



DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: REFLEXÕES ACERCA DO RELATÓRIO DO CNJ SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: REFLECTIONS ABOUT THE CNJ RELATIONSHIP ON JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL

Bernardo Amaral da Rocha¹

Janaína Machado Sturza²

RESUMO

O direito à saúde no Brasil, como aponta a nossa Constituição de 1988, é um direito de todos e um dever do Estado, calcado no art. 196 da Constituição e garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços. Partindo-se destas premissas, o presente artigo busca analisar o “*Relatório Analítico Propositivo Justiça e Pesquisa – Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causa e propostas de solução*” – elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, especificamente sobre os anos de 2008 a 2017 e sendo publicado neste ano de 2019. Através deste relatório, a partir de uma reflexão sobre a atuação dos poderes, especialmente o executivo, que não tem apresentado soluções exíguas para o número cada vez maior das demandas judiciais em saúde, propõe-se um estudo bibliográfico, tendo como método de abordagem o hipotético dedutivo. Verificou-se que a não observância de limites na/da judicialização da saúde pode resultar em insegurança social e jurídica, sendo que o próprio judiciário, através da sua atuação, beneficia alguns seguimentos econômicos em detrimento de outros. Neste sentido, o relatório apontou algumas sugestões de interpretação e solução

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Dom Alberto (FDA) e estagiário no Fórum de General Câmara/RS, participante do Grupo de Pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado” (CNPq), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Contato: rocha.be@outlook.com

² Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito, Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Email: janasturza@hotmail.com



para tais demandas, explorando os fatores preponderantes para tal aumento da judicialização da saúde no Brasil.

Palavras chave: Direitos fundamentais; Direito à saúde; Judicialização; Jurisdição constitucional; Reserva do possível.

ABSTRACT

The right to health in Brazil, as our Constitution of 1988 points out, is a right of all and a duty of the State, based on art. 196 of the Constitution and guaranteed by social and economic policies aimed at reducing the risk of diseases and other diseases and universal and equal access to actions and services. Based on these premises, this article seeks to analyze the "Analytical Report on Proposals for Justice and Research - Judicialization of health in Brazil: profile of demands, causes and proposals for solutions" - prepared by the National Justice Council, specifically on the years 2008 to 2017 and to be published in 2019. Through this report, based on a reflection on the performance of the powers, especially the executive, who has not presented meager solutions to the increasing number of judicial demands in health, it is proposed a bibliographical study, using the hypothetical deductive approach method. It was verified that the non-observance of limits in the judicialization of health can result in social and legal insecurity, and the judiciary, through its action, benefits some economic follow-ups to the detriment of others. In this sense, the report pointed out some suggestions of interpretation and solution to such demands, exploring the preponderant factors for such an increase in the judicialization of health in Brazil.

Key words: Fundamental rights; Right to health; Judicialization; Constitutional Jurisdiction; Reservation of the possible.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Conselho Nacional de Justiça lançou um relatório, neste ano (2019), em que são demonstrados os números das ações em trâmite sobre o tema no Brasil. E a partir deste relatório foi possível visualizar, por meio da coleta de dados realizada, que ocorreu um aumento exponencial nos últimos das demandas judiciais em âmbito nacional.



Neste contexto é que ocorre o fenômeno chamado de judicialização do cotidiano, em que o judiciário é provocado a proferir decisões que no fim ao cabo acabam por interferir em decisões típicas de outro poder. Nas palavras de Barroso (2012), a “judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do judiciário (BARROSO, 2012, p. 7).

A saúde no Brasil é um direito fundamental de responsabilidade prestacional do Estado seja na forma direta ou por meio de políticas públicas que garantam o acesso a ela. Sabe-se que a cegueira física, mental e social são fatores relevantes para a própria aferição da dignidade da pessoa humana, que vem a ser o meta princípio constitucional do Estado Brasileiro (SARLET, 2007).

Desta forma, sabendo da fundamentalidade do direito a saúde, e o fenômeno da judicialização crescendo, faz-nos acreditar que possa existir uma falibilidade do executivo em suas ações. Assim, cabe analisar os aspectos sobre este fenômeno que acaba colocando o judiciário na linha de frente da execução (ou garantia do cumprimento) das políticas públicas na área da saúde.

Tendo em vista o estudo realizado pelo C.N.J. teve como enfoque trazer observações a serem adotadas pelos magistrados como melhorar condições da formação de magistrados para melhor entenderem o fenômeno. De outro ponto, o problema do presente estudo é explorar quais fatores são preponderantes para tal aumento da judicialização no Brasil além dos apontados no relatório? Fazendo uma análise dos números apontados no “Relatório Analítico Propositivo Justiça e Pesquisa – Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causa e propostas de solução”.

Assim a presente pesquisa será realizada com método bibliográfico aonde será realizada uma análise dos dados obtidos no “Relatório Analítico Propositivo Justiça e Pesquisa – Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causa e propostas de solução” e serão expandidos seus limites para procurar outros fatores impactantes para o aumento do fenômeno da judicialização da saúde.

2. DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS



Os direitos sociais têm sua construção com as grandes ebulições sociais (BOBBIO, 1992) e, que, pois vão sendo moldados por meio de novas reivindicações sociais, como intervenção demasiada do estado, ou a falta dela. Assim, tem-se a existência de até quatro gerações (BONAVIDES, 2006). Apenas para destaque, a título de *obiter dictum*, o termo gerações é debatido na doutrina, pois, pois parte dela entende como sendo mais correta a terminologia de dimensões, porém não é objeto deste estudo – não por ser fato de pouca importância, mas porque a temática proposta diverge desta – que é, de primeiro momento, rememorar a construção dos direitos sociais e para tanto será utilizado o termo gerações.

Para o estudo das gerações de direito é impossível a dissociação de um estudo sobre a própria formação de Estado, justamente pelo fato de que as gerações tem direta relação com revoluções sociais para a garantia de direitos que eram severamente favoráveis ao Estado ou até inexistentes para a população (BOBBIO, 1992). Nesta esteira, os direitos de primeira geração surgem no Estado Absolutista por meio das revoltas populares como as revoluções liberais francesas e americanas com o cunho de separar rigidamente as funções do Estado e do Privado por meio de direitos negativos, desta forma, pode-se inferir que nesta geração ocorreu o surgimento do direito à vida, à liberdade de expressão, à participação política e à propriedade, configurando, desta forma, os direitos prestacionais negativos de não intervenção estatal (CARA, 2010).

Os direitos de segunda geração, em complementação dos negativos, surgem após a primeira guerra mundial, aonde a população empobrecida pela guerra se encontrava fragilizada e com carências básicas como alimentação, saúde, educação entre outros tantos, motivo pelo qual as reivindicações passaram a ser de que o Estado deveria prestar esse atendimento de forma a suprir esta necessidade. Desta forma, temos que os direitos de segunda geração são dicotômicos aos da primeira justamente porque são prestações positivas em que o Estado se compromete a cumprir, são direitos prestacionais do estado. Neste sentido, preleciona Marmelstein:

[...] os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida[...] (MARMELESTEIN, 2008, p. 50).



Na mesma esteira de que é dependente de contextualização histórica dos Estados, mister rememorar que os direitos da terceira geração foram produzidos sob um mundo que clamava por mais importância e respeito ao homem pois acabará de encerrar a segunda guerra mundial. Desta forma, os direitos de terceira geração são os ligados ao coletivo, como o direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à auto determinação dos povos e outros, cuidando-se aí de direitos de grupos (SARLET, 2007).

Ainda, existem os direitos de quarta geração, os quais na visão de Bobbio, “tratam-se dos direitos à engenharia genética” (BOBBIO, 1992, p. 6). Nesse sentido, merece destaque a divergência de classificação, ainda mais quanto afirmasse existir direitos de quinta geração, porém, tendo em vista que discorrer sobre tais assuntos causaria maior tangibilidade sobre a temática central do artigo, não existe motivação para continuar a discorrer exaustivamente sobre as gerações, mas apenas realizar este breve aparte.

Caracterizado os direitos fundamentais sociais, passa-se a realizar um melhor delineamento da Constituição de 1988 que assegura, por parte do Estado, a promoção de políticas públicas para fins de concretização desses direitos sociais. Mister inferir que que Carta Magna trouxe como responsabilidade para concretização de um Estado – objetivos da República - a efetivação destes direitos para fins de garantia da dignidade da pessoa humana e do próprio Estado (SARLET, 2012).

O princípio da Dignidade da pessoa humana merece destaque na construção do estado democrático de direito, sendo a própria consubstanciação da construção deste estado, agindo como meta princípio de valor a ser atingido por toda a sociedade. Nas palavras de Sarlet (2012):

“[...] a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chega afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como o “alfa-ômega” do sistema de liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 91)

Para fins de atingimento do exposto acima, o Estado se utiliza de instituições para garantir os direitos sociais e também de políticas públicas. Ao falarmos de



instituições e, atendo-se especificamente a questão da saúde, é que existe o Sistema Único de Saúde.

As políticas públicas têm como característica ações de interesses econômicos e políticos que são colocados por meio de práticas clientelistas e assistencialistas (OLIVEIRA e COSTA, 2011). As políticas públicas as ações do estatais de cunho assistencialista para interferir na diminuição da desigualdade social e causa, por consequência lógica, maior proteção social.

O detentor de capacidade para implementação de políticas públicas é o Estado, por meio de seu governante,, desta forma fica claro que dependerão – as ações afirmativas – de um plano estratégico político governamental voltado para determinada classe social necessitada. desta forma, quer dizer que caberá a administração pública, portanto poder executivo, por força de prerrogativa constitucional – definir quais os melhores meios, dentro da sua discricionariedade, quais as melhores atendem a população.

As políticas públicas agem em sede de complementação da legislação, uma vez que esta tem como característica a não especificidade, ou seja, a concretização eficaz dos princípios (ÁVILA, 2006) tem dependência, muitas vezes das políticas públicas, pois conferem a sua eficácia de atendimento específico a determinada situação (OLIVEIRA e COSTA, 2011). Assim, o que está a se dizer é que não basta a mera previsão normativa na Carta Constitucional que a saúde deverá ser prestada a todos de forma igualitária se o Estado não conseguir colocar em prática tal situação, ou seja, deverá buscar a eficácia da norma, o que, por muitas vezes ocorre por meio de políticas públicas.

De toda sorte, cabe aqui falar, mesmo que brevemente, sobre a historicidade dos Estados constitucionais, os quais tinham como característica marcante a centralidade legal com a supremacia do parlamento, uma vez que a constituição era entendida como um documento político aonde as normas não eram aplicáveis de forma direta. Aliás, inexistia -ou era ínfimo – o controle de constitucionalidade das normas produzidas pelo legislativo.

Na conjuntura mundial atual, os Estados Democráticos de Direito se caracterizam pela carta política, porém, com direitos exigíveis (segunda geração e terceira). Assim, neste novo modelo, podemos dizer que vigoram a disciplina das leis em conformidade com a carta política, bem como também estabelece deveres



prestacionais a serem prestados pelo Estado. Mister destacar a centralidade da Constituição e a Supremacia judicial, uma vez que este é o órgão responsável pela interpretação final e vinculante sobre a análise da norma perante a Carta Política (BARROSO, 2012).

A jurisdição constitucional atua de duas formas particulares, quais sejam, aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas e a segunda atuação refere-se a interpretação para aferição de validade de determinada norma infraconstitucional. Pode-se dizer que na primeira situação temos a aplicação imediata da norma e na segunda temos a atuação de juízes e tribunais na interpretação da norma (BARROSO, 2012).

Juntamente com a evolução do judiciário por meio de independência funcional criou um maior empoderamento, que, por sua vez, deixou a letra legal constitucional mais a mercê de interpretações judiciais, seja pela falta dos agentes ou seja pela má formação de legislação, fazendo com o o judiciário acabe tomando para si o papel de protagonista. Em outras palavras, podemos dizer que a ineficiência de outros poderes acaba fazendo do judiciário uma força de garantia da eficácia constitucional e, por determinação constitucional afirmando que não poderá se eximir de julgar, é que este órgão absorve tal intuito com suas decisões sobre determinada matéria, fazendo com que ocorra o fenômeno da judicialização.

Apesar de existirem inúmeras situações possíveis de elencar para elucidar o fenômeno da judicialização, duas chamam a atenção, quais sejam, desilusão com a política e o “medo” dos atores políticos (BARROSO, 2012).

A desilusão política é a falta de representatividade dos parlamentares, uma vez que a credibilidade/legitimidade na tomada de decisões demonstram serem pouco técnicas. Desta forma, quer dizer-se que os legisladores não conseguem tomar decisões eficazes que atendam a demanda da população no tempo necessário, ou ainda suas decisões não têm meramente o cunho de propiciar determinado direito a população. A segunda, refere-se a falta de vontade real do legislativo em resolver a problemática, pois, consabido é que o mandatário eleito, para não perder votos de uma determinada localidade, acaba por não querer resolver questões polêmicas, obrigando, portanto, o judiciário a dar a resposta que se apresenta mais adequada (BARROSO, 2012).



Assim, trazendo para uma esfera municipal da saúde, podemos colocar uma situação hipotética em que determina município “X” recebe uma emenda parlamentar – conseguida por meio de apoio político - para a instalação de um posto de saúde e adota como mais correta a instalação desta centro em uma localidade que, mesmo com pouca demanda e até certa dificuldade de acesso, terá maiores condições de aproximar determinado gestor público de angariar votos daquele determinado grupo de pessoas. Na situação acima descrita, vemos os fatores citados pelo Ministro Luís Roberto Barroso como sendo principais problemas para efetivação da política pública e a sua busca por meio judicial. Pode-se, para facilitar a compreensão, dizer que o judiciário é procurado pela ineficiência de outro poder e devido a inafastabilidade de julgar é obrigado a conceder o direito, o que acaba por satisfazer – em certa parte – a administração política por não gerar desgaste.

Veja-se que a cada ano que passa o número de ações que aportam ao judiciário para que este poder decida sobre políticas públicas e sobre o cotidiano é cada vez maior, motivo pelo qual tem sido alvo de intensos trabalhos dos pesquisadores para achar um meio termo nesta interferência de um poder em outro. Assim, o Judiciário acaba interferindo na esfera do orçamento da administração pública, uma vez que as ações impactam fortemente nos valores despendidos, sejam com os medicamentos que não passaram por licitação de menor preço, pelo aparato envolvido para dar contas destas demandas ou até pelas medidas judiciais de bloqueio de valores do erário público.

3. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO

O termo “saúde”, segundo consta no no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, “[...] é o *completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos*”. Este conceito, formulado e encrustado na Constituição da Organização Mundial da Saude no ano de 1946, que mister rememorar era extremamente avançado para época, trouxe no seu bojo uma completude de situações, que, quando estiverem presentes poderá ser considerado saúde.



O norte para a própria conceituação da saúde no ordenamento brasileiro, por óbvio, não está desassociada do conceito já delineado, inclusive sendo a saúde ser considerada com um direito social necessário a manutenção da vida e usufruível por todos. Acontece, porém, nos dias atuais que o debate em torno do tema saúde não tem somente o viés de sua conceituação, mas sim da forma com que o Estado fornece tal direito, pois a eficácia das medidas estatais no controle da saúde talvez não tenha surtido o efeito esperado.

Desta forma, tem-se que a saúde, assim como qualquer direito social, não pode ser analisado somente sobre um contexto de eficiência, mas sim de sua eficácia prestacional. Ainda, na visão de Dallari, afirma que aos “direitos sociais e as externalidades que não podem ser internalizadas na avaliação da saúde enquanto bem econômico” (DALLARI, 1987, p. 15).

Nunca é demasiado lembrar que durante muito tempo a saúde, em especial no Brasil, era direito apenas concedido ao cidadão de maior ascendência social, pois o pobre não tinha o suporte adequado de saúde. Aliás, o golpe militar com sua posterior Constituição, em 1969, previa subsidiariedade do Estado na prestação da saúde, ou seja, realizou a mercantilização da saúde, uma vez que o objetivo do governo era a abertura de empresas, incluindo-se, portanto, as clínicas médicas, o que acabava por obstaculizar o acesso eficaz da camada pobre da sociedade à saúde (MATHIAS, 2018).

Sob este aspecto é que é possível inferir que a Carta Cidadão de 1988 é que trouxe um grande marco no sentido prestacional da saúde em âmbito nacional, pois passou-se a ter seu reconhecimento inerente ao homem. Ainda, é possível dizer que tal posicionamento adotado pela carta Constitucional também se deve a uma série de movimento pós-segunda guerra mundial que influenciaram, como a Declaração Universal do Direitos do Homem (art. 25³, §1^o) Tratado de Roma (arts. 3^o, alínea ‘o’ e 36), Carta de Otawa, entre outros tantos documentos. (SILVA, 2002).

A Carta magna de 1988 abarca o direito a saúde como sendo da ordem da seguridade social, cuja fundação é destinar-se a assegurar e tornar eficaz o direito

³ Artigo 25. §1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.



à saúde (SILVA, 2002). Desta forma, a evolução conduziu à seguinte concepção na nossa Constituição Federal de 1988

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Apesar de diversas obstaculizações ao longo do tempo, geralmente condicionados por camadas sociais mais privilegiadas e retrógradas, é inegável que têm ocorrido diversos avanços na luta pelo estabelecimento de melhores condições de vida aos brasileiros, em especial à saúde. Assim, fica evidente o rompimento da, outrora utilizada, concepção limitante e individualista que determinava o direito a saúde como sendo exclusivamente aos oferecimentos de serviços médicos hospitalares, dos quais somente os que compunham a alta classe social tinha acesso, enquanto que aos menos abastados e pobres apenas restava apenas os serviços básicos e que ainda deveriam ser considerados como um favor por parte do Estado (CARVALHO e SANTOS, 1995).

Os direitos sociais, devido a sua própria natureza geracional, apresentam-se em uma vertente negativa e uma positiva, aonde a primeira busca a não intervenção prejudicial do Estado, ou seja, o ente não poderá agir de modo a dificultar ou diminuir o acesso à população; a segunda vertente, em dicotomia com a primeira, é justamente a intervenção estatal para que cumpra com a sua prestação devida e garanta o direito da população em obter a saúde, nas suas várias concepções. (SILVA, 2002).

Conforme se extrai dos artigos 196 e 197, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é possível a averiguação da importância das ações públicas que visem garantir as ações positivas, serviços de saúde, regulamentações e fiscalização. Assim, tem-se que o poder público é que deve implantar medidas, podendo inclusive obter participação de terceiros, para garantir o acesso à saúde, inclusive porque o fato de incolumidade física tem relação direta com a própria dignidade da pessoa humana.(MORAES, 2001).

Neste norte, o Direito à Saúde trata de um direito positivo de segunda geração, pelo qual exige determinadas prestações do Estado e que fixa aos entes públicos a realização de funções prestacionais assistenciais, das quais o



cumprimento depende a própria realização do direito (SILVA, 2002). Assim, infere-se que a saúde é um bem jurídico tutelado extensivo a todas as pessoas que estejam sujeitas à ordem jurídica brasileira. Logo é intolerável que uma pessoa, ou mesmo a coletividade, possa ser ferida nesse direito, sem que as normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras sejam diretamente atingidas (DIAS, 2001).

4. AGENTES CAUSADORES DA JUDICIALIZAÇÃO

A administração pública, conforme já disciplinado ao longo do artigo tem uma grande demanda de gastos na manutenção da saúde da população, justamente pelo fato de sua forma universal, gratuita e de acesso a todos. Mister realizar um necessário aparte para que se faça uma análise sobre dois princípios que acabam se chocando em determinada aplicação no caso prático.

Consciente de que existe um dever do Estado, também é importante inferir que tais prestações exigem vultuosos custos e que os valores disponíveis finitos e, que, devem se submetem a um rigoroso sistema de orçamentos públicos que garantem o financiamento das prestações à saúde. Assim, tem-se que o Poder Executivo é que detém o poder de propositura do orçamento e seu planejamento. Veja-se que o poder judiciário não é parte capaz de oferecimento da Lei orçamentária, salvo na condição de demonstrar sua própria dotação orçamentária ao executivo, conforme preleção do art. 99, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste sentido, as decisões judiciais que determinam o fornecimento de determinado fármaco, não estando na lista RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – acabam interferindo no impacto orçamentário da administração pública, pois o dinheiro orçado para compra de medicamentos era “x” e com as decisões passam a ser “xx”. É melhor rememorar que por determinação legal, os entes públicos da administração direta apresentam plano orçamentário anual com a pretensão de orçar o mais próximo possível do total de receitas públicas e despesas e, devido ao processo de judicialização, as despesas que não tinham como serem orçadas acabam interferindo neste fino liame entre despesas e receitas públicas.



A despesa pública, após aprovada pelo poder legislativo, cria uma relação obrigacional dos entes com o valor orçado e aprovado, pois a administração pública para atender as necessidades sociais, deve manter o direcionamento exato das despesas nos locais já propostos pela sua L.O.A. (Lei Orçamentária Anual). Aliás, neste ponto, vale lembrar as três Leis orçamentárias no ordenamento jurídico atual, quais sejam a Lei Plurianual, Lei de Diretrizes orçamentárias e Lei Orçamentária Anual.

Assim, o orçamento plurianual regulamenta as diretrizes, objetivos e metas da administração pública (art. 165, §1º da C.R.F.B./88). A Lei de diretrizes orçamentárias são as prioridades e metas da administração pública (art. 165, §2º da C.R.F.B./88). A Lei orçamentária anual é a que traz o orçamento propriamente dito com as receitas e despesas (art. 165, §3º da C.R.F.B./88). Ainda, deve-se, a administração pública, prezar pela correta observância das regras da Lei de Responsabilidade fiscal – LRF -, com atenção especial ao artigo 9º, o qual preleciona sobre o empenho e movimentação financeira quando o relatório bimestral apontar indícios de que a receita talvez possa não cumprir com as metas de resultado primário ou nominal que foram estabelecidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO - (HARADA, 2017).

Desta forma, torna-se claro que é impossível exigir que administração pública saiba os valores que serão dispendidos para o suporte à saúde, pois além do repasse mínimo obrigatório de 10%, ainda existirá o valor que dependente de um número incerto de demandas judiciais deferidas, seja em sede de tutela provisória ou decisão com trânsito em julgado. Assim, é forçoso reconhecer que devido a prestação deficitária da saúde e a impossibilidade de arcar com todas as doenças existem é que a administração pública provavelmente será sempre cercada por medidas judiciais prestacionais afim de garantir o direito à saúde. Por consequência lógica o seu capital econômico ficará mais restrito, mas o que se está a discutir não é a fundamentalidade da prestação do direito e sim o desequilíbrio que o aumento massivo destes pedidos tem causado nos orçamentos públicos., causando desequilíbrio nas contas públicas.

Veja-se o que diz o “Relatório Analítico Propositivo Justiça e Pesquisa – Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causa e propostas de solução” (2019):



Figura 1: Número de Processos em Primeira Instância 2008-2017

TJ	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL
TJAC	0	0	3	9	44	116	217	175	257	266	1.087
TJAL	2	441	1.197	1.103	1.929	1.169	640	1.623	2.935	2.871	13.910
TJCE	159	954	906	1.353	2.410	4.086	4.654	14.759	5.843	28.025	63.149
TJDFT	0	0	1	3	10	26	44	136	585	2.663	3.468
TJES	3	3	8	9	10	31	24	31	46	67	232
TJMA	555	2.244	4.106	4.154	3.438	2.355	2.589	2.186	2.238	2.411	26.276
TJMG	36	376	627	762	1.159	1.836	1.998	2.268	3.625	5.546	18.233
TJMS	39	53	701	1.188	1.986	2.908	4.046	3.940	5.684	5.825	26.370
TJMT	452	2.006	2.362	1.995	2.262	2.151	2.677	1.508	1.495	1.123	18.031
TJPE	529	2.241	2.474	3.245	8.228	12.206	5.531	5.041	6.011	6.261	51.767
TJPI	0	7	7	7	12	23	40	67	41	61	265
TJRJ	36.908	18.390	3.954	23	15	41	115	182	122	173	59.923
TJRN	266	1.406	2.106	2.519	2.484	2.514	2.811	2.483	2.698	4.092	23.379
TJRO	0	0	180	226	579	1.231	308	455	3	0	2.982
TJSC	182	235	388	485	899	1.970	4.561	7.010	8.387	12.303	36.420
TJSP	2.317	3.746	7.729	9.379	14.022	16.531	19.627	21.518	21.356	23.465	139.690
TJTO	5	1	4	42	103	180	254	471	584	600	2.244
TOTAL	41.453	32.103	26.753	26.502	39.590	49.374	50.136	63.853	61.910	95.752	487.426

Fonte: Relatório Analítico Propositivo Justiça e Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: o perfil das demandas, causas e propostas de solução

Em sede de segunda instâncias, conforme mesmo relatório do Conselho Nacional de Justiça:

Figura 2 - Número de Processos Segunda Instância 2008-2017

TJ	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL
TJAC	1	0	12	45	17	45	140	70	112	207	649
TJAL	2	12	443	1.387	1.510	855	904	393	222	624	6.352
TJCE	488	5.172	4.322	5.749	4.535	3.405	2.678	3.709	4.791	5.092	39.941
TJES	0	1	2	6	54	184	155	157	194	188	941
TJMA	0	0	0	96	232	373	656	678	606	509	3.150
TJMG	647	2.439	3.235	4.265	6.537	6.445	7.404	8.612	9.453	10.397	59.434
TJMS	13	93	966	1.186	1.209	1.967	2.381	2.067	2.685	2.950	15.517
TJMT	198	2.207	2.813	2.555	0	0	0	0	146	558	8.477
TJPE	307	1.828	2.206	2.412	2.546	1.820	2.618	3.707	4.349	3.810	25.603
TJPI	0	1	0	20	5	35	62	41	70	88	322
TJRJ	1.293	9.139	7.780	8.873	9.434	10.326	11.423	11.840	10.454	12.517	93.079
TJRN	0	0	0	0	0	0	39	197	322	397	955
TJRO	15	38	73	52	76	44	14	26	27	25	390
TJSC	5	1.081	1.101	838	954	1.034	1.110	1.946	3.191	3.067	14.327
TJTO	0	0	0	1	25	45	64	135	185	229	684
TOTAL	2.969	22.011	22.953	27.485	27.134	26.578	29.648	33.578	36.807	40.658	269.821

Figura 20: Número de Processos Segunda Instância 2008-2017⁶

Fonte: Elaboração Própria.

Fonte: Fonte: Relatório Analítico Propositivo Justiça e Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: o perfil das demandas, causas e propostas de solução

Ao analisar o relatório, é possível verificar o aumento exponencial da judicialização da saúde em âmbito nacional. Note-se que de apenas 41.453, ações referentes a medicamentos, ocorreu um salto nos últimos nove anos para 487.426 ações, em primeiro grau de jurisdição, totalizando um aumento de 1175% (mil cento



e setenta e cinco por cento) de ações que visam a prestação de determinadas prestações à saúde, seja no âmbito ambulatorial ou de medicamentos, por óbvio que acaba interferindo na relação orçamentária.

De mesmo ponto, vale inferir que a judicialização das demandas também assoberba o judiciário nos graus recursais, pois conforme o estudo elaborado pelo C.N.J., em sede de segundo grau, houve um aumento em 266.852 (duzentas e sessenta e seis mil oitocentos e cinquenta e duas ações) tramitando nos tribunais de justiça estaduais. Ao analisarmos o número de ajuizamento de ações, fica clara a existência de nexos causal entre o judiciário e a possibilidade deste estar interferindo na esfera orçamentária e conseqüentemente, de modo dicotômico, ao assegurar o direito fundamental à saúde, pode, por outro lado, estar obstaculizando outro direito fundamental para a população, uma vez que existe finitude dos recursos financeiros do erário.

Sobre a judicialização é interessante realizar uma pequena diferenciação com outro tema bastante relevante que é o do ativismo judicial, pois apesar de serem distintos, em alguns momentos pode ocorrer um inter-relacionamento de assuntos que acabam por “embaralhar a temática”. O ativismo judicial é um fenômeno conhecido pelo agir do magistrado de forma que sua fundamentação e decisão extrapolem das próprias competências, enquanto que na judicialização o que ocorre é uma decisão dentro dos limites constitucionais legais. Desta forma, quer dizer-se que enquanto um é apenas formado por decisões reiteradas de determinada temática, a outra é apenas uma lixeira que resulta em uma decisão que extrapola competência (BARROSO, 2012).

Portanto, a prestação jurisdicional só é possível porque o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade adotou um misto da matriz americana e europeia, conferindo competência para todo juiz possa se pronunciar sobre a constitucionalidade de determinado dispositivo legal aplicado ao caso concreto. Assim, a “judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do judiciário (BARROSO, 2012, p. 7)”.

Barroso (2012) elenca três situações em que podem acabar gerando a problemática da judicialização, são elas: (I) Judiciário Forte; (II) Desilusão Política; e (III) Atores Políticos.



Ao tratar de judiciário forte se guarda relação com a ascensão institucional e independente. A desilusão política é claramente um evento histórico em que ocorreu o inverso do poder judiciário, pois a população desacredita nas suas lideranças políticas, uma vez que a instalação da corrupção sistemática acabou por desprestigiar esta instituição, o que faz diminuir a credibilidade institucional. Em última análise destes destaques, aparecem os atores políticos fracos, pois muitas das políticas ou de controle de políticas públicas demandam de um chefe de executivo forte e que estará pronto para tomar medidas desafiadoras, que gerem inclusive desgaste político (como possíveis perdas de votos) (BARROSO, 2012).

Motta e Sonagli (2015) referem ainda a possibilidade da interferência da própria indústria farmacêutica como fator de influência sobre a judicialização das demandas de falta de medicamentos. Tal situação pode ser caracterizada como parte do Lobby do setor industrial (MOTTA e SONAGLI, 2015).

Apenas a título de melhor quantificação sobre a possibilidade de o Lobby ser considerado um fator preponderante para o aumento das demandas é possível verificar que em um estudo realizado por Fagundes et al, identifiquei que 98% dos médicos recebem visitas regulares de representantes comerciais; 86% recebem brindes; 68% acreditam na influência direta da propaganda sobre a prescrição; 14% afirmaram prescrever medicamentos devido ao recebimento de prêmios; e 68% acreditam existir inverdades nas informações das peças publicitárias (FAGUNDES, SOARES, *et al.*, 2007).

O julgador é adstrito as provas colhidas e colacionadas aos autos, motivo pelo qual o obriga a sentenciar conforme as provas que se encontram nos autos. Acontece, que, no caso da saúde, a prova é justamente fornecida por meio de laudos periciais ou ambulatórias que são quase que na totalidade advindos de médicos, motivo pelo qual o procedimento judicial pode estar malucado antes mesmo do ajuizamento.

Neste sentido, o presente estudo não se presta para dizer que a judicialização e o aumento do gasto público é apenas causado pelo poder judiciários, mas dizer que é uma série multifatorial de agentes causadores. Levando-se em consideração que o erário público pertence a coletividade e é ele o afetado, podemos dizer que no fim ao cabo é a população que acaba com os reais prejuízos.



O tema é tão preocupante que o gasto do Ministério da Saúde com medicamentos obrigados a ser fornecidos, por força judicial, passou de R\$ 2,5 milhões em 2005 para aproximadamente R\$ 266 milhões (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO e MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012). O número assusta e, ao mesmo tempo, denuncia a situação que cada vez mais se mostra comum.

Em rumo de finalização é que podemos afirmar, portanto, que a judicialização da saúde é um fenômeno que engloba várias variáveis possíveis e que geram instabilidade na Lei Orçamentária dos entes públicos. Assim, quer dizer-se que o presente artigo não se presta a analisar o fenômeno da judicialização como um tema multifatorial complexo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando a finalização deste artigo, onde se buscou inicialmente, construir uma base histórica para construção dos direitos sociais no tempo. A importância da contextualização temporal é devida porque uma característica dos direitos sociais é justamente a sua construção por meio das gerações que se utilizam de construções históricas, geralmente marcadas por revoltas populares (BOBBIO, 1992).

Neste sentido, sempre é bom rememorar que é a própria construção histórica que denota a importância, para o Estado, da repartição de poderes e as suas determinadas competências, que em nosso ordenamento atual se regula por meio de um sistema de freios e contrapesos para que um não sobrepuje o outro e o Estado possa sobreviver livre das arbitrariedades de determinado poder em detrimento do outro. Por óbvio, ao tratarmos de judicialização, estamos justamente trazendo, por não raras vezes, problemas que deveriam ser resolvidos dentro da esfera administrativa dos órgãos executivos, os quais tem a função de aplicar as medidas sociais que a carta constitucional.

Assim, levando em consideração a pergunta inicial: “quais fatores são preponderantes para tal aumento da judicialização no Brasil além dos apontados no relatório?”.

Chegou-se a conclusão de que o fenômeno da judicialização é altamente complexo devido a sua pluridimensão, uma vez que existem uma gama multifatorial



de agentes que interferem diretamente no seu aumento, porém, o que ganharam destaque são o Lobby das indústrias farmacêuticas, fortalecimento do judiciário, desilusão política e descrença política.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO; MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Intervenção Judicial na saúde pública: panorama**. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, janeiro 2012.

BOBBIO, N. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. **Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 4 DE MAIO DE 2000**. Brasília: Senado Federal, 2000.

CARA, J. C. D. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010.

DALLARI, D. D. A. **A saúde do brasileiro**. São Paulo: Moderna, 1987.

FAGUNDES, M. J. D. et al. Análise bioética da propaganda e publicidade de medicamentos. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 1, n. 12, p. 221-229, 2007.

HARADA, K. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2017.

INSTITUIÇÃO DE ENSINO E PESQUISA - INSPER. **Relatório Analítico Propositivo - Justiça Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília - DF. 2019.

MARMELSTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MATHIAS, M. Antes do SUS: como se (des)organizava a saúde no Brasil sob a ditadura. **Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio**, Rio de Janeiro, 2018.



Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/antes-do-sus>>.
Acesso em: 20 mar. 2019.

MORAES, A. D. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001.

MOTTA, C. E. P. M. D. S.; SONAGLI, J. A liberação de medicamentos em demandas judiciais às custas do Sistema Único de Saúde e o lobby da indústria farmacêutica. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 42, p. 115-140, Março 2015.

NUNES JUNIOR, V. S. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade judicial de direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, K. C. S.; COSTA, J. C. Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. **Revista de Direito Brasileira**, Porto Alegre, p. 77-99, Dezembro 2011. ISSN 2358-1352.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **Reserwa do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, D. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.