

Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e suas implicações no SUS

Reflections on the judicialization of the right to health and its implications in the SUS

André Luís Soares da Paixão (<https://orcid.org/0000-0003-3113-8275>)¹

Abstract *This paper presents the issue of judicialization of the right to health in Brazil. Data from the National Council of Justice evidence a substantial increase in the number of lawsuits concerning the right to health. We emphasize that the national doctrine exhaustively discusses ways to make the authority more effective, but it does not, as a general rule, discuss the economic aspect of health judicialization. Using the concept of opportunity cost extracted from economics science, it is shown that the judge, by deferring the lawsuit formulated by the plaintiff, automatically forces the Executive Branch to reduce the scope of other policies to generate resources to meet the court order. In specific contexts, this setting ends up favoring individual rights at the expense of the collective rights of SUS users, in violation of the principle of isonomy and efficiency. Finally, the case of the judicialization promoted by the hemophilic patients in the Federal District is shown as a way of evidencing, at the factual level, the consequences of judicialization in the SUS policies.*

Key words *Judicialization, Right to health, Unified health system, Health policies, Opportunity cost*

Resumo *Apresenta-se a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, por meio da análise de estatísticas governamentais e revisão bibliográfica. Demonstra-se, a partir de dados do Conselho Nacional de Justiça, a existência de um incremento substancial no número de ações judiciais tratando do direito à saúde. Ressalta-se que a doutrina nacional discute efusivamente meios de tornar a prestação jurisdicional mais efetiva, mas não se discute, via de regra, o aspecto econômico da judicialização na saúde. Utilizando-se o conceito de custo de oportunidade, extraído da ciência da Economia, passa-se a demonstrar que o magistrado, ao deferir o pleito formulado pelo autor da ação judicial, automaticamente força o Poder Executivo a reduzir o escopo de outras políticas para gerar recursos visando custear o cumprimento da decisão judicial. Tal cenário, em determinados contextos, acaba por privilegiar o direito individual à custa dos da coletividade usuária do SUS, em ofensa ao princípio da isonomia e da eficiência. Por fim, apresenta-se o caso da judicialização promovida pelos pacientes hemofílicos no Distrito Federal como uma forma de demonstrar, no plano fático, as consequências da judicialização nas políticas do SUS.*

Palavras-chave *Judicialização, Direito à saúde, Sistema único de saúde, Políticas de saúde, Custo de oportunidade*

¹ Auditoria-Geral, Senado Federal. Praça dos Três Poderes, Zona Cívico-Administrativa. 70165-900 Brasília DF Brasil. andreluiswt@gmail.com

Introdução

A relação entre a saúde e o direito ganhou proeminência, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, que asseverou, no 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*¹.

Nos últimos 30 anos, observou-se, com amparo no regramento constitucional, uma crescente judicialização do direito à saúde. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstram esse incremento (Tabela 1).

Entre 2016 e 2017, observa-se que o número de processos tratando do direito à saúde aumentou em quase 50%. Detalhe, os dados do CNJ^{2,3} retratam apenas as demandas que foram efetivamente apresentadas ao Poder Judiciário. Na tabela, não estão os dados relativos aos pedidos administrativos formulados pelos cidadãos, Ministério Público, Defensoria Pública, Conselhos de Saúde e demais interessados.

O fato é que a matéria está em processo de amadurecimento por meio de uma ampla discussão. O próprio Conselho Nacional de Justiça reconhece que a questão requer atenção e, por isso, veicula, em seu *website*, matéria⁴ apontando que a judicialização da saúde é um tema que preocupa o órgão, tendo inclusive justificado a criação e a manutenção de comitês estaduais de saúde e a realização de audiências públicas para discutir o tema.

Os debates sobre a judicialização na saúde habitualmente estão centrados em como aprimorar a prestação jurisdicional, como tornar o processo judicial mais célere, a execução mais efetiva e coisas do gênero.

Não obstante a importância de tais debates, é preciso verticalizar a análise e discutir o que se entende por direito universal à saúde e quais são os custos que cada entendimento gera. Isso, porque, em um cenário de escassez de recursos, deve-se considerar as alternativas existentes e adotar aquela que melhor resguarda o interesse público. Fomentar essa discussão é o mote do presente artigo.

O direito à saúde e os custos inerentes à sua implementação

O direito à saúde, assim como os sociais em geral, não é autoaplicável. Somente a criação de norma prevendo direitos para os usuários do Sistema Único de Saúde não materializa os recursos necessários para a implementação de tais direitos.

A discussão sobre o direito à saúde e a limitação de recursos estatais costuma apresentar solução fácil no plano teórico. Os operadores do direito afirmam que basta retirar o recurso de alguma outra rubrica orçamentária para custear a execução da decisão judicial.

Tal entendimento, inclusive, ganha relevo quando se considera que o Poder Judiciário delibera sobre o dever de prestar ou não um determinado tratamento, mas quem tem a competência

Tabela 1. Volumetria das demandas judiciais atinentes a direito sanitário nos anos de 2016 e 2017.

Tipos de processos	Relatório Justiça em Números 2016 - CNJ	Relatório Justiça em Números 2017 - CNJ	Aumento (%)
Controle social e Conselhos de saúde	1.468	2.008	37%
Convênio médico com o SUS	737	1.037	41%
Doação e transplante órgãos/tecidos	491	597	22%
Erro médico	38.810	57.739	49%
Fornecimento de medicamentos	200.090	312.147	56%
Hospitais e outras unidades de saúde	5.642	8.774	56%
Planos de saúde (benefício trabalhista)	36.611	56.105	53%
Planos de saúde (direito do consumidor)	293.449	427.267	46%
Saúde mental	3.001	4.612	54%
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos	151.856	214.947	42%
Tratamento médico-hospitalar	60.696	98.579	62%
TOTAL	792.851	1.183.812	49%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>

para custear e para dar concretude a essa determinação é um outro agente, o Poder Executivo.

No plano concreto, contudo, a questão não encontra solução fácil. O que parece ser evidente, já que os recursos destinados à saúde são escassos e que a implementação dos serviços de saúde determinados pelo Poder Judiciário retiram recursos destinados a outras políticas coletivas, via de regra, o que não é levado em consideração no momento da prolação da decisão judicial.

Nas palavras dos professores Stephen Holmes e Cass Sunstein⁵: *os direitos dos americanos não são presentes divinos ou frutos da natureza; eles não são autoaplicáveis e não podem existir sem um governo com recursos financeiros [...]. Isso é verdade não só para os direitos de seguridade social, saúde e alimentação, como também para os direitos de propriedade privada, liberdade de comunicação, proteção contra o abuso de autoridade* (tradução nossa).

O entendimento jurisprudencial da Suprema Corte brasileira, posicionamento balizador para todo o Poder Judiciário, é apresentado pelo professor Reynaldo Mapelli Junior⁶, citando trabalho de Daniel W. L. Wang. Em sua análise, o autor aponta que o STF tem revelado instabilidade nos parâmetros adotados para decidir as ações judiciais envolvendo os direitos à saúde.

Segundo o autor, existem três entendimentos em conflito: a) o primeiro, se relaciona a uma espécie de sentimento de dívida moral em que o decisor entende que deve salvar a vida do autor independentemente do custo do procedimento (*rule of rescue*); b) o segundo, se pauta na análise do pedido considerando as limitações financeiras estatais e a razoabilidade da demanda; c) o terceiro, agrega ao segundo entendimento considerações sobre a consonância do pedido formulado em juízo com as políticas de saúde do Estado e a existência de evidências científicas quanto à efetividade do tratamento pleiteado.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que a judicialização do direito à saúde é um tema com repercussão geral no bojo do RE 566471, ainda pendente de julgamento. Observa-se, contudo, nos votos já apresentados, argumentos que ora pendem para uma análise centrada no paciente (*rule of rescue*), ora para uma análise centrada na política sanitária fixada pelo SUS.

O fato é que a reserva do possível existe e ela é um condicionante para a execução das políticas públicas de saúde. Nas palavras de Caliendo⁷: *a reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a*

prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (numerus-clausus Entscheidung). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito.

Nesse sentido, o debate sobre a judicialização da saúde precisa considerar as limitações fáticas. O conflito pujante nessas ações não se dá entre o direito à saúde e o dever de responsabilidade fiscal do Estado, mas sim entre o direito à saúde de uns pacientes contra o direito à saúde dos outros.

A retirada de recursos públicos para atender ordens judiciais em confronto com as políticas de saúde estabelecidas privilegia o autor da ação e penalizam a coletividade dependente da rede pública de saúde.

Ao analisar a consequência das decisões judiciais da Suprema Corte Brasileira, Daniel W. L. Wang⁸ constatou que não se pode salvar todos os pacientes por uma limitação fática, o Estado não dispõe de recursos financeiros e físicos para salvar todos os doentes. Desse modo, as decisões judiciais, muitas vezes, introduzem injustiças no sistema de saúde, pois o gasto e o esforço para salvar o autor de uma ação judicial, muitas vezes, pode impactar na saúde de dezenas, centenas, milhares de outros pacientes anônimos.

Para agravar o cenário, é preciso considerar que a instrução dos processos judiciais envolvendo o direito à saúde, em regra, é precária. Nas palavras do professor Mappelli Júnior⁶, a produção de provas nessas ações, em regra, não é sequer admitida, uma vez que as decisões, na maioria das vezes, são apreciadas por meio de liminares. O professor sustenta, ainda, que os magistrados costumam desconfiar do laudo médico dos pareceristas vinculados ao SUS, ao passo que aceitam, sem questionamentos, os emitidos por médicos privados.

No estudo “Judicialização da Política Pública de Saúde nos Municípios Brasileiros: um retrato nacional”⁹, pesquisadores da Fiocruz Brasília (Prodisa) analisaram mais de 12 mil processos judiciais e constataram que o principal argumento das ações judiciais se relaciona ao risco de morte e à falta de recursos financeiros dos pacientes. Aprofundando o estudo, os autores constataram que em mais de 80% dos processos o pedido judicial é concedido automaticamente e que raramente trazem a comprovação do uso da droga pelo demandante ou mesmo o comprovante de entrega do medicamento.

Ou seja, o Poder Judiciário decide as causas envolvendo o direito à saúde em cognição sumá-

ria e sem considerar os custos de oportunidade relacionados à sua decisão. Esclarecendo o conceito de custo de oportunidade, Spencer e Siegelman¹⁰ ensinam que este é: *o custo alternativo que se refere ao custo das oportunidades a que se renuncia, ou em outras palavras, uma comparação entre a política que se elegeu e a que se abandonou.*

As decisões prolatadas pelos magistrados, ao determinar a prestação de uma atividade assistencial pelo Estado, precisam considerar o custo de oportunidade inerente à essa decisão. O Estado não produz recursos de forma ilimitada, o aumento do gasto previsto com a judicialização irá ocasionar na supressão de outros para fazer caixa para o cumprimento da ordem judicial. Esta supressão é o custo de oportunidade não considerado pelo Judiciário.

Reconhece-se, porém, que o aspecto econômico da judicialização da saúde e o conhecimento empírico das suas consequências ainda permanece uma incógnita tanto para o Poder Judiciário quanto para o Poder Executivo, não obstante o fato de este último ter, ao menos, noção dessas consequências.

Apenas para ilustrar o exposto acima, apresenta-se abaixo o caso da judicialização dos fatores de coagulação no Distrito Federal.

O caso da judicialização promovida pelos pacientes hemofílicos no Distrito Federal

O DF, acompanhando o panorama nacional, também registrou um crescimento exponencial das ações judiciais relacionadas ao direito à saúde. Somente no ano de 2017, o DF foi alvo de 2.722 novas ações (Tabela 2).

Os dados arrolados demonstram que o Distrito Federal foi alvo de aproximadamente 11 no-

vas ações judiciais por dia útil, no ano de 2017.

Apesar de assustador, esse dado está longe de retratar o volume total das demandas judiciais enfrentadas por aquela unidade da federação. Isso, porque, além de existir milhares de ações judiciais iniciadas antes de 2017 que não finalizaram a sua tramitação, ainda temos decisões que transitaram em julgado determinando o fornecimento de medicamentos e materiais-médicos de forma contínua durante todo o período em que o paciente necessitar do insumo. A execução dessas decisões judiciais de fornecimento contínuo duram décadas.

O custo da judicialização para o DF, apenas no ano de 2017, foi de R\$ 29.276.530,52 (vinte e nove milhões, duzentos e setenta e seis mil, quinhentos e trinta reais e cinquenta e dois centavos), conforme relatório elaborado pelo Fundo de Saúde do Distrito Federal a partir das notas de empenho emitidas pela unidade, constantes do Portal Transparência do DF (Disponível em: <http://www.transparencia.df.gov.br/#/despesas/consulta-dinamica>).

Um caso específico que se subsume perfeitamente ao exposto no presente artigo é o caso das ações judiciais para o fornecimento de fatores de coagulação para os pacientes hemofílicos do DF.

As 71 decisões judiciais que obrigam o Distrito Federal a fornecer fator de coagulação para os pacientes hemofílicos se subdividem em dois grupos: a) 62 decisões judiciais determinando o fornecimento do Fator de coagulação VIII em quantidade superior à prevista no protocolo do Ministério da Saúde; e b) 9 decisões judiciais determinando o fornecimento do Fator de coagulação IX recombinante, medicamento não integrante do protocolo do Ministério da Saúde e, por essa razão, comprado pelo DF.

Tabela 2. Demandas Judiciais catalogadas pela SES-DF no ano de 2017.

Assunto	Número de novas demandas judiciais recebidas no ano de 2017
Fornecimento de Medicamentos	815
Realização de Exames	159
Realização de Cirurgias	473
Fornecimento de Material Médico-Hospitalar	187
Internação Compulsória	41
Demanda por leito de UTI	496
Realização de Consulta Médica	212
Realização de tratamentos diversos (radioterapia, hemodiálise, home care e outros)	339
TOTAL	2.722

Fonte: Relatório do Núcleo de Judicialização da Assessoria Jurídico-Legislativa da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. Disponível para consulta na sede da Secretaria de Saúde.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), no bojo do processo nº 5.129/2016¹¹, demonstrou o descompasso entre a quantidade de fator de coagulação fornecida pelo DF em relação à média nacional e à média mundial. De acordo com o apurado, o consumo de fator de coagulação VIII e do fator de coagulação IX, no Distrito Federal, é de quase 5 vezes maior que o consumo médio mundial.

A Corte, ainda, demonstrou que tal descompasso é fruto das determinações judiciais exaradas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios a favor dos pacientes hemofílicos com amparo no laudo de uma única médica.

O que se observa é que, apesar de impactar o orçamento global do Sistema Único de Saúde em milhões de reais, a compra do fator de coagulação VIII é realizada pelo Ministério da Saúde, sendo o medicamento apenas dispensado pelo Distrito Federal. Por essa razão, as decisões judiciais que tratam deste medicamento não impactam de forma direta o orçamento do DF.

Por outro lado, as decisões judiciais que determinam o fornecimento do fator de coagulação IX recombinante, ao invés do fator de coagulação IX hemoderivado, este último fornecido pelo Ministério da Saúde, impactam de sobremaneira o orçamento do ente local.

Apenas no ano de 2017, o custo do fornecimento do fator IX recombinante para a Secretaria de Saúde do DF foi de aproximadamente R\$ 5.000.000,00, conforme previsto no quadro demonstrativo de despesa (QDD), constante no Portal Transparência do DF.

Frente ao exposto, questiona-se: qual foi o custo de oportunidade fruto dessas decisões judiciais? O custo de oportunidade, no caso em tela, deve ser entendido como os serviços que o Distrito Federal poderia ter fornecido à população local no lugar de comprar fator de coagulação IX recombinante.

Apenas para dar concretude ao exemplo, o Distrito Federal tem uma fila de quase uma centena de pacientes aguardando uma vaga em leito de uti e uma fila ainda maior de pacientes aguardando vaga em programa de hemodiálise.

Os quase cinco milhões de reais empregados na compra de fator de coagulação pelo DF poderiam ter sido utilizados para se pagar mais de 25 mil sessões de hemodiálise em clínicas credenciadas do DF ou para se pagar mais de 800 diárias de UTI, conforme os preços fixados na Tabela SUS e no Contrato SES/DF nº 53/2018, respectivamente.

Ou seja, poder-se-ia ter aplicado o recurso, por exemplo, para custear o tratamento de pa-

cientes que precisam de assistência crítica, sob pena de perderem a vida, mas essa opção foi ceifada do Poder Executivo por conta de determinações judiciais ancoradas em laudo médico contrário ao protocolo vigente no SUS e sem evidências científicas conclusivas sobre a eficácia do tratamento.

Essa cifra oculta as pessoas que deixam de ser assistidas por conta da judicialização da saúde, mas provavelmente é muito superior ao número de pacientes beneficiados pela judicialização, considerando que as ações judiciais, em regra, tutelam interesses individuais e as políticas públicas de saúde tutelam interesses coletivos.

Nas palavras do professor Mapelli Júnior⁶:

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

O que o caso apresentado demonstra é que, antes de se prolar uma decisão judicial no âmbito do direito à saúde, a prudência recomenda verificar quais os impactos do deferimento do pedido do autor sobre o resto dos pacientes dependentes do SUS, de modo a deliberadamente potencializar a aplicação dos recursos públicos, que já são tão escassos.

Comentários finais

A discussão sobre a judicialização da saúde, apesar de já estar em voga por mais de uma década, ainda carece de amadurecimento. É preciso incluir no debate as questões fáticas e financeiras, bem como as consequências que as decisões judiciais produzem nos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde.

O caso do Distrito Federal apresentado no presente artigo é apenas um entre milhares de casos que existem no país em que há uma possí-

vel alocação de recursos de forma ineficiente, por conta da judicialização.

É preciso avançar no debate refletindo sobre as consequências da judicialização, sob pena de o Poder Judiciário, na boa intenção de salvar vidas, estar cometendo uma injustiça com a população e ceifando mais vidas do que salvando.

Referências

1. Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [acessado 2018 Set 05]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm
2. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números 2016*. Brasília: CNJ; 2016. [Internet]. [acessado 2018 Set 05]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf-f344931a933579915488.pdf>
3. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números 2017*. Brasília: CNJ; 2017. [Internet]. [acessado 2018 Set 05]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c-1dd137496c.pdf>
4. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Judicialização da saúde: iniciativas do CNJ são destacadas em seminário no STJ*. Brasília: CNJ; 2018. [Internet]. [acessado 2018 Set 05]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86891-judicializacao-da-saude-iniciativas-do-cnj-sao-destacadas-em-seminario-no-stj>
5. Holmes S, Sunstein CR. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton; 1999.
6. Mapelli Júnior R. *Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS* [tese]. São Paulo: Universidade de São Paulo; 2015.
7. Caliendo P. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: Sarlet IW, Timm LB, organizadores. *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2008. p. 200.
8. Wang DW. Courts and health care rationing: the case of Brazilian Federal Supreme Court. *Health Econ Policy Law* 2013; 8(1):75-93
9. Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). *Judicialização da Política Pública de Saúde nos Municípios Brasileiros: um retrato nacional*. Brasília: Prodisa/Fiocruz; 2017.
10. Spencer NN, Siegelman L. *Economia de la administración de empresas*. México: Union Tipografía Editorial Hispano Americana; 1967.
11. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Processo nº 2016/5.129. *Relatório Final da Auditoria Operacional*. Relator: Conselheiro José Roberto de Paiva Martins. [Internet]. [acessado 2018 Set 05]. Disponível em: <https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=documento&f=downloadPDF&iddocumento=1753480>.

Artigo apresentado em 29/11/2018

Aprovado em 06/02/2019

Versão final apresentada em 26/03/2019