

# **A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL E SEU IMPACTO SOBRE O ORÇAMENTO PÚBLICO: O EXEMPLO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Marcel Romani Barbosa<sup>1</sup>

Rafaella Cristian Barbosa Santos<sup>2</sup>

## **RESUMO**

Considerando o processo de expansão do Poder Judiciário no país, o presente artigo procura analisar o fenômeno da judicialização das políticas públicas na área da saúde à luz da Constituição Federal de 1988, e seu impacto sobre o orçamento público. Tendo como foco as discussões na doutrina sobre o tema, pretende-se discutir, em linhas gerais, sobre a legitimidade e os limites do Poder Judiciário para decidir sobre ações e serviços de saúde no sistema público e o impacto destas decisões sobre o orçamento público, tendo como exemplo de análise o orçamento do estado de Minas Gerais.

**PALAVRAS-CHAVE: JUDICIALIZAÇÃO; POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE; ORÇAMENTO PÚBLICO; MINAS GERAIS.**

---

<sup>1</sup> Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em Minas Gerais. Bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro. MBA em Finanças Corporativas pela Universidade Gama Filho.

<sup>2</sup> Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas. Assessora legislativa na Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o Poder Judiciário assumiu o papel de protagonista nos processos políticos de tomada de decisões no Brasil, com o objetivo de assegurar o bom funcionamento do Estado e a concretização dos direitos assegurados na Constituição.

A chamada judicialização das políticas públicas pode ser vista como um fenômeno inerente ao nosso Estado Democrático de Direito, pois reflete o anseio da sociedade em ter os seus direitos assegurados pelo Judiciário, que, por sua vez, não pode se furtar à prestação jurisdicional, tendo em vista o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Hoje, a divisão dos poderes, tal como concebida por Montesquieu, não serve mais como parâmetro para explicar a complexa relação entre os poderes do Estado. Contudo, se, por um lado, não restam dúvidas quanto à importância da interpenetração dos poderes para a democracia, também é fundamental que essa postura seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

Esse tênue equilíbrio entre os poderes ganha contornos mais complexos quando a atuação do Judiciário se estende para o trato de questões afetas a área da saúde. Se, por um lado, a atuação judicial assegura a consagração da saúde, enquanto direito de todos e dever do Estado, por outro cria um ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas no Brasil. Além disso, ao promover os direitos fundamentais de forma individualizada, pode causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

Nesse ponto, este estudo visa discutir a legitimidade democrática do Poder Judiciário para decidir sobre as ações e serviços de saúde no sistema público, e as consequências dessas decisões sobre o orçamento público, em especial sobre o caso do orçamento do estado de Minas Gerais.

Para tanto, procede-se a análise do fenômeno da judicialização das políticas públicas na área da saúde à luz da Constituição Federal de 1988, refletindo, especificamente, sobre os limites da atuação do Poder Judiciário para fazer valer tal

direito fundamental. Apresentam-se, em linhas gerais, as principais causas apontadas pela doutrina para o processo de judicialização das políticas públicas no contexto brasileiro. Em um segundo momento, busca-se examinar esse fenômeno sob a ótica dos direitos fundamentais, debatendo se o Poder Judiciário detém legitimidade para decidir sobre as ações e serviços de saúde no sistema público, e, ainda, os limites para a atuação judicial na concretização de direitos dessa natureza. Por fim, busca-se analisar os impactos causados por estas decisões judiciais sobre o orçamento do estado de Minas Gerais a partir de 2009, quando este processo se intensificou no estado.

## **1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

De acordo com Barroso (2007), a saúde pública no Brasil entre os séculos XIX e início do século XX, resumia-se a ações de controle sanitário e, principalmente, ações de controle de doenças epidêmicas, com destaque para a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial. Somente a partir da década de 30, com a estruturação básica do sistema público de saúde, passam a ser realizadas no país ações curativas. Nessa época foram criados o Ministério da Educação e Saúde Pública, e os Institutos de Previdência, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo, limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto.

Ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social, vinculado ao Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Mas, com o processo de redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988 houve, de fato, a universalização dos serviços de saúde, através da criação do Sistema Único de Saúde (SUS), um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, que abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país.

Com a Constituição Federal de 1988, através do “*caput*” de seu artigo 6º, a saúde passou a ter status de direito social, sendo previsto em seu artigo 196 que:

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.

De acordo com o artigo 197 da CF/88, foi estabelecido que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Além desses artigos, a Constituição trouxe diversos dispositivos constitucionais que tratam expressamente da saúde, como, por exemplo, o artigo 7º, IV e XXII, que determina que o salário-mínimo deve ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, e que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; o artigo 23, II, que dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde; o artigo 24, XII, que trata que a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde; o artigo 30, I e VII, que dispõe que os municípios também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, e lhes conferindo a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; o artigo 34, VII, “e”, que possibilita a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da transferência de receita de impostos estaduais, na manutenção e desenvolvimento nas ações e serviços públicos de saúde; o artigo 35, III, que prevê a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não ser aplicado o mínimo exigido da receita municipal nas ações e serviços públicos de saúde, o art. 167, IV, que ressalva a vedação de vinculação de receitas de impostos à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde; entre outros.

Como se vê, o direito à saúde é tratado no ordenamento jurídico brasileiro como direito social fundamental, sendo uma obrigação do Estado e um direito público subjetivo.

De acordo com o professor Oliveira (2008), diz-se direito fundamental o direito que pertença ao grupo de direitos indissociáveis à proteção da dignidade humana que estejam positivados na ordem jurídica interna. Assim, o direito à saúde faz parte de um grupo de direitos indispensáveis à proteção da dignidade humana, e, portanto, a tutela desse direito é exigível contra o Estado e também por meio do Estado.

De acordo com a doutrina de Lenza (2009), enquanto direitos fundamentais (Título II da CF/88), os direitos sociais tem aplicação imediata (art.5º, §1º) e podem ser implementados, por exemplo, no caso de omissão legislativa pelas técnicas de controle (mandado de injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão).

Enquanto direito social, aponta-se dupla vertente no tocante a saúde, quais sejam: a natureza negativa: o Estado ou terceiros devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; e a natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.

Portanto, tendo a saúde inquestionável importância na preservação da dignidade humana, não se cogita vida digna se não assegurado à pessoa o acesso aos préstimos existentes e viáveis na luta por sua saúde. (OLIVEIRA, 2008).

Nessa seara, a ausência de políticas públicas efetivas tem levado a transferência de instância decisória do Executivo para o Judiciário, que passou a debruçar-se sobre questões até então alheias ao seu papel institucional.

A título de exemplo, podemos citar o caso emblemático da medicação Eculizumab 600 mg e 900 mg, comercializada como “Soliris”, e usada para tratamento da moléstia denominada hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), uma forma rara de anemia. O medicamento é comercializado por uma única empresa, fora do Brasil. A dose do medicamento tem o custo de 11 mil reais e pode chegar a R\$1.000.000,00 por ano, para cada paciente. Além disso, ele não se encontra na lista oficial de medicamentos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, a

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, assim como não se encontra registrado junto à Anvisa, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Embora existam outros tratamentos alternativos para a doença, bem como a possibilidade de transplante de medula em alguns casos, muitos pacientes obtiveram na Justiça o direito a receber o medicamento de forma gratuita, sob o argumento da necessidade de proteção do bem da vida. Nesse sentido, trazemos o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª região:

DIREITOS CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA ONDE CIDADÃ BUSCA A CONDENAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS A FORNECER-LHE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO (SOLIRIS), NÃO INCLUÍDO NA RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS/RENAME E NÃO APROVADO PELA ANVISA, DESTINADO AO TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE (HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA - HPN) - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA (COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E FIXAÇÃO DE ASTREINTES) MANTIDA - SUPREMACIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE (APANÁGIO DA DIGNIDADE HUMANA), QUE DEVE SER ZELADO EM NÍVEL DO SUS POR TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO (SOLIDARIEDADE), EM RELAÇÃO AO QUAL NÃO PODEM SER OPOSTAS A BUROCRACIA DO PODER PÚBLICO E NEM AS QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS - É CORRETO O DESEMPENHO DO PODER JUDICIÁRIO (ART.5º,XXXV, DA CF) EM ASSEGURAR TAL DIREITO, QUE EMERGE DA MAGNA CARTA E DA LEI Nº 8.080/90 - MATÉRIA PRELIMINAR REPELIDA - APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. A saúde é um direito social (art. 6º) decorrente do direito à vida (art. 5º), disciplinado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, e sua prestação em natureza ampla é preconizada na Lei nº 8.080/90 que regulamentou o art.198 da Constituição (SUS). Diante disso, é inofismável a ilação segundo a qual cabe ao Poder Público obrigatoriamente a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização de amplos serviços de atendimento à população, envolvendo prevenção, de doenças, vacinações, tratamentos (internações, inclusive) e prestação de remédios.

2. "O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde" (STJ, AgRg no REsp 1017055/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012). Múltiplos precedentes.

3. Cidadão acometida de Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN. Trata-se da chamada doença de Marchiafava e Michelli, uma rara anemia hemolítica crônica de início insidioso e curso crônico, ocasionada por um defeito na membrana dos eritrócitos (proteína protetora). Quando o quadro evolui uma das maiores complicações é a trombose, sendo que os dois locais mais preocupantes são nas veias supra-hepáticas e no sistema nervoso central. Outros possíveis problemas incluem as crises dolorosas abdominais (de etiologia ainda incerta) e as infecções recorrentes, pois ocorre a destruição dos glóbulos vermelhos. Medicação pretendida: "SOLIRIS" (nome comercial), que tem como princípio ativo a substância ECULIZUMABE, é aprovado para o combate contra a doença na União Européia e nos Estados Unidos da América, conforme decisões da

European Medicines Agency - EMA e Food and Drug Administration- FDA, que aprovaram o medicamento desde, respectivamente, 20.06.2007 e 16.03.2007. Fármaco que não foi aprovado pela ANVISA e não consta do RENAME; mesma situação que acontece no Canadá e na Escócia.

4. Na medida em que dificilmente se pode falar que o controle da indústria farmacêutica no Brasil é superior ao exercido pela European Medicines Agency - EMA e pela Food and Drug Administration- FDA, sobra apenas uma desculpa para a negativa governamental em incluir o "SOLIRIS" no âmbito da ANVISA: o medicamento é caro ! Ainda: o parecer N° 1.201/2011-AGU/CONJUR-Ministério da Saúde/HRP destaca que o SUS tem uma terapêutica adequada para o combate da doença, Transplante de células Tronco Hematopoiéticas (TCTHa); sucede que o Relator consultou a PORTARIA N° 931 DE 2 DE MAIO DE 2006, do Ministro da Saúde, que aprova o Regulamento Técnico para Transplante de Células-Tronco Hematopoéticas e, no meio de uma gigantesca burocracia destinada a regular tais transplantes, não conseguiu localizar a alegada "indicação" de que o SUS pode custear esse difícil procedimento em favor de quem porta Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN. 5. Resta difícil encontrar justificativa para se negar a uma pessoa doente de Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN o medicamento "SOLIRIS", ainda que seja caro, quando a atual Relação Nacional de Medicamentos Essenciais/RENAME (Portaria MS/GM n° 533, de 28 de março de 2012) contempla três fitoterápicos: Hortelã (para tratamento da síndrome do cólon irritável), Babosa (para queimaduras e psoríase) e Salgueiro (para a dor lombar). Os limites enunciativos dessa Relação Nacional de Medicamentos Essenciais/RENAME e os supostos limites orçamentários do Poder Público (de difícil justificativa quando se sabe que há verbas públicas destinadas a propaganda da "excelência" do Governo de ocasião) não podem ser manejados se colidem diretamente contra o direito à vida, contra o direito social de integralidade do acesso à saúde e contra a essencial dignidade da pessoa humana. 6. Calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de co-gestor do Poder Executivo, ao contrário do que os apelantes frisam; está tão somente determinando que se cumpra o comando constitucional que assegura o direito maior que é a vida, está assegurando o respeito que cada cidadão merece dos detentores temporários do Poder Público, está fazendo recordar a verdade sublimada que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário. Na verdade o Judiciário está dando efetividade ao art.6º, inc.I,d, da Lei nº8.080/90 que insere no âmbito da competência do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. 7. A recomendação nº 31 do CNJ foi atendida na decisão de fls. 88, posteriormente homologada pelo despacho de fls. 251, de modo que não há que se falar em descumprimento da recomendação; ademais, uma recomendação de órgão administrativo, por mais venerável e importante que seja, como é o caso do CNJ, não pode impedir que a jurisdição seja prestada a quem a reclama, sob pena de afronta ao art.5º,XXXV, da Constituição. 8. A matéria aqui tratada já foi objeto de apreciação pela Presidência do Supremo Tribunal Federal em sede de dois pedidos de suspensão de segurança (ns. 4316 e 4304), tendo o então Min. César Peluso repellido a mesma ladainha que aqui assoma: o valor da droga e a ausência de registro na ANVISA. 9. Corretas a antecipação de tutela com fixação de astreintes, bem como a imposição de honorária (módica). (TRF-3 - apelação/reexame necessário: APELREEX 8456 SP 0008456-68.2010.4.03.6110. Relator: Desembargador Federal Johnson Di Salvo. Julgamento: 06.06.2013).

Como se vê, os impactos com a expansão do Judiciário são muitos e impõe desafios ao Poder Público, levantando-se a discussão sobre a legitimidade daquele poder para decidir e controlar o acesso às ações e serviços de saúde no sistema público, sobre a qual faremos uma abordagem no tópico seguinte.

## **2 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: CAUSAS DE SUA POLITIZAÇÃO**

A judicialização da política pode ser entendida como a transferência do poder político para as mãos do Poder Judiciário, seja pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, com base na constituição e nos mecanismos de checks and balances (“judicialization from without”), ou, por meio difuso, com a expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo e no Legislativo (“judicialization from within”) (MACIEL; KOERNER, 2002).

Na presente pesquisa, será analisado apenas o aspecto de judicialização da política relativos à revisão judicial dos atos executivos, ou seja, a transferência de direitos da tomada de decisão desse poder para o âmbito dos tribunais, uma vez que desse papel decorre a condição de poder político do Judiciário.

Ressalte-se que a judicialização não deve ser confundida com ativismo judicial, cujo significado está relacionado à postura do intérprete e pode ser entendida como uma maneira expansiva de interpretar a constituição pelos juízes.

Nesse sentido, Barroso (2009) afirma que a judicialização é um fato que decorre do modelo constitucional adotado no Brasil, ou seja, não é um exercício voluntário de vontade política por parte dos juízes. Por sua vez, o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Essa postura se manifesta pelas seguintes condutas:

- (a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (c) a imposição de



condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. ( BARROSO, 2009, p. 6).

Para Barroso (2009), a autocontenção judicial – predominante antes do advento da Constituição de 1988 – seria o oposto do ativismo, pois é caracterizada pela redução da interferência do Judiciário nas ações dos outros poderes, através da (a) vedação da aplicação direta da Constituição a situações que não estão no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o posicionamento do legislador ordinário; (b) da utilização de critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (c) da abstenção de sua intervenção na definição das políticas públicas.

Eis a diferença metodológica entre as duas posições. O ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas (BARROSO, 2009).

Partindo-se dessa discussão, verifica-se que a judicialização da política está intimamente relacionada à ideia de ativismo judicial, pois quanto maior o número de questões políticas postas para decisão do Poder Judiciário, maiores as chances de esse órgão assumir posturas interventivas e ativas sobre os demais poderes.

## **2.1 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS À SAÚDE – A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA DECIDIR SOBRE AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NO SISTEMA PÚBLICO**

O florescimento da judicialização da política no país consolidou o Poder Judiciário no papel de verdadeiro guardião das atividades dos demais poderes, levando-o cada vez mais em direção ao ativismo judicial, com a intervenção em assuntos relativos à política, como, por exemplo, a reforma da previdência, as guerras fiscais entre os Estados, os poderes das comissões parlamentares de inquérito, a proporção de vereadores nos municípios e a implementação de políticas públicas. Considerando os fins desse artigo, passaremos a análise desse último

aspecto, especificamente no que diz respeito às políticas públicas de saúde, a que refere-se o tema proposto.

Segundo estudo de Castro (2012), a procura pelo sistema jurídico quanto aos problemas advindos da saúde teve seu início na década de 90, com o aumento do número de infectados pelo vírus HIV. O medicamento que combatia o avanço do vírus não fazia parte da listagem de fármacos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o que levou os portadores do vírus a ingressarem na justiça para obrigar o Estado a fornecer o medicamento, gratuitamente. A partir de 1996, com a promulgação da Lei n.º 9313, a distribuição desses medicamentos se tornou obrigatória para os aidéticos e para os portadores do vírus HIV, passando a fazer parte da listagem do SUS. Essa procura pelo judiciário se intensificou com o passar dos anos e, em 2011, o judiciário brasileiro já contava com 240.980 processos judiciais envolvendo questões de saúde, sendo que a maioria se refere a pedido para medicamentos, seguido de pedidos de procedimentos médicos pelo SUS, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça.

A atuação do Poder Judiciário nesses casos, visando assegurar ao cidadão o direito fundamental a saúde, se harmoniza com o entendimento da organização mundial da saúde, para o qual a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

Assim, a judicialização da saúde, nas palavras de Streck (2010), nada mais é do que:

[...] a abertura para novas possibilidades de concretização do direito por intermédio da jurisdição constitucional, o descobrimento da materialidade do direito e o desvelamento do direito à saúde constante no generoso texto da Constituição do Brasil. (STRECK, 2010).

Nessa seara, diante da incapacidade do Estado na efetivação do direito à saúde, seria razoável negar legitimidade democrática ao Poder Judiciário para decidir sobre questões afetas a saúde?

A principal crítica relacionada à legitimidade do Judiciário é identificada na doutrina como “dificuldade antimajoritária” e refere-se ao fato de o Poder Judiciário exercer controle dos atos dos demais poderes, sem, contudo, ter seu corpo de juízes escolhidos através de um processo eleitoral.

Entretanto, conforme destaca Albuquerque (2011), a democracia não se resume ao voto. O autor, citando Norberto Bobbio (2011, p. 117), nos lembra que o voto, ao qual se costuma associar o relevante ato de uma democracia atual, não serve para decidir, mas para eleger “quem deverá decidir”. A democracia percorre, dentro do Estado, um caminho que é impulsionado pelo Legislativo, guiado pelo Executivo, mas fiscalizado por todos os poderes, inclusive o Judiciário, de maneira legítima.

Embora seus membros não exerçam papel eletivo, é através do Judiciário que o povo exerce o seu direito de participação, submetendo ao seu crivo questões de ordem social, econômica e política. Nessa seara, o Poder Judiciário atua para assegurar valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de quem tem mais votos.

Se o poder emana do povo, em nome dele é que os poderes devem ser exercidos, por isso, o Poder Judiciário também figura no Estado de Direito como poder representativo, principalmente se omissos o Executivo e o Legislativo (NUNES, 2009).

Assim, nas palavras de Nunes (2009),

verifica-se que a democracia não reduz tão somente ao princípio majoritário (vontade da maioria), mas que também é possível conferir legitimidade à atuação dos juízes e tribunais, notadamente do Supremo Tribunal Federal (intérprete final da Constituição), mesmo contra atos emanados por órgão representativo, se suas decisões forem fundamentadas racionalmente com base nos direitos fundamentais e em observância os procedimentos democráticos. (NUNES, 2009, p. 133).

Desta feita, e considerando que a judicialização é um processo legítimo e inevitável, resta analisar quais são esses limites da atuação judicial no que diz respeito ao direito à saúde.

## **2.2 OS LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

É certo que a judicialização da saúde envolve a colisão de princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida, e saúde, de forma que a implementação pelo Poder Judiciário de uma determinada prestação social, sem a observância de qualquer limite, pode causar riscos a efetivação dos direitos sociais e fundamentais da própria coletividade.

Nesse contexto, demonstrado que o direito à saúde, enquanto direito social fundamental, deve ser prestigiado pelo Poder Judiciário, e, reconhecida a legitimidade deste Poder para atuar em causas sanitárias, a doutrina tem realizado tentativas de estabelecer critérios e limites para a judicialização de questões desta natureza.

São vários os aspectos que devem ser considerados ao impor decisões relativas ao direito à saúde, visando preservar o caráter subsidiário da medida e permitir ao estado a continuidade na prestação sanitária ordinária. (OLIVEIRA, 2008).

Sobre o assunto, Lima (2003) afirma, de forma assertiva, para que sejam fixadas balizas seguras e objetivas para solucionar esses casos de colisão de direitos fundamentais, é preciso analisar o princípio da proporcionalidade, que é o primeiro limite à concretização judicial do direito à saúde, bem como a reserva de consistência e de coerência, e a reserva do possível.

Quanto a proporcionalidade, por meio desse princípio, é possível analisar a legitimidade das restrições ao direito fundamental a saúde, para verificar se respeitam a justa medida, a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim, servindo como verdadeiro limite da atividade jurisdicional.

No que tange a reserva de consistência, Lima (2003) defende que se não for possível demonstrar o desacerto das escolhas tomadas pelos demais poderes, com base em dados concretos e não em mera preferência subjetiva do julgador, não poderia, por ausência de consistência, haver a intervenção judicial. Nessa seara, as razões de decidir deixam de ser meramente jurídicas, cabendo ao juiz buscar dados em outras ciências, e informações de entidades públicas e

privadas, no intuito de decidir a matéria do modo mais correto possível, aproximando-se ao máximo da “verdade material”. Isso porque, no desenvolvimento de normas de direitos fundamentais, é insuficiente o emprego de técnicas jurídicas de interpretação assentadas no simples exame de texto.

Registre-se que a reserva de consistência está atrelada ao princípio de interpretação denominado dever de coerência, segundo o qual as situações semelhantes requerem soluções semelhantes. Esse instrumento serve para controlar a atuação judicial, fazendo com que o órgão jurisdicional aponte as peculiaridades que justificam a mudança de entendimento, evitando, assim, decisões arbitrárias.

Outro limite fático e jurídico diz respeito a reserva do possível, que consiste na garantia dos direitos já previstos no ordenamento jurídico, desde que existentes os recursos públicos correlatos. Esse princípio é comumente usado como argumento para negar a efetivação do direito à saúde, considerando o risco para o equilíbrio financeiro do sistema de saúde. Contudo, embora seja um limite importante, sua aplicação deve ser feita com cautela, já que a ausência de recursos pelo Estado deve ser devidamente demonstrada.

De outro giro, considerando critérios mais objetivos, Barroso (2007), ao discutir a questão do fornecimento de medicamentos pelo Judiciário, traça alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial, dividindo esses parâmetros em relação às ações individuais, às ações coletivas, e em relação a legitimação passiva.

No âmbito das ações individuais, afirma o autor que a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, para assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos. Esse entendimento apresenta-se sob dois argumentos: a) a presunção de que o Legislativo e o Executivo, ao elaborarem tal lista, avaliaram as necessidades prioritárias a serem supridas, os recursos disponíveis e os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos; e, b) o argumento democrático, que ressalta que os recursos necessários ao custeio dos medicamentos são obtidos através da cobrança de tributos, pagos pelo próprio povo,

que, por sua vez, deve decidir de que modo os recursos devem ser gastos e quais são as prioridades, através de seus representantes eleitos.

Em relação às ações coletivas, Barroso (2007) defende que a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas. Isso porque a mencionada presunção sobre a avaliação legítima do Legislativo e Executivo na elaboração da lista de medicamentos não é absoluta, sendo passível a revisão judicial, visando coibir abusos.

Ainda sobre a possibilidade de alteração das listas de medicamentos pelo Judiciário em ações coletivas, o autor apresenta parâmetros complementares que devem ser observados, tais como: a) o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; b) o Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; d) o Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

Por fim, em relação a legitimação passiva, Barroso (2007) afirma que o ente federativo que deve figurar no pólo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido, assim não seria necessário adentrar em decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político.

### **3 O IMPACTO DAS SENTENÇAS JUDICIAIS SOBRE O ORÇAMENTO PÚBLICO DE SAÚDE: O CASO ESPECÍFICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

O fato que se observa é o crescimento exponencial das demandas judiciais relacionadas a pedido de fornecimento de medicação não constante nas listas elaboradas pelo SUS nos últimos anos. Conforme destacam Pereira e Cardoso (2012), especificamente no caso de Minas Gerais, o processo começou em meados da década de 2000 através de ações de iniciativa do Ministério Público para atender portadores de determinadas moléstias cujos tratamentos não eram fornecidos pelo SUS. O processo se intensificou quando a Defensoria Pública passou a advogar

demandas individuais, chegando ao ponto de criar em 2009 a Defensoria Especializada da Saúde.

Tal situação resultou na criação, a partir da Lei Orçamentária Anual de 2009, da rubrica específica de “Sentenças Judiciais” no orçamento do Fundo Estadual de Saúde, pois simples rearranjos orçamentários não se mostravam mais uma forma eficiente do estado se preparar para atender às demandas judiciais. A partir de então, houve um crescimento expressivo no volume de recursos demandados, chegando ao ponto de, desde 2010, apesar do crescimento do valor destinado à rubrica, este não ser suficiente para anteder a demanda. A Tabela 3.1 demonstra esse crescimento e a relação entre a despesa orçada e a efetivamente empenhada até o ano de 2013.

Tabela 3.1 – Comparação entre Despesa Orçada e Despesa Empenhada para cumprimento de Sentenças Judiciais em Minas Gerais – 2009 a 2013

ANO	DESPESA ORÇADA	DESPESA EMPENHADA	RELAÇÃO
2009	42.000.000,00	34.454.995,81	82,04%
2010	40.000.000,00	61.551.288,54	153,88%
2011	40.000.000,00	93.893.236,88	234,73%
2012	50.000.000,00	142.999.785,48	286,00%
2013	145.000.000,00	291.703.262,63	201,17%

Fonte: Elaboração própria com dados das Leis Orçamentárias Anuais e do Portal da Transparência de Minas Gerais

O que se extrai da tabela é que, apesar de a despesa orçada ter crescido quase três vezes de 2012 para 2013, desde 2011 a despesa empenhada é superior a duas vezes o valor orçado. Isto ocorre porque estas despesas são de difícil previsão, visto que depende de demandas individuais, de sentenças de cumprimento imediato e com despesas de alto valor (especialmente por não se tratar de compra em larga escala). Estes valores também demonstram o quanto este expediente tem impactado cada vez mais o orçamento de saúde do estado. Para se ter uma ideia do quanto estes valores impactam o orçamento, a Tabela 3.2 coloca em comparação os valores empenhados para estas despesas com os valores empenhados em compra de medicamentos básicos e de alto custo da lista de distribuição gratuita do SUS.

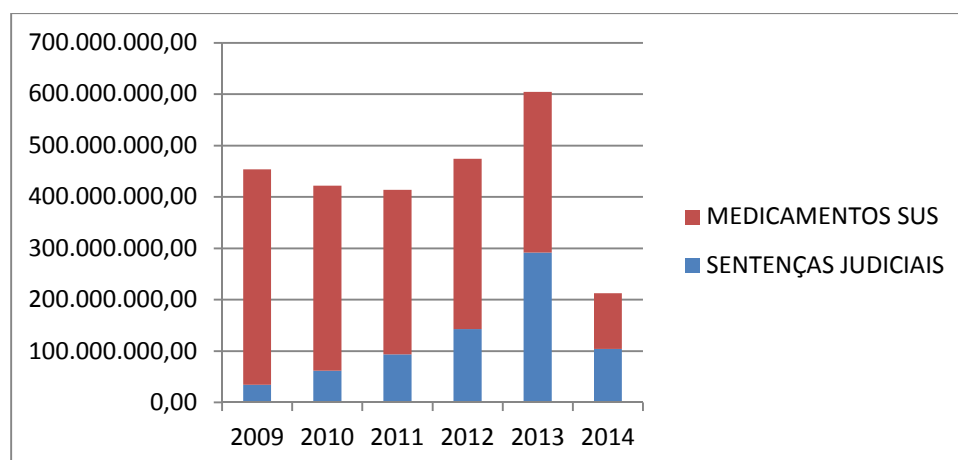
Tabela 3.2 – Gastos com medicamentos do Estado de Minas Gerais por Categoria – 2009 a 2014

ANO	SENTENÇAS JUDICIAIS	MEDICAMENTOS BASICOS	MEDICAMENTOS ALTO CUSTO
2009	34.454.995,81	123.732.823,81	295.228.588,87
2010	61.551.288,54	128.576.397,22	231.453.588,89
2011	93.893.236,88	105.226.146,83	214.648.013,49
2012	142.999.785,48	231.793.389,79	99.197.116,60
2013	291.703.262,63	152.132.449,89	160.627.145,57
2014	104.160.862,47	47.676.915,29	60.802.206,89

NOTA: Dados de 2014 referentes ao primeiro semestre. Fonte: Elaboração própria com dados das Leis Orçamentárias Anuais e do Portal da Transparência de Minas Gerais

O que se percebe é que, enquanto os gastos com medicamentos da lista do SUS permanecem praticamente constantes, por permitirem uma previsibilidade maior de demanda e um preço melhor pela quantidade, os valores gastos com sentenças judiciais crescem exponencialmente, representando fatia cada vez maior dos gastos do estado com medicamentos. A Figura 3.1 demonstra a proporcionalidade dos gastos com medicamentos resultantes de sentenças judiciais no total de gastos com medicamentos realizados pelo Estado.

Figura 3.1 – Proporção dos gastos com medicamentos provenientes de Sentenças Judiciais no Estado de Minas Gerais – 2009 a 2014



NOTA: Dados de 2014 referentes ao primeiro semestre. Fonte: Elaboração própria com dados das Leis Orçamentárias Anuais e do Portal da Transparência de Minas Gerais



Considerando-se o crescimento exponencial dos gastos com sentenças judiciais e o comportamento quase constante das despesas com medicamentos do SUS, a tendência é de que, nos próximos anos, o estado gaste mais com o fornecimento de medicamentos por imposição de sentenças judiciais a casos individuais do que com medicamentos de distribuição coletiva, da listagem do SUS, o que demonstra uma influência ativa da judicialização nas políticas públicas de saúde do estado, com impacto evidente sobre o orçamento. A atuação judicial ganha contornos mais polêmicos quando a interferência no orçamento do Executivo envolve decisões de ordem técnica, nas quais o Judiciário, sem deter o conhecimento específico necessário, define as opções de tratamento e de medicamentos que devem ser fornecidos pelo Poder Público.

Cabe apenas destacar que este impacto não é um problema exclusivo da esfera estadual, visto que os réus das ações muitas vezes são a União e os municípios. A título de exemplo, o município de Tubarão<sup>3</sup>, do Rio Grande do Norte, gastou em 2011 com a farmácia básica para o atendimento de toda a população R\$ 971.087,35, enquanto a despesa com o cumprimento de decisões judiciais no mesmo período chegou a R\$ 975.178,53. Já no caso da União, o anexo “Riscos Fiscais” da Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2014, em sua página 20, indica como estimativa de impacto de diversos processos judiciais demandando fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde o valor aproximado de R\$3,93 bilhões de reais, o que equivaleria a cerca de 3,7% do orçamento destinado a saúde (no valor de R\$106.019.264.465,00).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A gritante distância entre a teoria e a prática do aparelhamento estatal no Brasil e o não cumprimento das atividades estatais, acabam por exigir cada vez mais dos Poderes, gerando tensão entre eles.

---

<sup>3</sup> Informação constante na Petição n.º 36.033/2012, apresentada pelo município de Tubarão junto ao Recurso Extraordinário 566.471/RN, no qual requereu sua admissão como interessado para discussão sobre fornecimento de medicamentos de alto custo. O pedido foi indeferido, sob o fundamento de que no Brasil existem mais de 5.570 municípios, o que inviabilizaria o seu acesso como interessado. (Petição/STF n.º 36.033/2012).

Nesse contexto é que a consagração do Judiciário como guardião da Constituição possibilitou o seu fortalecimento enquanto instrumento de proteção dos direitos fundamentais e de controle dos atos do Executivo e do Legislativo, levando-o a assumir questões que, por vezes, se confundem com competências atribuídas aos demais poderes.

Apesar disso, não se mostra democrático afastar de pronto do controle judicial as questões relativas às políticas públicas. Em razão do princípio do acesso à justiça, não cabe ao Legislativo, ao Executivo, ou até ao próprio Judiciário, pré-fixar questões “imunes” ao controle judicial ao ponto de inibir o direito de ação. Apenas o caso concreto, posto a julgamento, é que poderá, em última instância, determinar a justiciabilidade de uma questão.

Com efeito, deve-se reconhecer que o direito a saúde, enquanto direito fundamental, não é absoluto, sendo passível, portanto, de limitações em sua aplicação pelo Poder Judiciário. O grande desafio reside na definição desses limites, já que para assegurar o direito social fundamental à saúde o Judiciário precisa adentrar ao máximo nas políticas públicas elaboradas pelo Executivo, sem, contudo, permitir que direito fundamental individual sobreponha os direitos da coletividade e ultrapasse as barreiras da própria Constituição.

Tendo isto em consideração, o que se verifica é o aumento vertiginoso das ações judiciais visando o fornecimento de medicamentos pelo estado para demandas individuais. Analisando o caso específico do estado de Minas Gerais, observou-se a necessidade, ainda em 2009, da criação de uma rubrica específica no orçamento para tentar prever este gasto. Porém, o que se verifica é que a natureza imprevisível desta demanda ocasionou que em todos os anos desde 2011 o valor orçado não tenha sido sequer metade do valor necessário. As demandas cresceram de volume a tal ponto que hoje quase se equivalem a todo o gasto com medicamentos para distribuição coletiva do estado, tendendo inclusive a superar este valor nos próximos anos, representando um impacto considerável sobre o orçamento do estado, tendo se tornado um verdadeiro problema às finanças públicas.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático.** Mar.2011. 197f. Tese (Doutorado). Fundação Edson Queiroz. Universidade de Fortaleza. Disponível em: <http://uol01.unifor.br/oul/conteudosite/F8602712411/Tese.pdf>. Acesso em: 10.jan.2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** RPGR, Porto Alegre, v.31, n.66, p.89-114, jul/dez.2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista eletrônica da OAB. Brasília, n. 4, p. 1-29, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso: 9 jan. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 03 mar. 2014.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem.** Revista Sociologia Política. Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.

CASTRO, Katia Regina Tinoco Ribeiro de. **Os juízes diante da judicialização da saúde: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais na área da saúde.** 2012. 85 f. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9769> Acesso em: 2. fev.2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 17ªed.SãoPaulo:Saraiva, 2013.  
LIMA,George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário.** 2003. 90f. Monografia (Especialização). Curso de Especialização à

distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal- Universidade de Brasília - Faculdade de Direito. Disponível em: [www.georgemlima.xpg.com.br/monografia.pdf](http://www.georgemlima.xpg.com.br/monografia.pdf). Acesso em: 3.fev.2014.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. In: Lua Nova. Revista de Cultura e Política, n 57, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf> Acesso em: 6.fev.2014.

NUNES, Andréia Regina Schneider. **Judicialização da política: o Poder Judiciário como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. 2009. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2009. Disponível em: [http://www.fundanet.br/mestrado\\_dir/default.aspitem=procura&proc=&ano=2009&PN=2&intervalo=10](http://www.fundanet.br/mestrado_dir/default.aspitem=procura&proc=&ano=2009&PN=2&intervalo=10) Acesso em: 3.fev.2014.

OLIVEIRA, Márcio Dias de. **Saúde possível e judicialização excepcional: a efetivação do direito fundamental à saúde e a necessária racionalização.2008**. Dissertação (Mestrado). Instituto Toledo de Ensino - Centro de pós-graduação, Bauru, 2008. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dissertao\\_de\\_Mestrado\\_\\_Prof\\_Mrcio\\_Dias\\_de\\_Oliveira.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dissertao_de_Mestrado__Prof_Mrcio_Dias_de_Oliveira.pdf) Acesso em: 3.mar.2014.

PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde**. 2010. 30f. Artigo (Especialização). Especialização em orçamento público do Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU. Brasília – DF. Disponível em: [portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF](http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF). Acesso em: 10.03.2014.

PEREIRA, Lucimara Ribeiro; CARNEIRO, Ricardo. **Judicialização da Saúde e Mudanças Organizacionais: o impacto das decisões judiciais na estrutura da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais – SES-MG**. Encontro de administração pública e governo – EnAPG.2012. Salvador, Bahia. Disponível em: [www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/.../2012\\_EnAPG285.pdf](http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/.../2012_EnAPG285.pdf). Acesso em: 10. mar. 2014.

SANTOS, Rafaella Cristian Barbosa. **A judicialização da política e a teoria da separação dos poderes no Brasil: análise sobre a legitimidade democrática do poder judiciário para decidir questões tipicamente políticas.** In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). Direito Público. Belo Horizonte: Puc Minas, Instituto de Educação Continuada, 2013; p. 159-172.

STRECK, Lênio Luiz. **Justiça Lotérica - Ativismo judicial não é bom para a democracia.** Entrevista concedida. Consultor Jurídico. Publicação em 15.mar.09. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul> Acesso em: 5 fev. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **OAB entrevista.** OAB in foco, Uberlândia, ano 4, n.20, p.15, ago./set. 2009b. Disponível em: <http://www.oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7W4SZ6> Acesso em: 10. fev 2014.

STRECK *apud* LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da saúde.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.