

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: AVALIAÇÃO DO IMPACTO DAS COMPRAS DE MEDICAMENTOS POR DEMANDA JUDICIAL NO ORÇAMENTO FEDERAL DA SAÚDE

HEALTH LITIGATION: IMPACT ASSESSMENT OF JUDICIAL DEMAND FOR DRUG PURCHASE IN THE FEDERAL HEALTH BUDGET

Bruno Loureiro Mahé

SUMÁRIO

Introdução	2
Da judicialização da saúde	4
Das consequências da judicialização da saúde	9
Do impacto das compras de medicamento no orçamento federal da saúde	20
Conclusão	27
Referências Bibliográficas	30

RESUMO

O presente artigo objetiva avaliar o impacto das compras de medicamentos por demanda judicial por parte do Ministério da Saúde no orçamento federal da saúde. A discussão inicia-se abordando a importância do direito à saúde no contexto da Constituição Federal de 1988. Em seguida, faz-se uma análise das consequências da judicialização da saúde, com pesquisa na jurisprudência pátria recente sobre o assunto. Por fim, são demonstrados os resultados da coleta dos extratos do Diário Oficial da União (DOU) referentes a compras de medicamentos por demanda judicial pelo Ministério da Saúde ocorridas nos anos de 2011 a 2015. Conclui-se que embora esse impacto ainda seja pequeno demonstra forte tendência de crescimento, demandando maior atenção e concentração de esforços por parte dos órgãos ligados à Justiça e à Administração Pública, no sentido de mitigar seus efeitos negativos.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Direito à saúde. Orçamento federal da saúde. Compra pública de medicamentos.

ABSTRACT

The paper aims to evaluate the impact of the judicial demand for drug purchase in the federal health budget. It begins analyzing the importance of the right to health in the 1988 Federal Constitution context. In sequence, there is an evaluation of the consequences of health litigation by the exam of the recent national jurisprudence about this issue. Following the exams, the paper demonstrates the results of the extracts from the Federal Official Journal (DOU) about all the judicial demand for federal drug purchases occurred since 2011 until 2015. Finally, it concludes that even though this impact is currently irrelevant it indicates a strong growth trend, witch demands more attention and efforts from the Judicial and Administrative public organs to reduce its negative effects.

Keywords: Health litigation. Right to health. Federal public health budget. Public drug purchase.

INTRODUÇÃO

A configuração do Estado Democrático de Direito no Brasil iniciou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A chamada Constituição Cidadã representou um marco na mudança do regime jurídico nacional, principalmente no que concerne ao fortalecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, dentre eles o direito à saúde.

Nesse contexto, o direito à saúde foi alçado a norma constitucional, tornando-se um direito de todos e dever do Estado, nos termos da vigente Carta Maior. Ademais, tal direito encontrou grande respaldo com o advento do Sistema Único de Saúde (SUS), cujos princípios de universalidade de acesso, integralidade e igualdade de assistência reverberaram os anseios da sociedade da época por um sistema público de saúde robusto, capaz de atender a toda população brasileira.

A consolidação dos direitos sociais advindos do novo modelo constitucional deparou, todavia, com a precariedade fática dos diferentes sistemas públicos nacionais destinados à prestação dos serviços sociais. No setor da saúde tal situação não se mostrou diferente, pois várias fragilidades se mostraram presentes na concretização dos ideais constitucionais. Desde a concepção do SUS, diversos problemas foram detectados e passaram a fazer parte do cotidiano do povo brasileiro, evidenciando casos de falta de assistência ou de má prestação de serviços públicos de saúde nos diversos níveis de atendimento, em todo o território nacional.

Diante disso, percebeu-se uma crescente busca à justiça como meio para se providenciar o adequado atendimento no sistema público de saúde. Diversas ações judiciais começaram a ser interpostas por meio de advogados, defensores públicos ou membros de Ministério Público, com intuito de se obter a regular prestação dos mais diversos tipos de serviços de saúde, desde atendimentos clínicos simples e regularmente previstos no sistema público a cirurgias complexas em hospitais de referência ou tratamentos experimentais no exterior. Tal fenômeno ficou conhecido como judicialização da saúde ou judicialização do direito à saúde.

A proposição de ações judiciais visando a compra e disponibilização de medicamentos pelo SUS é uma das vertentes desse fenômeno e geralmente tende a ser associada a um grande impacto no orçamento, tendo em vista que em muitos casos os valores dos fármacos

requisitados judicialmente são muito altos. O levantamento de dados concretos acerca do quantitativo dessas compras e de seu impacto no orçamento público, no entanto, não é corriqueiramente realizado, considerando-se, muitas vezes, apenas dados esporádicos e não sistematizados.

O tema possui, dessa forma, enorme relevância política, social e econômica, haja vista interferir diretamente na elaboração dos orçamentos de saúde, bem como na elaboração e execução das políticas de saúde, no caso, especificamente no que se refere à política de assistência farmacêutica na esfera federal.

Dessa forma, os objetivos do presente trabalho são: realizar um levantamento dos valores das compras federais de medicamentos realizadas para atender à demanda judicial e avaliar o impacto dessas compras no orçamento federal da saúde, no período de 2011 a 2015.

A justificativa para realização deste exame é corroborar para o debate do tema a partir da apresentação de dados concretos que possam elucidar a real grandeza do fenômeno da judicialização da saúde, especificamente sob o ponto de vista da compra de medicamentos por demanda judicial na esfera federal.

A metodologia utilizada abordou a coleta dos dados referentes às compras de medicamentos e a comparação com dados orçamentários. No que tange à coleta de dados, utilizou-se a ferramenta de busca do site do Tribunal de Contas da União - TCU (<http://portal.tcu.gov.br/cidadao/cidadao.htm>), selecionando a pesquisa avançada no Diário Oficial da União (DOU), a partir da localização de documentos com o argumento de “demanda judicial”. Posteriormente foram filtrados os extratos do DOU referentes ao Ministério da Saúde, nos anos de 2011 a 2015. Os dados representam extratos do DOU correspondentes a dispensas e inexigibilidades de licitação, com fundamento respectivamente nos arts. 24, IV e 25, I da Lei nº 8.666/1993. Tais extratos foram lançados em planilhas Excel, de onde se filtraram os seguintes dados: número do processo, nome da empresa, CNPJ da empresa, valor por empresa, valor global e total de itens licitados. Pela somatória de todos os valores de cada processo foi possível obter: valores de compras por ano, valores de compras por empresa e quantidade de processos autuados em cada ano.

No que se refere à comparação com os dados orçamentários, realizou-se consulta no site do Ministério do Planejamento, Secretaria de Orçamento Federal (<http://www.orcamentofederal.gov.br/informacoes-orcamentarias>), no qual selecionou-se o item “função”, referente à “Execução Orçamentária”, obtendo-se a planilha denominada “Execução Orçamentária dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União – Função”,

com dados dos valores empenhados nas diversas funções de governo, no período de 2006 a 2016 (até Data Base SIAFI: 30/05/2016).

Ressalta-se que o tema de judicialização encontra-se em voga no meio acadêmico, com vários autores discutindo o assunto. Dessa forma, pretende-se perquirir, de forma sucinta, na literatura e na jurisprudência recente, sobre o conceito e as consequências desse fenômeno.

Nesse sentido, a avaliação do impacto das compras de medicamento por demanda judicial no orçamento federal da saúde poderá revelar, com dados concretos, a real escala de grandeza desse problema enfrentado pelos gestores do SUS.

DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A importância da proteção à saúde individual e, especialmente, coletiva por parte do Estado remonta há alguns séculos na história da sociedade ocidental. Alguns autores defendem que os embriões das políticas públicas em saúde teriam surgido ainda no século XV. Para Foucault (1977), “é no grande movimento compreendido pelo processo histórico dos séculos XV ao XIX, em que se estabelece a ordem capitalista na Europa, que a saúde passa a ser objeto da intervenção estatal por meio de políticas públicas”¹.

Ainda que a visão de proteção à saúde seja uma ideia relativamente antiga, é preciso dizer que tal ideologia encontrou seu apogeu como uma das prioridades do Estado com o advento do Estado de Bem-Estar Social, mundialmente conhecido como *Welfare State*. As palavras de Barros (2014) elucidam bem a fase de consolidação desse Estado:

No conjunto da Europa, a relação Estado/saúde terá sua máxima expressão após a Segunda Guerra Mundial, com a constituição do *Welfare State*, representando o desenvolvimento desse tipo particular de Estado que se denomina Estado Social e ainda hoje é muito vigoroso naquele continente. Seu princípio fundamental é expresso pelo postulado de que, independentemente da renda, todos os cidadãos têm direito a ser protegidos, com pagamento em dinheiro ou serviços, contra situações de dependência longa, tais como velhice ou invalidez, e curta, como doença, desemprego e maternidade².

A partir de então, pode-se dizer que a saúde ganhou o *status* de um direito fundamental em diversas constituições nacionais, demonstrando seu relevante papel na organização das sociedades modernas. Nesse momento em que o direito à saúde alçou a

¹ FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

² BARROS, Fernando Passos Cupertino de. Cobertura universal ou sistemas públicos universais de saúde? **Anais do Instituto de Higiene e Medicina Tropical: saúde global e doenças tropicais**, Lisboa: Portugal, 2014, v. 13, p. 87-90.

posição de norma constitucional, surgiram as definições dos meios à efetivação desses direitos, ou seja, os modelos a serem adotados por cada país para tratar da saúde pública. Com isso, dois modelos de organização de sistema de saúde se destacaram ao redor do mundo: o universal e o segmentado.

Em seu trabalho, Mendes (2004) define as diferenças entre esses modelos da seguinte forma:

O modelo público universal, seria o praticado em sociedades que se conformaram como projetos democráticos sociais, com base nos princípios da solidariedade social, tal qual é adotado no Canadá, Reino Unido, Itália e Suécia. Já o modelo segmentado, que leva em consideração os valores individualistas e de mercado, é praticado em sociedades como a dos Estados Unidos da América³.

A adoção de sistemas de modelos segmentados encontra críticas no sentido de que a afirmação de que a criação de sistemas privados para a parcela da população que pode pagar por serviços conduziria a uma sobra de recursos para o sistema público de saúde é equivocada. Nesse sentido é o discurso de Barros (2014):

Os sistemas segmentados são justificados, tal como se faz no Brasil, por um argumento de senso comum, de que ao instituírem-se sistemas privados para quem pode pagar por serviços de saúde, sobrariam mais recursos públicos para dar melhor atenção aos pobres. As evidências empíricas mostram que tal argumentação pode ser sedutora, mas é completamente equivocada [...]. Ao criar-se um subsistema público especial para os pobres, dada a pouca capacidade desses grupos de articular os seus interesses e de vocalizá-los politicamente, esse subsistema tende a ser subfinanciado e a ofertar serviços de menor qualidade⁴.

O caso do Brasil ainda é tido como uma situação particular, haja vista a existência de um modelo universal de saúde pública convivendo com um modelo de planos privados de saúde. No que tange aos planos privados, aliás, há certas ressalvas quanto a eficácia desse modelo no país, como se verifica nos argumentos de Costa *et al.* (2013):

No caso do Brasil, onde um subsistema público, o SUS, convive com um subsistema privado, representado por planos e seguros de saúde, as experiências negativas acumuladas com o atendimento oferecido por estes últimos desfazem ilusões de que unicamente o mercado seja capaz de resolver necessidades sociais⁵.

³ MENDES, Eugênio Vilaça. **O dilema do SUS**. Radis: Comunicação em Saúde, v. 25, p. 35, 2004.

⁴ BARROS, Fernando Passos Cupertino de. Cobertura universal ou sistemas públicos universais de saúde? **Anais do Instituto de Higiene e Medicina Tropical: saúde global e doenças tropicais**, Lisboa: Portugal, 2014, v. 13, p. 87-90.

⁵ COSTA, Ana Maria; BAHIA, Lígia; SCHEFFER, Mario. **Onde foi parar o sonho do SUS?**. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1395>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

Em que pese a existência de diferentes modelos de organização de sistema de saúde e as críticas relacionadas a cada um, ressalta-se que o Brasil é um dos países que adotou, na esfera pública, o modelo universal de saúde a partir da promulgação da vigente Constituição Federal.

Não custa lembrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe importantes avanços no regime jurídico brasileiro, em especial na ampliação e garantia dos direitos fundamentais, limitados no período de ditadura militar recentemente superado. Entre os direitos sociais que foram reforçados com a nova Carta Magna está o da saúde. Conforme art. 196 da 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁶.

Para assegurar o direito à saúde o constituinte originário decidiu criar o Sistema Único de Saúde (SUS), determinando que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com diretrizes (art. 198) e competências (art. 200). A regulamentação do SUS ocorreu por meio da Lei 8.080/1990⁷, por meio do Título II, arts. 4º a 19-U.

Nota-se que o constituinte originário alçou o direito à saúde a norma constitucional, estipulando-o como um dever do Estado, a ser assegurado por meio da implementação de um Sistema Único de Saúde. José Afonso da Silva (2011), aliás, considera que o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental foi um tanto quanto tardio no Brasil, como assim expõe:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica [...]⁸

O direito à saúde estaria intrinsecamente relacionado ao conceito de dignidade da pessoa humana e ao direito a vida. Conforme assevera Nunes (2002) “a dignidade é atributo

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 mai. 2016.

⁷ BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 16 mai. 2016.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 308.

inerente à essência da pessoa, porém não é possível concebê-la sem qualidade de vida, cuja concepção implica o caráter substancial da saúde⁹.

A saúde passou a ser considerada, dessa forma, como um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal pátria. Nota-se que a proteção a esse direito, como forma de proteção ao ser humano, tornou-se um objetivo maior do constitucionalismo. Nesse contexto, “a proteção do ser humano tornou-se objeto e objetivo do constitucionalismo, primeiro sob a forma de direitos do homem, depois como direitos humanos e, finalmente, como direitos fundamentais¹⁰”.

Alexandre de Moraes (2011) corrobora com a constatação de que o direito à saúde se enquadra como um direito fundamental. Suas palavras são no sentido de que:

A saúde é um direito pertencente a todos, e ainda mais, é um dever primordial do Estado, que deverá garanti-la com políticas sociais e econômicas, que atuará nos termos da lei, fiscalizando e controlando a sua execução, que poderá ser feita tanto diretamente quando por terceiros.¹¹

Não obstante a notória relevância do direito à saúde defendido pelos mencionados autores, Álvaro Ciarlini aponta algumas ressalvas em relação à disposição de acesso universal à saúde. Segundo esse autor, em que pese a importância do estabelecimento de critérios de acesso universal à saúde, tais diretrizes jurídicas e políticas, quando transpostas para o mundo vivido, repleto de contingências econômicas, financeiras, políticas, sociais e burocráticas, acabam gerando o efeito contrário, potencializando e levando ao extremo essas mesmas políticas como forma de exclusão social¹².

Outros estudiosos como Cury (2005) também asseveram que o direito à saúde está, de fato, entre os principais direitos fundamentais, tendo forte apelo social. Segundo a mencionada autora:

O direito a saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana – razão pela qual tal direito merece tratamento especial.¹³

⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹¹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.39.

¹² CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição**: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

¹³ CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

O direito à saúde é defendido, ainda, como uma questão relacionada com o efetivo exercício da cidadania, como infere Fleury (2008):

Ao considerar-se a política de saúde como uma política social, uma implicação decorrente é a de que a saúde é um dos direitos inerentes à condição de cidadania, uma vez que a participação plena dos indivíduos na sociedade política somente se realiza a partir de sua inserção como cidadãos¹⁴.

A partir do entendimento de que o direito à saúde é uma das vertentes da dignidade da pessoa humana e é encarado como um dos mais importantes direitos fundamentais de nosso sistema jurídico, várias consequências surgiram nas relações sociais e jurídicas de nosso país.

A própria concepção de um sistema único de saúde pública, de acesso universal e “gratuito”, gerou na população uma expectativa crescente por serviços de saúde em todos os níveis de assistência. Houve ainda uma conscientização sobre esse direito que ao longo do tempo tornou-se mais presente no cotidiano da população, alavancada por advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público que viram na precariedade do sistema uma brecha para uma ação mais contundente do Poder Judiciário, como uma forma de selar as lacunas existentes. Tal fenômeno ficou conhecido como judicialização da saúde.

A judicialização é conceituada como a busca da efetivação de direitos por meio do Poder Judiciário, em virtude da não atuação ou má atuação dos demais poderes. Esse é o entendimento de Luís Roberto Barroso (2012), o qual apregoa que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...]. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro¹⁵.

O contexto democrático do crescimento da judicialização abrange aspectos políticos e sociais que derivam de reivindicações populares. Acerca do tema, Ventura *et. Al* (2010) asseveram que:

No contexto democrático contemporâneo, o fenômeno da judicialização da saúde expressa reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais. O

¹⁴FLEURY, Sônia; OUVENEY, Assis Mafort. **Política de Saúde: uma política social**. Políticas e Sistema de Saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2008. p.23-64.

¹⁵BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

fenômeno envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, que vão muito além de seu componente jurídico e de gestão de serviços públicos¹⁶.

Percebe-se, ainda, uma relação nítida da judicialização da saúde com o acesso à saúde. Pode-se dizer que “a judicialização da saúde expressa problemas de acesso à saúde em seu sentido mais genérico, isto é, como uma dimensão do desempenho dos sistemas de saúde associada à oferta¹⁷”.

Há autores que fazem críticas ao que chamam de judicialização excessiva da saúde, ou seja, para eles haveria um excesso nas demandas judiciais por prestação de serviços de saúde pública. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2009) assim proclama:

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo¹⁸.

Observa-se que a judicialização acaba se revelando, também, como uma forma de acesso à justiça de alguns jurisdicionados – ou mais conscientes ou mais bem assessorados – em detrimento de uma grande maioria que ainda depende das ações governamentais, provocando consequências negativas na programação e execução das políticas de saúde.

DAS CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A partir da definição do conceito do fenômeno da judicialização da saúde, parte-se para uma análise sumária de seus principais efeitos. O primeiro deles é a interferência direta na gestão e orçamentação da saúde pública. Sendo o Sistema Único de Saúde um sistema sob

¹⁶ VENTURA, Miriam. SIMAS; Luciana. PEPE; Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da Saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n 1, 2010.

¹⁷ TRAVASSOS, Cláudia; MARTINS, Mônica. Uma revisão sobre os conceitos de acesso e utilização de serviços de saúde. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, sup. 2, p.190-198, 2004.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acessado em: 20 mai. 2016.

responsabilidade dos três entes, isto é, tripartite, essa interferência perfaz os orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Pepe *et al* (2010), tratando desse fenômeno e dos novos desafios da gestão da assistência farmacêutica, assim refletiram sobre o impacto não só no orçamento como também em questões administrativas:

Os mandados judiciais podem interferir tanto nas questões orçamentárias como administrativas, ao determinarem a entrega de medicamentos que não são de responsabilidade do ente federativo, réu na ação judicial, conforme as pactuações existentes, ou mesmo quando de responsabilidade do réu, mas não programados pelos serviços¹⁹.

A parte administrativa também está longe de ser irrelevante, tendo em vista que a logística das aquisições e distribuições dos medicamentos é uma tarefa árdua, representando, aliás, um dos grandes gargalos da área, sobretudo quando se considera a dificuldade nas relações entre os três entes nesse setor.

O impacto na gestão administrativa da saúde pública é um dos efeitos da judicialização, que, embora funcione como uma via para exercício de um direito fundamental, acaba gerando gastos não previstos para o setor, com consequências importantes na atividade administrativa dos gestores. Dessa forma, o fenômeno apresenta uma dicotomia de resultados, fornecendo meios de efetivação do direito para alguns, ao tempo em que cerceia o direito de outros, na medida em que interfere no orçamento da saúde e força o gestor a uma alteração no planejamento previamente pactuado. Essa visão é compartilhada por Marques (2008), que assim ressalta:

Se, por um lado, a crescente demanda judicial acerca do acesso a medicamentos, produtos para a saúde, cirurgias, leitos de UTI, dentre outras prestações positivas de saúde pelo Estado, representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, por outro, significa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais, garantindo as mais diversas prestações do Estado. Prestações estas que representam gastos públicos e ocasionam impactos significativos na gestão pública da saúde no país²⁰.

Imperioso se perquirir, ademais, os efeitos da judicialização do direito à saúde no âmbito judicial, isto é, averiguar como tal assunto está sendo tratado pela jurisprudência pátria. No que se refere à jurisprudência do STF, pode-se dizer que a Egrégia Corte já tem

¹⁹ PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro: n. 5, v. 15, p. 2.405-2.414. 2010.

²⁰ MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, n. 2, v. 9, p. 65-72, Jul./Out. 2008.

entendimento dominante sobre a judicialização da saúde, como se pode verificar em acórdãos e decisões monocráticas exaradas naquela Corte.

Uma decisão monocrática recorrentemente citada em vários outros julgados sobre o tema refere-se à decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, no RE 271.286 (Recurso Extraordinário, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgamento: 02/08/2000), posteriormente confirmada por meio do Acórdão referente ao Agravo Regimental interposto (RE 271286 AgR/RS, AG.REG. no Recurso Extraordinário, Relator: Min. Celso De Mello, Julgamento: 12/09/2000). Referida decisão tratou de recursos extraordinários, que, interpostos pelo Estado do Rio Grande do Sul e pelo Município de Porto Alegre, buscavam reformar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça local, consubstanciada em acórdão que reconheceu incumbir, a essas unidades federadas, com fundamento no art. 196 da Constituição da República, a obrigação de fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolverem pacientes destituídos de recursos financeiros e que sejam portadores do vírus HIV.

Pela valiosa lição trazia na decisão, merecem ser transcritos alguns excertos do documento:

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

[...]

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

[...]

Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o

mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.²¹

A análise dos trechos é de grande valia para entender o contexto do debate acerca da judicialização do direito à saúde, pois esse foi um dos embriões para os argumentos, hoje dominantes, acerca de que o direito à saúde não pode ser encarado somente como uma norma programática, sendo necessário que os entes federados de fato implementem políticas de saúde para efetivação desse direito, e o fato de que o direito à saúde deve prevalecer sobre o interesse secundário do Estado. Ressalta-se, que, com base nessas alegações, o Relator concluiu pelo não conhecimento dos recursos extraordinários.

As várias decisões exaradas nos últimos anos denotam forte indicativo de seguirem o entendimento exposto no RE 271.286. Em suma, os seguintes pontos sobre a judicialização da saúde foram observados de forma reiterada na jurisprudência recente do STF:

a) possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos poderes²²;

b) não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública e possibilidade de ocorrência de dano inverso²³;

c) ausência de comprovação acerca da violação aos princípios orçamentários, tendo em vista que cumpre aos entes federativos o papel de destinar recursos orçamentários que garantam a implementação de políticas públicas de saúde²⁴;

d) necessidade de fazer prevalecer o direito subjetivo inalienável da saúde em detrimento de um interesse financeiro e secundário do Estado²⁵;

e) o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Constituição Federal (direito à saúde) não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, de modo que cabe ao Poder Público velar por esse direito por meio da formulação e implementação de políticas

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 271.286-8 – Rio Grande do Sul**, Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. Julgamento: 02/08/2000. Publicação: DJ 23/08/2000, p. 00052.

²² ARE 928534 / SP - São Paulo; RE 975383 / CE; ARE 957728 / RJ; ARE 971144 / RJ; RE 956006 / RR; ARE 965346 / SC; ARE 831915 AgR/RR; ARE 894085 AgR/SP.

²³ ARE 928534 / SP; ARE 971144 / RJ; RE 956006 / RR; ARE 965346 / SC; STA 761 AgR/; SL 815 AgR/SP.

²⁴ RE 975383 / CE; ARE 971144 / RJ; RE 965039 / CE; RE 956006 / RR; ARE 965346 / SC.

²⁵ ARE 972693 / SP; RE 975383 / CE; ARE 957728 / RJ; ARE 971144 / RJ; RE 965039 / CE.

sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução e efetividade dos objetivos constitucionais²⁶;

f) responsabilidade solidária dos entes federativos no que tange ao fornecimento de prestações relacionadas à saúde²⁷;

g) é direito do cidadão exigir e dever do Estado fornecer medicamentos e tratamentos indispensáveis à sobrevivência, quando o cidadão não puder prover o sustento próprio sem privações, isto é, para aqueles considerados hipossuficientes²⁸;

h) possibilidade de o Poder Judiciário determinar o fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja opção de tratamento eficaz para a enfermidade²⁹;

i) possibilidade do custeio pelo Estado de medicamento ainda não registrado pela ANVISA³⁰.

Pode-se perceber, ainda, que há decisões que denotam a possibilidade de algum tipo de ressalva ou ponderação do magistrado para que as demandas sejam autorizadas. Assim, alguns pontos foram citados nas decisões como potencial de atenuar ou mesmo contraindicar a autorização da demanda judicial para prestação de serviço de saúde ou para fornecimento de medicamento, como os seguintes:

a) a teoria da "reserva do possível" tem amparo desde que demonstrado o sério comprometimento orçamentário oriundo do fornecimento do tratamento³¹;

b) necessidade de avaliação se o fármaco a ser fornecido é registrado na Anvisa³²;

c) a sentença deve se revestir de certeza, não se admitindo comando genérico e indeterminado, subordinado à ocorrência de evento futuro e incerto³³;

d) em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente³⁴.

²⁶ ARE 928534 / SP; ARE 972693 / SP; RE 975383 / CE; ARE 957728 / RJ; ARE 971144 / RJ; ARE 965274 / MG; RE 965039 / CE; RE 956006 / RR; ARE 965346 / SC; ARE 926469 AgR/DF; ARE 918052 AgR/BA.

²⁷ RE 855178 RG/PE; ARE 928534 / SP; ARE 972693 / SP; RE 965039 / CE; RE 956006 / RR; ARE 965346 / SC; ARE 831915 AgR/RR; ARE 936301 AgR/ES; ARE 744223 AgR-ED / RJ; RE 933857 AgR/RN; ARE 894085 AgR/SP; ARE 904217 AgR/MG; ARE 831280 ED/MG.

²⁸ ARE 972693 / SP; RE 975383 / CE; RE 956006 / RR; ARE 965346 / SC; ARE 936301 AgR/ES; ARE 894085 AgR/SP; ARE 850973 AgR/BA.

²⁹ ARE 926469 AgR; ARE 831915 AgR/RR.

³⁰ SL 815 AgR/SP.

³¹ RE 965039 / CE; ARE 965346 / SC.

³² ARE 972693 / SP.

³³ ARE 965274 / MG.

³⁴ ARE 965346 / SC.

Dentre os principais argumentos trazidos pelos defensores dos entes que figuram como réus no processo, pode-se citar afronta aos seguintes comandos constitucionais: art. 5º, caput, LIV e LV (princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa), art. 37, caput (princípios da legalidade e impessoalidade), art. 197 (relevância pública das ações e serviços de saúde), art. 2º e art. 60, § 4º, III (princípio da separação dos poderes), art. 23, II (competência comum dos entes em relação às ações de saúde), art. 167 (vedações ao orçamento), arts. 196, 197 e 198 (necessidade de implementação de políticas públicas e descentralização das ações e serviços de saúde).

Dando prosseguimento à análise, buscou-se, ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema. Novamente, a matéria mostrou-se largamente abordada em Acórdãos e decisões monocráticas exaradas naquela Corte. De igual maneira, fez-se uma síntese dos principais pontos recorrentemente abordados nos Acórdãos e nas decisões monocráticas exaradas no âmbito do STJ, que, aliás, encontraram forte conexão com aqueles observados nos julgados do STF descritos anteriormente, como se pode observar a seguir:

a) responsabilidade solidária dos entes federativos no que tange ao fornecimento de prestações relacionadas à saúde³⁵;

b) faz jus ao fornecimento de medicamento e/ou tratamento médico o paciente que comprova a necessidade e a adequação de uso através da prova pericial³⁶;

c) é possível o fornecimento de tratamento diverso do custeado pelo SUS caso seja comprovado que o tratamento dispensado não é eficaz³⁷;

d) o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Constituição Federal (direito à saúde) não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, de modo que cabe ao Poder Público velar por esse direito por meio da formulação e implementação de políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução e efetividade dos objetivos constitucionais³⁸;

e) haverá sempre presunção da possibilidade de prestação positiva para satisfazer a direito fundamental, sendo da Administração o ônus de demonstrar cabalmente o contrário, incluída prova do direcionamento dos meios disponíveis para a satisfação de outras

³⁵ AREsp 936608; AREsp 934653; REsp 1604692; AREsp 752585; AgRg no AREsp 860132/RS; AgRg no AREsp 812599/SC.

³⁶ AREsp 934653; AgRg no REsp 1068105/RS.

³⁷ AREsp 934653; REsp 1585522/RO; AgRg no AREsp 860132/RS; AgRg no AREsp 784598/PR.

³⁸ AREsp 934300.

necessidades essenciais. A simples alegação de alto custo não é suficiente para negar o fornecimento de medicamento de comprovada eficácia³⁹.

Pelo exposto, nota-se que as jurisprudências do STF e do STJ se encontram alinhadas, com argumentos semelhantes sendo utilizados pelos magistrados de ambas as cortes, no que se refere à judicialização do direito à saúde.

A título de se observar possíveis efeitos no erário, pesquisou-se a base de processos no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU). Nos processos da Corte de Contas analisados, verificaram-se algumas constatações de cunho mais pragmático, que apresentam números financeiros do fenômeno da judicialização.

Em processo constante naquela Corte de Contas, mencionou-se que o Estado de São Paulo, somente no ano de 2008, gastou R\$ 400 milhões no atendimento às demandas judiciais relacionadas à saúde. Esse gasto é 567% maior que o observado em 2006, que foi de R\$ 60 milhões. Aduziu-se que, em 2010, os gastos do estado em comento com a judicialização da saúde chegaram a quase setecentos milhões. Segundo o estudo citado no referido processo, os valores gastos pelo Ministério da Saúde para atender decisões judiciais, por meio de depósito judicial ou repasses a estados e municípios para que esses entes federados cumpram a decisão judicial, saltaram de R\$ 1.572.540,00, em 2006, para mais de R\$ 22.106.700,00, em 2011, último exercício abrangido pelo trabalho. Isso equivale a um aumento de 1.406% em apenas cinco anos.⁴⁰

Em outro processo no TCU, salientou-se que o Estado do Rio Grande do Sul lidera o ranking nacional de judicialização da saúde pública. À época da análise, estariam tramitando 74 mil processos e 1.900 novas ações estariam sendo ajuizadas todos os meses⁴¹.

No que se refere à atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pode-se mencionar a elaboração de enunciados sobre questões envolvendo a judicialização do direito à saúde. Diante de todo o quadro de demandas judiciais referente ao direito à saúde, o CNJ instituiu uma série de medidas para tentar contornar tal problema, dentre as principais pode-se mencionar: a criação de grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde (Portaria CNJ 650, de

³⁹ AREsp 934300.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. **Acórdão 693/2014-TCU-Plenário**. Processo TC 032.624/2013-1. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF. Data da Sessão: 26/03/2014, Ata: 9/2014.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Levantamento. **Acórdão 2.791/2013-TCU-Plenário**. Processo TC 021.049/2013-0. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF. Data da Sessão: 16/10/2013, Ata: 40/2013.

20/11/2009) e a criação dos Comitês Organizadores do Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (Portaria CNJ 91, de 11/5/2010, Portaria CNJ 93, de 17/5/2010 e alterações).

A partir disso foram realizadas em São Paulo duas jornadas nacionais para debater o tema, a saber: I Jornada de Direito da Saúde (em 15 de maio de 2014) e II Jornada de Direito da Saúde (em 18/05/2015 a 19/05/2015). Dessas jornadas, foram elaborados diversos enunciados que têm o condão de orientar os magistrados nas lides envolvendo prestação de serviços e ações de saúde. Alguns dos enunciados voltados ao sistema público de saúde são relacionados a seguir:

Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde:

ENUNCIADO N.º 3 Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária.

ENUNCIADO N.º 4 Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêuticas, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado (alterado pelo enunciado 61 da II Jornada de Direito da Saúde .

ENUNCIADO N.º 5 Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, *off label* e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado.

ENUNCIADO N.º 6 A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

ENUNCIADO N.º 17 Na composição dos Núcleos de Assessoramento Técnico (NAT's) será franqueada a participação de profissionais dos Serviços de Saúde dos Municípios.

Enunciados aprovados na II Jornada de Direito da Saúde:

51 - Saúde Pública - Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

58 – Saúde Pública - Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME /RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

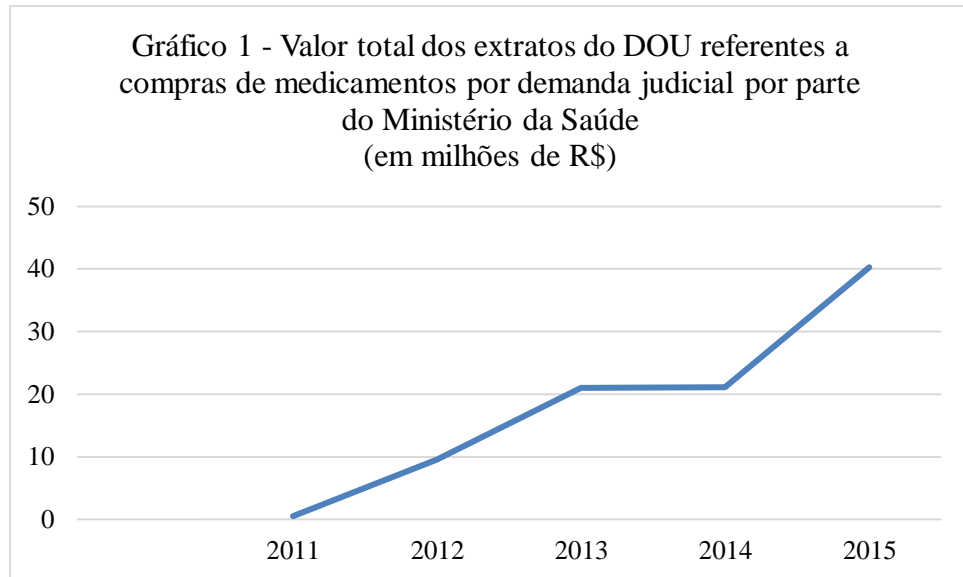
60 – Saúde Pública - A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Percebe-se, pois, que a classe jurídica começa a demonstrar preocupações no que concerne ao fenômeno da judicialização da saúde, tentando alinhar entendimentos e criar ações no sentido de tentar minimizar seus efeitos nocivos.

DO IMPACTO DAS COMPRAS DE MEDICAMENTO NO ORÇAMENTO FEDERAL DA SAÚDE

No intuito de se fazer uma análise do impacto das compras de medicamento no orçamento federal, adotou-se, como técnica de pesquisa no presente trabalho, a busca pelos extratos de compra de medicamentos por demanda judicial realizados pelo Ministério da Saúde, publicados no Diário Oficial da União (DOU). A partir da coleta desses dados, fez-se um comparativo com dados do orçamento federal da saúde. A coleta dos extratos do DOU foi realizada por meio do portal de pesquisa do Tribunal de Contas da União (<http://portal.tcu.gov.br/publico-interno/publico-interno.htm>).

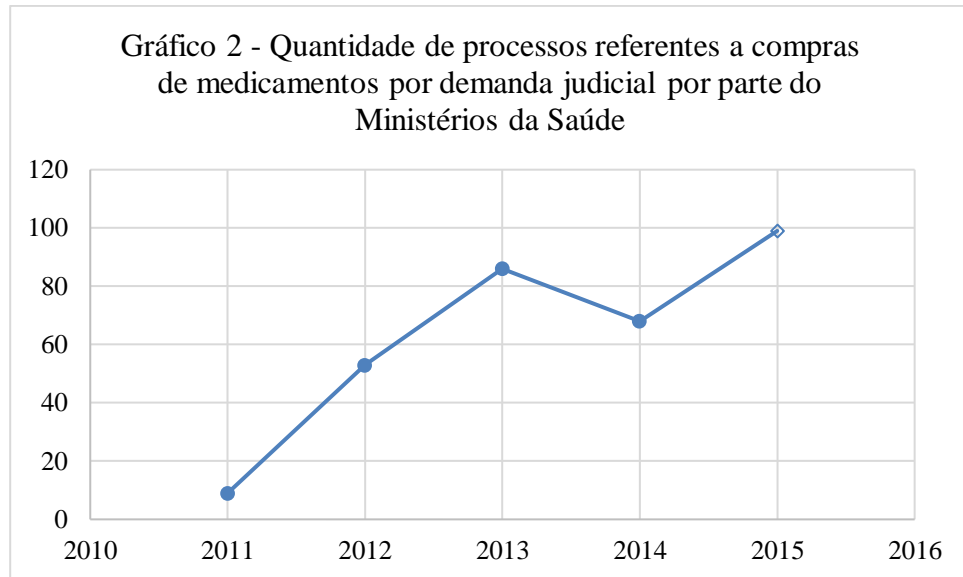
A primeira análise empreendida refere-se ao montante total de dos valores presentes nos extratos do DOU relativos a compra de medicamentos por demanda judicial realizados pelo Ministério da Saúde, no período de 2011 a 2015. Cumpre ressaltar que os dados referem-se a extratos de dispensa ou inexigibilidade da licitação para aquisição de medicamentos, o que significa dizer que os montantes não se referem a valores executados, pois não se perquiriu se tais dispensas e licitações foram de fato levadas a efeito. Os dados estão discriminados no Gráfico 1 a seguir.



Fonte: Extratos do DOU referentes a compra de medicamentos realizadas pelo Ministério da Saúde de 2011 a 2015 extraídos de <http://portal.tcu.gov.br/publico-interno/publico-interno.htm>.

Como se pode observar, os valores demonstram uma forte tendência de aumento, representada pelos seguintes montantes anuais: R\$ 513.282,21 em 2011; R\$ 9.599.177,25 em 2012; R\$ 20.973.239,14 em 2013; R\$ 21.090.440,19 em 2014; e R\$ 40.281.125,38 em 2015. Isso representa um aumento de 7.748% ao se comparar o valor final do período, em 2015, com o montante inicial, em 2011. Dessa forma, o valor em 2015 representa mais de 78 vezes o valor de 2011, demonstrando claramente o aumento vertiginoso no período.

Da mesma forma, pretendeu-se avaliar o quantitativo de processos autuados para tratar da compra de medicamentos por demanda judicial na esfera federal em cada ano. No mesmo período de 2011 a 2015 também se notou uma clara tendência de aumento nos últimos anos, ainda que um pouco menos incisiva do que aquela vista no montante dos valores. Essa análise pode ser visualizada com o Gráfico 2 abaixo.



Fonte: Extratos do DOU referentes a compra de medicamentos realizadas pelo Ministério da Saúde de 2011 a 2015 extraídos de <http://portal.tcu.gov.br/publico-interno/publico-interno.htm>.

O Gráfico 2 apresenta a quantidade de processos inerentes aos extratos do DOU relativos a compra de medicamentos por demanda judicial do Ministério da Saúde anualmente, conforme a seguir: 9 processos em 2011; 53 processos em 2012; 86 processos em 2013; 68 processos em 2014; e 99 processos em 2015. Ainda que se possa constatar uma redução entre 2013 e 2014 – de 86 para 68 processos –, é possível detectar a tendência de aumento na quantidade de processos autuados nos últimos anos.

Por meio da análise dos extratos do DOU foi possível ainda discriminar as empresas que mais se beneficiariam das compras, caso todas fossem efetivadas, conforme pode-se perceber no Tabela 1.

Tabela 1 – Empresas com os maiores montantes de recursos referentes a compra de medicamentos por demanda judicial por parte do Ministério da Saúde

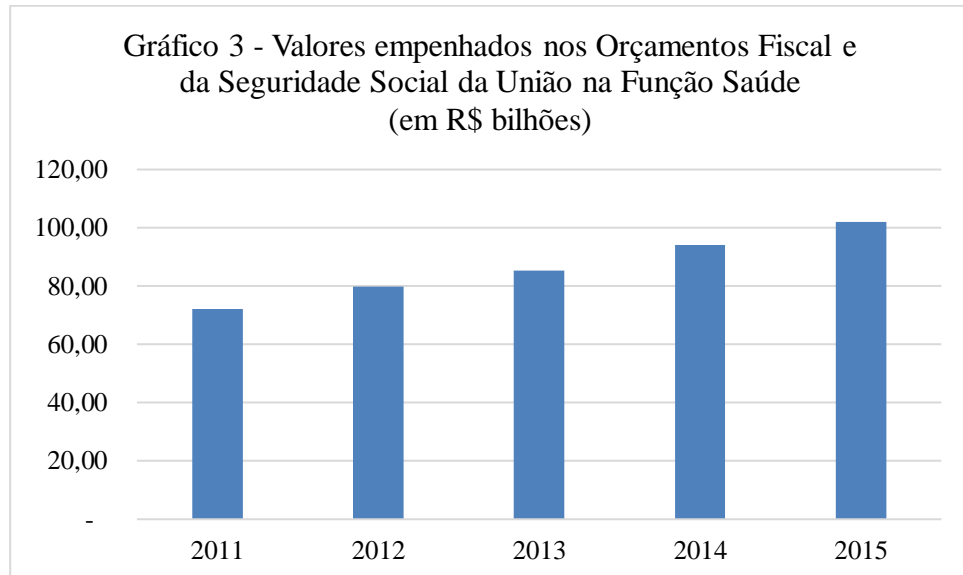
Empresa	Valor*	%	% acum
BSB Comercio de produtos hospitalares Ltda.	11,11	12,01	12,01
Produtos Roche Quimicos e Farmaceuticos S. A.	11,06	11,96	23,97
Hospfar Industria e Comercio de Produtos Hospitalares Ltda.	8,99	9,73	33,70
Janssen-Cilag Farmaceutica Ltda.	7,51	8,13	41,83
HOSP - LOG Comercio de Produtos Hospitalares Ltda.	7,33	7,93	49,76
Merck S. A.	5,29	5,73	55,48
Bayer S.A.	4,47	4,84	60,32
Novartis Biociencias S. A.	3,58	3,87	64,19
Medcommerce Comercial de Med. e Prod. Hosp. Ltda.	3,38	3,66	67,85
Estrangeiro Uno Healt Hcare Inc.	2,99	3,24	71,09
Expressa Distribuidora de Medicamentos LTDA	2,85	3,08	74,17
Onco Prod. Distrib. de Prod. Hosp Oncologicos S.A.	2,32	2,51	76,68
F.B.M. Industria Farmaceutica Ltda.	1,93	2,09	78,77
Eli Lilly do Brasil Ltda.	1,59	1,72	80,49
Total	74,42		80,49

Fonte: Extratos do DOU referentes a compra de medicamentos realizadas pelo Ministério da Saúde de 2011 a 2015 extraídos de <http://portal.tcu.gov.br/publico-interno/publico-interno.htm>.* Valor em R\$ milhões.

Ao se examinar a Tabela 1, nota-se que, do montante total de R\$ 92.457.264,17 referente a todos os extratos de compra do DOU coletados, R\$ 74.420.480,35 referem-se a apenas catorze empresas. Significa dizer que apenas essas catorze empresas concentraram 80,49% do montante total analisado. Cabe ressaltar, ainda, que o montante total analisado envolveu oitenta empresas, o que corrobora ainda mais para o quadro de concentração das compras em poucas empresas, visto que 17,50% das empresas concentraram 80,49% dos recursos. Outro dado interessante é a discrepância dos valores recebidos por empresas, enquanto a primeira da lista – Bsb Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. – recebeu R\$ 11.107.124,41, a média de recursos para as demais 66 empresas que corresponderam aos 17,50% dos recursos do período ficou em apenas R\$ 227.830,06 por empresa. O que reforça a constatação acerca da concentração dos valores em algumas empresas.

A partir dos dados das compras, buscou-se um comparativo com o orçamento federal da saúde no período de 2011 a 2015. Os dados orçamentários foram obtidos no site do

Ministério do Planejamento, Secretaria de Orçamento Federal (<http://www.orcamentofederal.gov.br/informacoes-orcamentarias>). As informações obtidas referem-se aos valores empenhados extraídos da Execução Orçamentária dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União na Função saúde, conforme disposto no Gráfico 3.



Fonte: Valores empenhados referentes à Execução Orçamentária dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União na Função saúde, extraídos do site <https://www.siop.planejamento.gov.br/siop/index.jsp>.

Percebe-se que os valores empenhados do orçamento federal da saúde também demonstraram aumento ao longo dos anos. Em 2011 o valor foi de R\$ 72,24 bilhões chegando a R\$ 102,09 bilhões em 2015. Nesse caso, também foi possível perceber uma tendência de incremento dos investimentos no orçamento federal da saúde, ainda que de forma mais gradual do que quando comparado à curva dos valores das compras de medicamentos disposta no Gráfico 1. Nesse caso, a variação final ao se comparar o montante final com o inicial do período foi de 41,32%, bem mais modesta do que a variação ocorrida nos valores referentes às compras de medicamento por demanda judicial.

Nesse momento também se faz necessária uma ressalva, pois os dados apresentados referem-se a valores empenhados, não se tratando, pois, de valores efetivamente executados, isto é, liquidados ou pagos. A intenção foi exatamente fazer uma comparação mais factível, pois os valores dos extratos do DOU representam apenas um indicativo de gasto e não demonstrativo de efetivo gasto, da mesma forma que os valores empenhados não representam execução efetiva de gasto, e sim indicativo.

Partiu-se, então, para uma avaliação direta do impacto das compras de medicamentos por demanda judicial realizadas pelo Ministério da Saúde no montante total do orçamento federal na função saúde, conforme demonstrado na Tabela 2 a seguir.

Tabela 2 – Impacto das compras Empresas com os maiores montantes de recursos referentes a compra de medicamentos por demanda judicial por parte do Ministério da Saúde

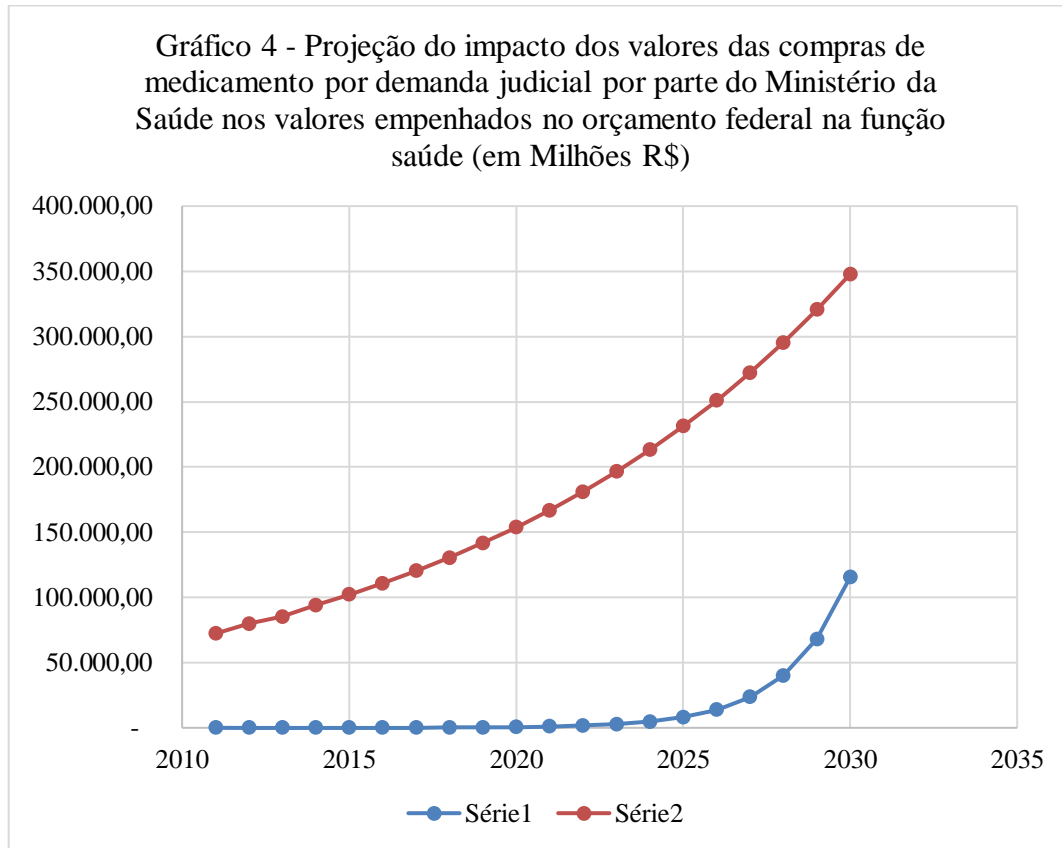
Ano	Compras de medicamentos por demanda judicial por parte do MS (1)*	Valores empenhados no orçamento federal na função saúde (2)*	% de impacto de (1) / (2)
2011	0,51	72.241,40	0,001%
2012	9,60	79.917,10	0,012%
2013	20,97	85.304,30	0,025%
2014	21,09	94.065,30	0,022%
2015	40,28	102.093,80	0,039%
Total	92,46	433.621,90	0,021%

Fonte: Valores empenhados referentes à Execução Orçamentária dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União na Função saúde, extraídos do site <https://www.siop.planejamento.gov.br/siop/index.jsp>, e extratos do DOU referentes a compra de medicamentos realizadas pelo Ministério da Saúde, no período de 2011 a 2015 extraídos de <http://portal.tcu.gov.br/publico-interno/publico-interno.htm>. * Valores em milhões

A partir da análise da Tabela 2, pode-se verificar, *a priori*, que o impacto percentual das compras de medicamento por demanda judicial no orçamento federal da saúde ainda é muito pequeno, podendo ser considerado até mesmo insignificante, tendo em vista que em 2015 ainda representa menos de 1% (0,039%) do orçamento federal na função saúde. Entretanto, tal análise distorce a real relevância do problema, pois há um forte indicativo de crescimento nesses valores nos últimos anos. Ainda com o auxílio da Tabela 2, pode-se observar que os percentuais desse impacto, ainda que muito baixos, apresentam um crescimento considerável nos últimos cinco anos. Ao se comparar o impacto no início do período em 2011 (0,001%) com o final do período analisado em 2015 (0,039%), nota-se uma variação de 3.900%.

Somente a título de ilustração dessa forte tendência de aumento do impacto ao longo dos anos, decidiu-se fazer uma previsão desse impacto até 2030. Para tanto, considerou-se o aumento médio anual do valor das compras de medicamento por demanda judicial no período

de 2012 a 2015⁴² (70,01%) e o aumento médio no mesmo período referente aos valores empenhados no orçamento federal na função saúde (8,52%), mantendo-se essas médias de variação anual ao longo dos anos. O resultado dessa análise pode ser visualizado no Gráfico 4.



Fonte: Valores empenhados referentes à Execução Orçamentária dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União na Função saúde, extraídos do site <https://www.siop.planejamento.gov.br/siop/index.jsp>, e extratos do DOU referentes a compra de medicamentos realizadas pelo Ministério da Saúde de 2011 a 2015 extraídos de <http://portal.tcu.gov.br/publico-interno/publico-interno.htm>

Observa-se, pela análise do Gráfico 4, que a partir de 2023 o impacto das compras de medicamentos por demanda judicial (curva inferior) no orçamento federal na função saúde começa a aumentar mais intensamente, em gradação mais acelerada, indo de encontro à curva referente aos valores empenhados na função saúde (curva superior). Isso significa que o impacto aumenta consideravelmente, a ponto de em 2030 chegar a 33,19% (R\$ 115,41 bilhões/R\$ 347,83 bilhões).

É necessário salientar que o jogo da projeção tem suas nuances e não é possível afirmar que ambos os crescimentos continuarão nessa taxa, devido a uma série de fatores

⁴² Utilizou-se apenas o período de 2012 a 2015 para calcular a média de variação anual dos valores de forma conservadora, tendo em vista que se se considerasse a variação dos valores desde 2011, para o caso das compras a tendência de aumento seria muito grande, da ordem de 495,05%, tendo em vista que a diferença dos valores de 2011 para 2012 é muito grande, de R\$ 513.282,21 para R\$ 9.599.177,25, ou seja, 1.770,16%, elevando muito a variação anual média e agravando ainda mais o impacto orçamentário.

imponderáveis, como a realidade fática das ações, e os panoramas político, jurídico e econômico da sociedade. De todo modo, essa previsão consegue deixar mais transparente o lado preocupante dessa forte tendência de crescimento desses gastos, se o ritmo de processos e montantes continuarem da mesma fora.

Imperioso ressaltar, também, que o impacto das compras de medicamento no orçamento federal da saúde deve ser visto com mais cautela ainda, quando se recorda que tal orçamento refere-se a milhares de ações voltadas para prestação dos mais diversos serviços de atenção primária, secundária e terciária em saúde, esta última, aliás, com custos muito elevados representados por atendimento hospitalar por meio de procedimentos complexos e com o uso de equipamentos altamente especializados. Isso quer dizer que em um futuro não muito distante, se medidas não forem tomadas para amenizar esse fenômeno, e considerando o crescimento observado nos últimos anos, cerca de 30% dos recursos que poderiam estar sendo destinados a essas diversas outras ações em saúde – que contemplam uma grande parcela de coletividade – estarão sendo destinados a custeio de medicamentos que atendem a parcela mais restrita da população, e que, muitas vezes, referem-se a medicamentos não registrados no Brasil ou experimentais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou fazer uma análise acerca do impacto das compras de medicamentos por demanda judicial realizadas pelo Ministério da Saúde no orçamento federal na função saúde. Como se pode verificar a partir dos extratos do DOU analisados, esse impacto atualmente ainda se mostra muito pequeno, tendo em vista que em 2015 representou apenas 0,039% do orçamento federal na função saúde.

Não obstante, o que se mostrou preocupante é a forte tendência de crescimento dos valores referentes a essa judicialização da compra de medicamentos na esfera federal no período avaliado, confirmada pela variação de R\$ 513.282,21 em 2011, para R\$ 40.281,125,38 em 2015, com uma variação final surpreendente no período de 7.748%. Esse crescimento se contrapõe com um crescimento mais moderado dos valores empenhados no período no orçamento fiscal e da seguridade social na função saúde, cujos valores variaram de R\$ 72,24 bilhões em 2011, para R\$ 102,9 bilhões em 2015, representando uma variação mais modesta no período, na casa de 41,32%.

Como também demonstrado, ao se fazer uma projeção de valores, considerando as mesmas tendências de crescimento mencionadas anteriormente, o impacto dessa judicialização no orçamento federal da saúde tende a aumentar mais intensamente nos próximos anos, podendo chegar ao patamar alarmante de cerca de 30% em 2030, ou seja, daqui a menos de 15 anos. Ressalta-se que tal projeção deve ser vista com muita cautela, por todas as ressalvas já mencionadas durante a análise, e serve apenas para ilustrar bem a dramaticidade financeira do fenômeno, de forma a promover uma espécie de alerta sobre o tema, no intuito de que medidas sejam adotadas para amenizar essa tendência de crescimento do impacto dessa judicialização de medicamentos no orçamento da saúde.

Sob o ponto de vista jurídico, observa-se que os tribunais pátrios seguem uma jurisprudência dominante no sentido de se dar efetividade ao direito à saúde, de modo a que o art. 196 da Constituição Federal não tenha apenas cunho programático, privilegiando esse direito frente ao que consideram um interesse secundário do Estado.

Ademais outros argumentos são bastante utilizados como: a responsabilidade solidária dos entes no que tange ao fornecimento de prestações relacionadas à saúde; a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas de saúde sem que se configure afronta ao princípio da separação dos poderes; a necessidade de comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança para negar as demandas por prestações na área da saúde; o dever do Estado prover tratamentos e medicamentos indispensáveis à sobrevivência dos hipossuficientes; a possibilidade de o Poder Judiciário determinar fornecimento de medicamentos não previsto na lista do SUS ou não registrados na Anvisa e de serviços não dispostos pelo SUS, desde que reste comprovado a ausência de tratamento/medicamento eficaz disponível no sistema público de saúde, entre outros.

Verificou-se algumas ressalvas à autorização das demandas – como necessidade de registro do medicamento na Anvisa, priorização dos medicamentos/tratamentos oferecidos pelo SUS, prova pericial para confirmar a imprescindibilidade da ação de saúde requerida – que, no entanto, têm pouco resultado prático na redução das demandas judiciais deferidas na área.

Inobstante a jurisprudência indicar forte tendência a autorizar as demandas requeridas no que concerne a tratamentos e medicamentos a serem fornecidos no âmbito do SUS, algumas ressalvas devem ser levadas em consideração.

Primeiramente, é preciso ressaltar – ainda que não tenha sido alvo do presente trabalho – as questões administrativas pertinentes ao tema. Há necessidade de promoção de uma capacitação dos órgãos de saúde voltados para gerir os sistemas de saúde nas três esferas.

Sabe-se que a falta de medicamentos ou insumos de saúde muitas vezes decorre apenas de gestão ineficiente, anti-econômica e/ou irresponsável. Essa, aliás, deveria ser a primeira medida a ser tomada no intuito de se reduzir a judicialização da saúde.

No que tange aos aspectos jurídicos do assunto, observa-se que o lado positivo da judicialização é a possibilidade de efetivação do direito à saúde, na medida em que pode sanar algumas lacunas administrativas e legislativas do setor. Sem embargo, esse fenômeno deve ser encarado como uma exceção à regra e não pode ter um impacto tão grande no orçamento e no planejamento das políticas públicas, a ponto de inviabilizá-las.

Verifica-se que há, na prática, um aumento de acesso ao sistema público de saúde por parte de alguns cidadãos – mais esclarecidos ou melhor assessorados – em detrimento de uma grande maioria que não tem recursos nem conhecimento e que depende exclusivamente das políticas de saúde vigentes para efetivarem o seu direito à saúde.

Nesse ponto, ainda que a valorização do direito fundamental individual seja essencial, verifica-se que pela gravidade da situação este é o momento de reflexão para que o exame jurídico leve em consideração as repercussões econômicas, financeiros e sociais desse fenômeno. Nota-se a necessidade de uma análise jurídica embasada na teoria da ponderação dos princípios e na análise sistemática da Constituição, tendo em vista que decisões que beneficiam individualmente alguns cidadãos prejudicam muitos, pelo fato de que recursos que poderiam ser adotados para a coletividade são remanejados para atender a demanda da minoria que buscou a solução jurídica do caso concreto, o que denota, em última análise, afronta ao próprio mandamento de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (art. 196 da Constituição Federal de 1988). Obviamente tais questões devem ser ponderadas mediante as circunstâncias peculiares de cada caso concreto.

Por fim, observa-se que a classe jurídica começa a demonstrar preocupações no que concerne ao fenômeno da judicialização da saúde, tentando alinhar entendimentos e criar ações no sentido de minimizar seus efeitos nocivos. Conclui-se que tais esforços devem ser intensificados e tratados em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, além de demandar a participação de setores sociais, no intuito de que haja um grande debate sobre o tema e de que se promova a real mitigação dos efeitos prejudiciais da judicialização da saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Fernando Passos Cupertino de. Cobertura universal ou sistemas públicos universais de saúde? **Anais do Instituto de Higiene e Medicina Tropical: saúde global e doenças tropicais**, Lisboa: Portugal, 2014, v. 13, p. 87-90.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acessado em: 20 mai. 2016.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 271.286-8 – Rio Grande do Sul**, Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. Julgamento: 02/08/2000. Publicação: DJ 23/08/2000, p. 00052.

_____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Levantamento. **Acórdão 2.791/2013-TCU-Plenário**. Processo TC 021.049/2013-0. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF. Data da Sessão: 16/10/2013, Ata: 40/2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. **Acórdão 693/2014-TCU-Plenário**. Processo TC 032.624/2013-1. Relator: Ministro Benjamim Zymler. Brasília, DF. Data da Sessão: 26/03/2014, Ata: 9/2014.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição**: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, Ana Maria; BAHIA, Lígia; SCHEFFER, Mario. **Onde foi parar o sonho do SUS?**. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1395>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FLEURY, Sônia; OUVÉREY, Assis Mafort. **Política de Saúde: uma política social.** Políticas e Sistema de Saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2008. p.23-64.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário,** São Paulo, n. 2, v. 9, p. 65-72, Jul./Out. 2008.

MENDES, Eugênio Vilaça. **O dilema do SUS.** Radis: Comunicação em Saúde, v. 25, p. 35, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.39.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva,** Rio de Janeiro: n. 5, v. 15, p. 2.405-2.414. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 308.

TRAVASSOS, Claudia; MARTINS, Mônica. Uma revisão sobre os conceitos de acesso e utilização de serviços de saúde. **Cad. Saúde Pública,** Rio de Janeiro, v. 20, sup. 2, p.190-198, 2004.

VENTURA, Miriam. SIMAS; Luciana. PEPE; Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da Saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva,** Rio de Janeiro, v. 20, n 1, 2010.