

Judicialização da saúde: da crítica à busca de uma jurisprudência construtiva

Autor(a): Daniel Wei Liang Wang

Publicado em: 13 de agosto de 2019

Publicação: jota_import

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/daniel-wei-liang-wang/judicializacao-da-saude-da-critica-a-busca-de-uma-jurisprudencia-construtiva>

Fonte original: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/judicializacao-da-saude-da-critica-a-busca-de-uma-jurisprudencia-construtiva>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/daniel-wei-liang-wang/judicializacao-da-saude-da-critica-a-busca-de-uma-jurisprudencia-construtiva#ep-c967e3a9

Resumo

O Judiciário protege melhor o direito à saúde examinando as limitações do orçamento do que individualizando o acesso

Texto integral

Existe farta literatura crítica à postura predominante do Judiciário em ações com pedidos de tratamentos médicos contra o SUS. Critica-se, sobretudo, a interpretação do direito à saúde como o direito a tudo que um médico prescreva independente do preço, a falta de cuidado na avaliação da evidência científica, a pouca preocupação com o impacto no orçamento e em outros usuários do sistema, e as desigualdades geradas pelo acesso privilegiado àqueles que chegam ao SUS pela via judicial. Mesmo quando o Judiciário coloca critérios para a concessão de tratamentos, as exceções são tão amplas que acabam engolindo a regra. Eu mesmo já escrevi textos acadêmicos (ver aqui, aqui e aqui) e de opinião (ver aqui, aqui e aqui) com tais críticas. + JOTA : Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque! Faço, porém, um mea culpa. As críticas frequentemente vieram desacompanhadas de propostas concretas para melhorar as decisões, o que cria dois problemas: (1) não há o devido reconhecimento das dificuldades dos magistrados de decidirem questões apresentadas como de vida ou morte para um indivíduo; (2) cria a impressão de que a única alternativa à concessão quase irrestrita de tratamentos é a total abdicação do Judiciário em saúde. Isso faz com que, ainda que as críticas sejam compreendidas pelos julgadores, elas causem mais angústia e hostilidade do que mudanças na prática judicial. Este artigo propõe uma abordagem diferente. O dilema entre “humanidade” e “justiça” David Hume, filósofo escocês do século XIX, ajuda a entender a judicialização da saúde no Brasil atual. Hume se pergunta sobre a origem da moral (a distinção entre certo e errado). Sua resposta está em um mecanismo psicológico chamado sympathy, que é ressonância do sentimento alheio em nós, ou seja, a habilidade de nos colocarmos no lugar do outro e sentir sua dor e sua alegria. Nossos julgamentos morais são moldados pela aprovação daquilo que faz os outros felizes e a rejeição ao que causa dor, mesmo se não somos diretamente afetados. Hume chamou a capacidade de sentir sympathy de “humanidade”. Humanidade para Hume, porém, é diferente de justiça. A humanidade é inescapavelmente parcial e escassa. Nossa sympathy é maior quanto mais próximos somos de uma pessoa ou quanto melhor a conhecemos. O drama de alguém cujo nome, rosto e história conhecemos e com quem nos

identificamos nos afeta muito mais do que a de um estranho ou um número em uma estatística. A justiça, porém, exige imparcialidade e a atribuição de igual valor a todos, independentemente dos sentimentos por cada um deles. A justiça fundamenta-se na criação de regras que maximizem o bem-estar da sociedade e que se aplica todos os seus membros. Por isso, ser justo conflita frequentemente com sentimentos e impulsos. É o compromisso com a justiça e suas regras que permite cooperação e coexistência estável em grandes grupos sociais que não necessariamente possuem vínculos afetivos. A teoria de Hume explica por que é difícil para magistrados negarem a concessão de tratamento mesmo quando sabem que isto gera desigualdade e ineficiência na política de saúde. Juízes estão diante de dramas individuais pintados em cores vívidas, enquanto o sofrimento que seria evitado com um uso alternativo dos R\$7 bilhões que se estima gastar com judicialização da saúde no Brasil não aparece no processo judicial e, portanto, não gera sympathy . A justiça requer que o foco saia do indivíduo e passe para a observância das regras utilizadas para a alocação de recursos. Isto permite que todas as necessidades em saúde que demandam recursos escassos sejam tratadas com igualdade. Ignorar as regras do SUS para obrigar o fornecimento de um medicamento independentemente de como isso afeta outras pessoas é humano, mas injusto. As regras para alocação de recursos escassos Limitar o acesso a tratamentos é legítimo em uma política de saúde. Na Inglaterra, que tem um gasto per capita em saúde seis vezes maior que o do SUS, tratamentos efetivos podem não ser fornecidos se não forem custo-efetivos (o ganho em saúde não compensa o maior gasto) ou se o seu impacto orçamentário for muito elevado. Tratamentos de alto custo são o principal objeto de judicialização no Brasil e a principal causa de inflação em saúde no mundo . Se o gasto com tratamentos novos cresce em uma proporção maior que do orçamento da Saúde, então outras políticas de saúde (atenção primária, medidas preventivas, atendimento médico hospitalar etc.) acabam espremidas. Gestores precisam conciliar a incorporação dos benefícios trazidos pelas novas tecnologias com a sustentabilidade financeira do sistema e a manutenção de outras políticas de saúde. Por esta razão, em sistemas bem estabelecidos a incorporação de tecnologias passa por um processo que envolve (1) registro em agência de vigilância sanitária, como a ANVISA, que analisa qualidade, eficácia e segurança de um medicamento; (2) avaliação de uma tecnologia de saúde por órgão como a CONITEC, que compara seus custos e benefícios com os de tratamentos já existentes; (3) negociação de preço com a indústria; e (4) decisão de incorporação por autoridade responsável por gerir um orçamento para atender uma determinada população. A legislação brasileira é clara quanto à importância deste processo quando, por exemplo, criminaliza a distribuição de medicamentos sem registro na ANVISA (Art. 273, § 1º-B, I do Código Penal) e define que a assistência integral consiste no fornecimento de tratamentos com base nos protocolos e listas do SUS atualizados com apoio da CONITEC (Lei 12.401/11). Se um sistema de saúde precisa respeitar tais regras, então é problemático que tribunais sejam atalhos para que tratamentos que não completaram este ciclo alcancem o orçamento público, seja porque as regras são ignoradas ou pela criação de exceções que as anulam. Os núcleos de assistência técnica (NATs) para assessorar os juízes devem também ser vistos com cautela. É improvável que um grupo pequeno de profissionais com pouca accountability tenha expertise e recursos pode substituir o processo extremamente complexo acima descrito. Controle judicial das regras de alocação de recursos Se os magistrados aceitam a importância deste processo que vai do registro à incorporação, então a análise judicial deve começar localizando em que estágio dele o tratamento pedido está. Para ficar apenas nos exemplos extremos, tratamentos sem registro não podem ser tratados da mesma maneira que aqueles já incorporados. Isto não significa que tratamentos não incorporados devam ser automaticamente rejeitados e os já incorporados devem

ser imediatamente concedidos judicialmente. Proponho um modelo baseado na distribuição do ônus da prova: quanto mais perto o tratamento está do começo do processo, maior o ônus dos autores da ação para justificar seu fornecimento; quanto mais perto do final, maior o ônus do Estado em não o fornecer. Pode haver situações em que se demonstre que a não incorporação é resultado de uma decisão arbitrária (não motivada ou com motivos irracionais). Um exemplo seria uma decisão da ANVISA ou CONITEC que ignore injustificadamente evidências científicas sólidas. Neste caso, cabe ao Judiciário a proteção da integridade e da coerência das decisões administrativas. Um caso real é o Treatment Action Campaign, em que a decisão do governo sul-africano de limitar a distribuição de um antirretroviral com base em dúvidas infundadas sobre sua eficácia foi revista pelo Judiciário. Por outro lado, negar um tratamento incorporado a um paciente pode ser justificável. Soobramoney, também na África do Sul, teve acesso a diálise negado em hospital público porque pacientes que poderiam ser submetidos a um transplante tinham prioridade, aumentando a rotatividade e, consequentemente, o número de pessoas atendidas. Como não poderia ser transplantado devido a outras enfermidades, ele ingressou com ação judicial com base no direito à vida e à saúde. A Corte Constitucional negou o pedido, julgando o critério distributivo adotado razoável e corretamente aplicado no caso concreto. Essa passagem na sentença mostra o dilema da Corte entre “justiça” e “humanidade”: “Se recursos fossem coextensivos com compaixão, não tenho dúvidas de qual teria sido minha decisão. Porém, recursos são limitados e não encontro razão para interferir em uma alocação realizada por aqueles melhor equipados que eu para lidar com estas escolhas agonizantes que precisam ser feitas”. O direito constitucional à saúde e as escolhas alocativas do SUS Argumenta-se que uma atuação judicial diferente daquela prevalente no Brasil contrariaria o direito constitucional à saúde. Este seria um direito individual absoluto e ilimitado a qualquer intervenção que possa trazer algum ganho em saúde. Contudo, há outras interpretações mais plausíveis deste direito. A literalidade da Constituição mostra que o escopo do direito à saúde é limitado. O Art. 196 diz que a saúde é um direito garantido mediante “[...] acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Ninguém pode ser excluído do SUS ou ser discriminado no seu acesso, mas disso não decorre que todos os tratamentos prescritos por um profissional da saúde devam ser fornecidos. Cabe ao SUS escolher essas ações e serviços de acordo com regras infraconstitucionais. O Art. 198, que trata da integralidade, deixa claro que escolhas de prioridades precisam ser feitas. A Constituição dá aos gestores um espaço de discricionariedade que a judicialização lhes retira. Se o direito à saúde for interpretado à luz do Direito Internacional, a conclusão também será diferente daquela predominante nos tribunais brasileiros. A Convenção da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) entende o direito à saúde como um direito de realização progressiva dentro dos recursos disponíveis. O Comentário Geral n.14 do Comitê da ONU para DESC afirma que, para realizar o direito à saúde, deve-se evitar gasto desproporcional com tratamentos de alto custo para pequenos grupos em detrimento de intervenções que atinjam parcela muito maior da população, como atenção primária e preventiva. Ademais, o direito à saúde é um princípio, um mandado de otimização cuja realização depende das circunstâncias fáticas. O direito à saúde precisa ser entendido dentro do contexto de um sistema de saúde com mais necessidades que recursos e do qual dependem vários titulares do mesmo direito. A restrição à satisfação do direito, porém, precisa ser justificada e, dada a complexidade e multiplicidade de sujeitos envolvidos, é importante que haja regras para a alocação de recursos. O Judiciário protege melhor o direito à saúde examinando estas regras e exigindo sua observância do que fazendo alocações individuais que as violam. Em conclusão, é juridicamente consistente e salutar para o SUS uma jurisprudência que impeça indivíduos (e indústria) de

contornem as regras de alocação de recursos, mas que controle as escolhas alocativas do sistema, avaliando a regra aplicada para negar um tratamento, se ela é razoável ou arbitrária, e se foi adequadamente aplicada no caso concreto.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

WANG, Daniel Wei Liang. Judicialização da saúde: da crítica à busca de uma jurisprudência construtiva. *jota_import*, 13 ago. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/judicializacao-da-saud-e-da-critica-a-busca-de-uma-jurisprudencia-construtiva>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/daniel-wei-liang-wang/judicializacao-da-saude-da-critica-a-busca-de-uma-jurisprudencia-construtiva>. Acesso em: 26 ago. 2026.

APA 7ª edição

Wang, D. W. L. (2019, August 13). Judicialização da saúde: da crítica à busca de uma jurisprudência construtiva. **jota_import**. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/judicializacao-da-saude-da-critica-a-busca-de-uma-jurisprudencia-construtiva>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

WANG, Daniel Wei Liang. 2019. "Judicialização da saúde: da crítica à busca de uma jurisprudência construtiva." **jota_import**, August 13. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/judicializacao-da-saude-da-critica-a-busca-de-uma-jurisprudencia-construtiva>

BibTeX

```
@article{daniel-wei-liang-wang-judicializa-o-da-sa-de-da-cr-tica-busca--2019,
author = {Wang, Daniel Wei Liang},
title = {Judicialização da saúde: da crítica à busca de uma jurisprudência construtiva},
journal = {jota_import},
year = {2019},
url = {https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/judicializacao-da-saude-da-critica-a-busca-de-uma-jurisprudencia-construtiva},
urldate = {2019-08-13}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalguar 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/daniel-wei-liang-wang/judicializacao-da-saude-da-critica-a-busca-de-uma-jurisprudencia-construtiva>

PDF gerado em 2026-08-26 21:26 UTC