

# *O ativismo judicial no Brasil e seus reflexos na judicialização da política pública de saúde.*

Tarsila Costa do Amaral

## **Resumo**

A judicialização da política pública de saúde no Brasil tem como uma das causas o ativismo judicial. Este texto convida a refletir sobre os resultados deste ativismo na efetivação do direito à saúde, a partir da análise dos requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça em 2019, na redação do tema 106<sup>1</sup>. Conclui-se que estes requisitos se opõem aos princípios da universalidade, da integralidade e da equidade que orientam o Sistema Único de Saúde (SUS). Ao julgar essas demandas, postura ativista do judiciário resulta na criação de políticas de saúde paralelas e casuísticas, que atendem apenas parte da população negligenciada, mas que onera os recursos públicos destinados ao atendimento de toda a coletividade, produzindo desigualdades na busca de efetivação deste direito.

## **Introdução**

A judicialização da saúde no Brasil nasceu a partir movimento de luta contra a AIDS em meados da década de 90, quando surgiram as primeiras ações judiciais para cobrar do Estado o fornecimento de medicamentos ainda não disponíveis no SUS para tratamento da doença<sup>2</sup>. A tese jurídica tem esteio no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que reconheceu o direito à saúde como dever do Estado a ser “*garantido mediante a implementação de políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de*

---

<sup>1</sup> Tese definida no acórdão dos embargos de declaração do julgamento conjunto do REsp 1657156/RJ e REsp 1102457/RJ, em caráter repetitivo, cujo assunto é a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Tema 106, publicado no DJe de 21/9/2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/listaImpressaoTema.jsp?&l=10&i=1](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/listaImpressaoTema.jsp?&l=10&i=1). Acesso em: 02/05/2021.

<sup>2</sup> GRECO, D. B. Trinta anos de enfrentamento à epidemia da Aids no Brasil, 1985-2015. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 5, p. 1553–1564, maio 2016.

*doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”<sup>3</sup>.*

Nos últimos 20 anos, os pedidos judiciais se avolumaram e ganharam contornos diversos no campo da saúde, da economia, da ética e da justiça<sup>4</sup> e uma das hipóteses para a progressão deste fenômeno tem relação com a postura ativista com a qual o judiciário atua nestes processos, como defendem inúmeras pesquisas sobre o tema<sup>5-6-7-8</sup>. Para Koerner<sup>9</sup>,

*“Ativismo judicial é um termo utilizado para apreciar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas, com o qual se coloca o problema do papel apropriado do Poder Judiciário, o modelo de decisão judicial e o comportamento dos juízes”.*

Ao analisar o tema 106, vemos uma atuação judicial que propõe soluções individuais para problemas que coletivos. Ao atender pleitos individuais sem o devido aprofundamento quanto às determinantes sociais que contribuem para o adoecimento dos sujeitos, o judiciário privilegia quem consegue acesso à justiça, contribui para o agravamento dos problemas de organização e financiamento do SUS, favorece interesses de mercado e não busca compreender quais reflexos sociais vem sendo produzidos a partir destas decisões.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição Federal 1988. Artigo 196, s.p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07/05/2021.

<sup>4</sup> CAMARGO, Sérgio Xavier de. “Judicialização nas políticas de saúde no Brasil: fundamentos éticos, jurídicos, econômicos e políticos” (Doutorado) em Saúde Coletiva. Unicamp. Campinas, SP. 2017. Disponível em: [http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/331043/1/Camargo\\_SergioXavierD\\_e\\_D.pdf](http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/331043/1/Camargo_SergioXavierD_e_D.pdf). Acesso em: 07/05/2021.

<sup>5</sup> DANTAS, C. DE C.; DANTAS, F. DE C. Judicialização Da Saúde No Brasil: Da História À Contemporaneidade. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 12, p. 99759–99777, 2020.

<sup>6</sup> CASARA, R. R. R. O Poder Judiciário em tempos de Estado-Empresa: o caso da “saúde pública”. **Saúde em Debate**, v. 43, n. spe4, p. 15–19, 2019.

<sup>7</sup> DE OLIVEIRA, L. G. B.; LIPPI, M. C. Judicialização e ativismo judicial sobre as demandas de saúde pública no Brasil. **Revista Derecho del Estado**, n. 45, p. 245–274, 2020.

<sup>8</sup> KOERNER, A. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 96, p. 69–85, jul. 2013.

<sup>9</sup> KOERNER, A. O ATIVISMO JUDICIAL COMO PROBLEMA INTELECTUAL E POLÍTICO NOS ESTADOS UNIDOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 2016, n. 99, p. 233, dez. 2016.

## Acesso à saúde e acesso à justiça como medidas de desigualdade

Em abril de 2019, o STJ fixou o tema 106<sup>10</sup> e estabeleceu os seguintes requisitos para a concessão de ordens judiciais para fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado:

*i) a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), observados os usos autorizados pela agência<sup>11</sup>.*

O julgado estabelece critérios que conflituam com a ideia de acesso universal, integral e igualitário presentes na Constituição de 1988. A exigência de comprovação de hipossuficiência financeira e laudo médico fundamentado e circunstanciado para acesso à assistência terapêutica integral, por exemplo, tendem a excluir sujeitos que não reúnem condições sociais como educação, acesso a informação, acesso a atendimento médico especializado, acesso a representação processual qualificada, entre outras que viabilizariam o devido acesso à justiça, como defendem Oliveira e Cunha<sup>12</sup>:

*“quanto maior o nível de escolaridade e as faixas de rendimento mensal domiciliar per capita, maiores são os percentuais de pessoas que vivenciaram situação de conflito no período, assim como é maior a proporção dos que buscaram o caminho da justiça, reforçando as características socioeconômicas como importantes preditores de acesso à justiça”<sup>13</sup>.*

---

<sup>10</sup> Cf. nota 1.

<sup>11</sup> Cf. nota 1.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, F. L. DE; CUNHA, L. G. Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. **Opinião Pública**, v. 22, n. 2, p. 328, ago. 2016.

<sup>13</sup> Cf. nota 12.

As autoras apuraram que, apesar de haver um número maior de ocorrências conflituosas relacionadas ao acesso à saúde na vida da população de menor renda, “63% das pessoas que passaram por esse problema não buscaram solução, e a maior parte dos que tentaram resolver, o fizeram pagando pelo serviço”<sup>14</sup>.

No mesmo sentido, Koerner e Costa<sup>15</sup>, afirmam que para exercício de direitos “são necessárias condições de estatalidade” e o sistema legal deve garantir a orientação, a ação e a interação social segundo as quais “os cidadãos devem ter condições adequadas de vida, educação e capacidade de agência propiciados pela efetividade dos direitos civis, sociais e culturais”<sup>16</sup>.

Quando o judiciário impõe critérios que a uma pequena parcela privilegiada da população para atender a necessidades que afligem um número muito maior de pessoas, parece desconhecer a realidade do acesso à saúde e do acesso à justiça no Brasil, deixando de lado a discussão de problemas estruturais que afetam a efetividade e a proteção dos direitos humanos no país.

### **A judicialização da saúde para quem?**

O judiciário deve ter autonomia para julgar, a partir da percepção da realidade fática de cada caso para a tomada de decisão. O limite dessa autonomia “se dá no espaço aberto entre os quadros normativos gerais e os dados fáticos de uma situação sob julgamento”, segundo Koerner<sup>17</sup>. De outro lado, a exacerbação desta autonomia está na superação dos limites constitucionais e legais, o que contraria a expectativa de “univocidade das normas e a determinação das decisões, e que permitiria justificar a atuação dos juízes numa democracia constitucional”<sup>18</sup>.

Na judicialização da saúde ainda são comuns decisões que determinam a entrega de medicamentos sem registro sanitário junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou de tratamentos não incorporados à política pública, o que caracterizaria a ampliação dos limites da regulamentação legal do SUS.

---

<sup>14</sup> Cf. nota 12, p. 340-341.

<sup>15</sup> KOERNER, A.; COSTA, V. Nebulosa de Imunidades? Sobre estado de direito e democracia no pensamento jurídico brasileiro. **Dois Pontos**, v. 17, n. 2, p. 40-62, 2020.

<sup>16</sup> Cf. nota 15, p. 46-47.

<sup>17</sup> Cf. nota 9, p. 234.

<sup>18</sup> Cf. nota 9.

A ampliação da oferta de medicamentos devidos pelo Estado por meio de pedidos judiciais não beneficia a todos os sujeitos em igualdade de condições, portanto, não produz equidade pela revisão dos termos da política pública em si, já que o judiciário não trata estas questões no campo da macro-justiça e deixa de considerar aspectos econômicos e sociais relacionados à garantia de acesso à saúde. Com isso, perde a oportunidade de realizar transformações efetivas na garantia de acesso à saúde da população. Nesse sentido, Koerner<sup>19</sup> argumenta que

*“O problema do ativismo é demasiadamente simplificador da prática judicial, por colocar em segundo plano o caráter institucional, política e socialmente inserido dos tribunais. Refere-se a processos objetivos, mas não se esclarece a maneira pela qual eles incidem sobre a ordem constitucional. Os agentes históricos são colados a identidades institucionais e que lhes são atribuídas, juízes ou políticos, separados e contrapostos. Enfim, não tematiza as práticas e os processos efetivos pelos quais o problema se constituiu historicamente”.*

Ao judiciário cabe o controle de constitucionalidade das leis e não a atividade legislativa propriamente dita. Como explicam Maciel e Koerner<sup>20</sup>, *“no sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política”.*

Ao tratar de inúmeros casos individuais, o judiciário não se aprofunda em temas como a avaliação das novas tecnologias em saúde, não se preocupa com a sustentabilidade de eventual incorporação, quase nunca defere a realização de perícias médicas e tampouco confere lugar de fala aos gestores do Sistema antes de deferir ordens liminares, com prazos exíguos de atendimento. Como pontua Lima<sup>21</sup>,

---

<sup>19</sup> KOERNER, A. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 96, p. 84, jul. 2013.

<sup>20</sup> MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos Da Judicialização Da Política: Duas Análises a Judicialização e Seus Significados. **Lua Nova**, v. 57, p. 117, 2002.

<sup>21</sup> LIMA, F. R. DE S. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 3, p. 712, 2016.

*“argumentos como ineficácia do tratamento, riscos, custo-benefício e, por que não, as consequências das decisões judiciais no plano da distributividade dos direitos sociais quase nunca são levados em conta na dialética travada entre os argumentos pró e contra a concessão da tutela jurisdicional pretendida pela parte autora”<sup>22</sup>.*

Ações individuais são julgadas sem considerar os efeitos concretos destes julgados na sociedade. Essas decisões podem até ser *“individualmente efetivas, mas essa efetividade do caso concreto terá pouca ou nenhuma força coercitiva no plano nacional”<sup>23</sup>*, segundo Lima. O autor argumenta que o juiz cria um “álibi” para si mesmo ao acatar o pedido individual e o faz com despreendimento de suas consequências para a coletividade. Contudo *“a prática sucessiva de tal artifício não se sustenta, o descrédito é eminente, notadamente porque o Tribunal reduziu a complexidade social a tal ponto que nem ao menos dialoga com fatores sociais fortíssimos”<sup>24</sup>*, como a falta de acesso a consultas especializadas para obtenção de laudos médicos e o acesso qualificado à justiça, como já mencionado neste artigo.

A singularidade de cada história de vida se perde nas milhares de decisões proferidas individualmente. A equidade na alocação de recursos é sistematicamente ignorada e essa alienação produz desigualdades que prestigiam o mercado farmacêutico já que, na imensa maioria dos casos, o que se pretende é o fornecimento de tratamentos de alto custo, não incorporados ao SUS<sup>25-26</sup>.

Entre os magistrados prevalece certa dificuldade em analisar a judicialização da saúde sob a perspectiva distributiva, segundo Lima<sup>27</sup>, *“entre os juristas, muito em razão de uma formação teórica tradicional, é comum não aceitarem enfrentar questões de distribuição das riquezas”*. O autor defende que se trata de uma tradição neoliberalista e meritocrática que afeta o posicionamento do judiciário, rebento de uma elite privilegiada que reproduz decisões alheias a seus efeitos concretos na sociedade, eis que distantes da realidade vivenciada pela maior parte dos brasileiros.

---

<sup>22</sup> Cf. nota 21.

<sup>23</sup> Cf. nota 21, p.713.

<sup>24</sup> Cf. nota 21, p. 712.

<sup>25</sup> CATANHEIDE, I. D.; LISBOA, E. S.; SOUZA, L. E. P. F. DE. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 26, n. 4, p. 1335–1356, out. 2016.

<sup>26</sup> Cf. nota 6.

<sup>27</sup> Cf. nota 21, p. 699.

Um ativismo judicial que ignora questões estruturais, como o subfinanciamento crônico e o “*desfinanciamento*” do SUS<sup>28</sup>, o aumento das necessidades de saúde da população frente à escassez serviços e recursos humanos, a pressão do mercado farmacêutico pela incorporação de novas tecnologias e os conflitos de interesse daí decorrentes<sup>29</sup>, não será efetivo ao valer-se da judicialização para corrigir males sociais ou promover direitos humanos para a coletividade<sup>30</sup>.

Após vinte anos de debates institucionais, o que se extrai dos julgados relacionados à judicialização da saúde é um perfil judicial ativista, porém, equivocado pois se distancia dos valores da justiça distributiva que devem sempre *abranger as grandes determinantes da saúde da população – incluindo renda e riqueza, educação, participação política, distribuição de direitos e poderes, e oportunidade*”<sup>31</sup>, razão pela qual, a efetividade do direito à saúde só será realidade no Brasil quando fizer parte de um projeto de justiça social muito mais amplo e inclusivo.

---

<sup>28</sup> Defende-se o argumento que, em razão da Emenda Constitucional no. 95, de 15 de dezembro de 2016, o subfinanciamento crônico é agravado pelo desfinanciamento do SUS (MENEZES; MORETTI; REIS, 2019).

<sup>29</sup> MENEZES, A. P. DO R.; MORETTI, B.; REIS, A. A. C. DOS. O futuro do SUS: impactos das reformas neoliberais na saúde pública – austeridade versus universalidade. **Saúde em Debate**, v. 43, n. spe5, p. 58–70, 2019.

<sup>30</sup> Cf. nota 9, p. 243.

<sup>31</sup> MACHADO, T. R. Judicialização da saúde e contribuições da Teoria de Justiça de Norman Daniels. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 2, p. 58, 2015 apud DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.