quando a compra era feita pelo paciente, o juiz determinava transferências bancárias judiciais das contas estaduais para contas de pessoas físicas, ou também tinha a transferência direta para pessoas jurídicas, quando os valores eram entregues as farmácias que possuíam a menor cotação entre três orçamentos para certo tipo de medicamento. Esses valores eram determinados, na maioria dos casos, para a aquisição de medicamentos para três meses do tratamento, e se o Poder Público após esse período não fornecesse o produto, o alvará judicial era renovado a partir de um novo pedido do autor. Assim, são realizados bloqueios de verbas do Erário pelo magistrado sem nenhuma análise de planejamento dos recursos públicos da saúde,

sendo apenas um cumprimento de demanda judicial individual. (...) Já em relação aos gastos com medicamentos judicializados, observa-se que no estado do Rio Grande do Norte os valores totais nos dois anos foram um pouco maior que 10 milhões de reais para a aquisição de medicamentos dos solicitantes que iam buscá-los regularmente na UNICAT. Os valores gastos via alvará judicial para a compra direta do medicamento pelo paciente ou transferência do valor para a conta de alguma farmácia, não estão incluídos nesse montante, então o gasto com os medicamentos judicializados possivelmente ainda é maior.

Ainda, segundo, informações no Site Tribuna do Norte, que “Apenas na Secretaria do Estado de Saúde Pública (Sesap), foram 40,3 milhões destinados a cumprir decisões judiciais em 2018, sendo tal valor 12,5 milhões maior do que foi gasto no ano de 2017”, tendo aduzido ainda que, “Nos três primeiros meses de 2019, foram contabilizados cerca de R\$ 7 milhões em bloqueios judiciais contra a Sesap, quantia equivalente ao necessário para manter cerca de 50 leitos de UTI operando durante um mês, de acordo com a Secretaria. “Vale lembrar que a manutenção de uma UTI é uma das atividades mais caras que existem em um hospital”, afirma o coordenador de Demandas Judiciais da Sesap, Marcel Oscar”.

É importante destacar que o CNJ, por intermédio do Fórum de Saúde, passou adotar medidas que auxiliassem os magistrados de todo o país, nas demandas envolvendo saúde. Vislumbrou-se a através da Resolução nº 238/2016, a qual dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública.

Os Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS), é composto por profissionais de saúde, os quais fornecem aos magistrados notas, pareceres e respostas técnicas com fundamentos científicos que

auxiliam na decisão de ações. Sendo a maior intenção do CNJ, a formação de banco de dados contendo banco de dados que ficaram à disposição dos magistrados para as posteriores demandas. No entanto, apesar da grande importância desse projeto, é válido ressaltar que a referida estratégia é repressiva, tendo em vista que são utilizadas após o ajuizamento da ação, contudo, é possível vislumbrar a um menor impacto aos cofres públicos e possivelmente uma diminuição nas escolhas trágicas, que ao invés de beneficiar a coletividade, beneficia indivíduos certos.

Nessa perspectiva, no que se refere a legitimação do poder judiciário em determinar a execução de políticas públicas é inegável que em um Estado Social de direito, sua atuação na efetivação dos direitos fundamentais é plenamente legítima, no entanto, é necessário observar até que ponto as competências primárias estão sendo invadidas de modo a dificultar o pleno desenvolvimento das demais. Sendo além disso necessário observar que, como já dito, o judiciário encontra-se exacerbado de processos individuais de saúde pública, quando assim não o deveria.

É incontestável o papel do Judiciário na efetivação do direito social à saúde na esfera individual, segundo Gilmar Mendes, a judicialização da saúde deveria estar mais nos processos coletivos e menos nos processos individuais, pois dessa forma se estimularia os diálogos institucionais e a igualdade no atendimento (Mendes; Branco, 2014, p. 642)”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A avaliação da judicialização da saúde revela que, apesar do acesso ao Judiciário ser um meio legítimo para assegurar direitos básicos, sua expansão descontrolada tem gerado impactos negativos na administração pública. O fenômeno prejudica a viabilidade financeira do sistema de saúde e intensifica as disparidades, favorecendo aqueles que têm mais acesso à informação legal em prejuízo da comunidade.

A aplicação equivocada da teoria da reserva do possível leva a decisões que forçam o Estado a destinar recursos financeiros sem um planejamento apropriado, afetando outros aspectos cruciais das políticas públicas. Portanto, fica clara a necessidade de melhorar os mecanismos de governança e intensificar a comunicação entre os poderes para diminuir a quantidade de disputas individuais e dar prioridade a ações coletivas que favoreçam a coletividade.

Neste contexto, deduz-se que a solução para a judicialização da saúde envolve a implementação de políticas públicas mais eficientes, o reforço da atenção primária à saúde e a implementação de ações que assegurem uma distribuição mais justa e sustentável dos recursos, garantindo um acesso justo e sustentável ao

direito à saúde.

RREFERÊNCIAS

- BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao Direito Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.38.
- BRAGA, Bárbara Suellen Fonseca. **Gastos Públicos com medicamentos judicializados no Rio Grande do Norte, 2016-2017**. 2018. 64 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Centro de Ciências e Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal/rn, 2018. Cap. 5. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/27297/1/Gastosp%C3%BAblicosmedicamentos_Braga_2019.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 nov. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: MIN. CELSO DE MELLO. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 481.
- Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. 2019. Figuras 1 e 2. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/ea0a55729098701a9f49a22a9f3ce43.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- 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: 18 nov. 2019.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 25 Ed. Porto Alegre: Atlas, 2016.
- INSPER. **Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União**: Tema envolve demanda legítima de direitos e disputa pela alocação de recursos na sociedade. 2019. Figuras 3. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>>.
- Acesso em: 18 nov. 2019.
- JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. Editora Verbatim, 2009, p. 195.
- LEGRAND, Pierre. **Le Droit Comparé**. Paris: PUF, 2015
- LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro / Harrison Leite – 8. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 23. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019
- MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2007
- Silva, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista da Defensoria Pública – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008, p. 21.
- TRIBUNA DO NORTE (Ed.). **RN teve R\$ 40 milhões judicializados na saúde em 2018**. 2019. Tribuna do Norte. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/rn-teve-r-40-milha-es-judicializados-na-saaode-em-2018/448829>>. Acesso em: 24 nov. 2019.,
- Universidade de São Paulo (USP). **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos: Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 25 nov. 2019.
- 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**, [s.l.], v. 48, n. 5, p.1191-1206, out. 2014. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666>.