

## JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Diego Henrique de Moraes Canever<sup>1</sup>

### RESUMO

Objetivos: O fato da saúde ser um direito subjetivo fundamental e reivindicável de plano, consiste em avanço que não deve retroceder. O argumento dos custos e da escassez dos direitos é um aspecto em que, principalmente o Judiciário, deve levar em consideração, não como forma de omitir-se de fiscalizar ou interferir em funções típicas de outros poderes, mas sempre ter conhecimentos técnicos e específicos para fundamentar suas decisões, de modo que não haja decisões desprovidas de conhecimentos técnicos e científicos. Que venha a abalar orçamentos e muito menos tenha decisões favoráveis autorizando o fornecimento de medicamentos que sequer tenha comprovação científicas. Método: O método que se utilizou é o indutivo, que a partir da análise de uma situação ou problema em particular chega-se a uma conclusão geral. Além de utilizar a técnica de pesquisa, nos seguintes instrumentos no desenvolvimento deste trabalho: pesquisas bibliográfica, documental, legislativa, jurisprudencial, e também os artigos de revista e internet. Resultados: O resultado que se espera é que as decisões judiciais não sejam banalizadas, ou seja, haja busca por elas apenas quando necessárias e sempre fundamentadas em laudos técnicos. Sendo, os entes federativos responsáveis por fornecer o direito à saúde, mais responsáveis com os orçamentos de tais prestações, para que eventualmente não venham baseado na reserva do possível alegar a escassez de recursos não como o único motivo para a não realização dos direitos prestacionais. Conclusões: É preciso que os entes responsáveis para assegurar este bem constitucionalmente elencado sejam efetivos na disponibilização à população, de modo que observadas os valores orçamentários, desta feita deve sempre o judiciário fundamentar suas decisões com laudos técnicos, observando sempre a lista de medicamentos fornecida pelo Sistema Único de Saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judicialização; Saúde; Brasil.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a questão da Judicialização da saúde, apresentando o direito à saúde como um direito social que veio elencado na Constituição Federal de 1988. O fornecimento de medicamentos, tratamentos e outros direitos referentes a saúde, tornou-se uma prática rotineira nos últimos anos.

Após a aprovação desse direito a saúde na Constituição Federal de 1988 tornou-se cada vez mais frequente a interferência do poder judiciário em questões que, primariamente são dos poderes executivos ou legislativo. A este novo papel que vem exercendo o judiciário na garantia dos direitos individuais tem se chamado de judicialização.

No campo específico da política de saúde, a judicialização tem se traduzido como a garantia de acesso a bens e serviços por intermédio do recurso a ações

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito, da Unioeste, Campus de Francisco Beltrão.



judiciais. Com o aumento exponencial de ações e a impossibilidade de previsão orçamentária dos gastos por elas acarretados, os entes do sistema de saúde, em âmbito municipal, estadual e federal, tentando resolver de diversas maneiras os impasses criados.

A igualdade de condições, fornecida para a assistência, deveria impedir a existência de privilégios ou preceitos de qualquer espécie no serviço de saúde. No entanto, muitas ordens judiciais ferem este conceito por garantir a poucos indivíduos determinados serviços que não são oferecidos pelo SUS, beneficiando-os. Sendo assim, tais decisões interferem de forma negativa na organização da saúde local.

## **2 A IMPLANTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

No período colonial o Brasil viveu um grande dilema sanitário, fato que se constatou ao longo do tempo com o crescente número de vítimas de varíola, febre amarela e outras epidemias. Preocupado com o crescente número de mortes e doentes, e conseqüentemente a perda de mão de obra, o Estado procurou então criar uma política pública e permanente de combate às enfermidades.

Os primeiros avanços que o Estado teve com a saúde individual, ocorreram na esfera da saúde dos trabalhadores, em razão das pressões dos sindicatos e do setor privado de medicina ao governo federal.

Posteriormente o Ministério da Saúde preocupado com o altíssimo número de mortalidade infantil que assombrava o Brasil, passou a dar maior prioridade à saúde das crianças.

O direito à saúde foi reconhecido internacionalmente em 1948, quando foi aprovado a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU), em seu artigo XXV.

O Brasil o setor Saúde era marcado por forte cunho assistencialista e curativo, de caráter crescentemente privatista, com pouca prioridade para as políticas de promoção da saúde. Mas com a evolução do direito à saúde no cenário internacional, só em meados de 1986 o movimento pela consolidação do direito à saúde inspirados pela nova onda mundial de direitos fundamentais ganhou força aqui no Brasil.



No texto constitucional, a saúde passou a integrar o Sistema da Seguridade Social, juntamente com a previdência e a assistência social. Instituiu-se o SUS, como um sistema de atenção e cuidados, com base no direito universal à saúde e na integralidade das ações, abrangendo a vigilância e promoção da saúde, e recuperação de agravos. (COSTA, 2007, on-line)

Mas sua garantia como direitos sociais veio elencada no capítulo II, artigo 6º da Constituição Federal de 1988, assim preceituado, “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os Direitos Sociais tem como características marcantes o fato de que são direitos que pressupõem uma conduta ativa por parte do ente estatal. Significando que só se efetivam mediante atuação do Estado, por meio de políticas públicas e ações governamentais. (KELBERT, 2011, p.32)

Com isso, os direitos sociais são direitos que ensejam pretensões positivas a serem realizadas pelo Estado, ou seja, seu dever em relação ao indivíduo não mais se restringe à abstenção de condutas lesivas aos tradicionais direitos de liberdade. Sendo que o Estado passa a assumir o dever de fornecedor de prestações, por meio de uma atuação positiva. (KELBERT, 2011, p. 32)

Assim, vale ressaltar as palavras de José Afonso da Silva, que lembra o quanto 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 o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais. (SILVA, 2003, p.307)

Como se viu, a incorporação constitucional dos direitos sociais, conseqüentemente o direito a saúde, foi extremamente lenta, como leciona Dallari,

No Brasil a incorporação constitucional dos direitos sociais foi sobremaneira



lenta. Nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social até a promulgação da Carta de 1988. A primeira república ignorou completamente qualquer direito social e evitou, igualmente, referir-se à saúde. (DALLARI, 1995, p. 23)

Sua efetivação se deu com a Constituição Federal de 1988, que trouxe os direitos e garantias fundamentais no seu Título II, que se subdivide em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

### **3 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE**

Competência em um sentido amplo é a faculdade concebida para um ente federativo da União para decidir determinada matéria. Assim Silva (2002, p.447) define competência como a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões.

A repartição de competências é considerada como um dos elementos essenciais ao federalismo e sua caracterização efetiva. Pois quando não há uma hierarquia entre os entes federativos, as constituições estabelecem uma repartição de competência para garantir autonomia entre eles. (TAVARES, 2010, p. 1136)

Quanto a essa autonomia Moraes (2009, p. 297), discorre que, a autonomia das entidades pressupõe repartição de competências legislativa, administrativas e tributárias, sendo pois, um dos pontos caracterizadores e asseguradores do convívio no Estado Federal.

Moraes (2009, p. 297) prossegue que a própria Constituição Federal estabelece as matérias próprias de cada um dos entes federativos União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios, e a partir disso poderá acentuar a centralização de poder, ora na própria federação, ora nos Estados-membros.

Para nortear essa separação de poderes, há o princípio da predominância de interesse, pelo qual cabem à União, as matérias e questões de predominante interesse geral, nacional; aos Estados, as matérias e assuntos de predominante interesse regional; aos Municípios concernem os assuntos de interesse local; e ao Distrito Federal cabem os interesses regional e local. (HOLTHE, 2008, p. 243)

É evidente que todos os interesses terão repercussão em cada uma das três





estabeleceu uma alternativa em seu parágrafo único do art. 23, em que “Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Portanto, conclui Tavares (2010, p.1138) que nesses casos, aplica-se, basicamente, o princípio da predominância de interesses quando eventualmente surgir algum conflito.

Já no que tange à saúde, pode se dizer que o legislador colocou com competência comum, pois caso elencasse como outra competência poderia, eventualmente, surgir inúmeros problemas. Nessa linha, cumpre ressaltar as palavras de Weichert,

O esquema básico de repartição de competências adotado pela Constituição brasileira em 1988 conduziria ao seguinte dilema: (a) ou se previa a competência de saúde no ente federal, provocando os males do centralismo gigantesco, (b) ou se remetia essa atribuição aos Municípios ou aos Estados, que não teriam condições de, sozinhos, suportarem os ônus dos serviços, (c) ou se remetia a questão para a competência comum, assumindo-se o risco de adoção de políticas incongruentes e de desperdício de esforços e recursos, (d) ou chegava-se ao meio termo disso tudo: todos trabalhavam, mas dentro de um sistema unificado. Evidentemente, constitucionalizou-se essa última solução. (WEICHERT, 2004, p. 209)

Com isso, percebe-se que deve haver uma cooperação entre os entes com relação ao direito à saúde. Cooperação esta adotada pela nossa Constituição de 1988, como leciona Holthe,

A CF/88 adotou um mecanismo de federalismo cooperativo pelo qual as entidades da Federação auxiliam-se mutuamente, através de subsídios, transferências de receitas e etc., a fim de garantir que as competências federativas sejam cumpridas por cada ente de maneira eficiente. (HOLTHER, 2007, p. 230)

Embora o inciso II do artigo 23 afirmar que incumbe a todos os entes “cuidar da saúde”, para que não haja uma sobreposição de competências, o Constituinte dispôs no artigo 198 da Constituição Federal, inciso I, que as ações e serviços de saúde obedecerão a uma rede descentralizada. Desta feita, não bastasse todos os entes terem a obrigação de garantir a saúde, a Constituição preceituou regras próprias para que cada ente federado ficasse responsável por uma atribuição, com o objetivo de não



haver gasto irregular (duplicidade no cumprimento de determinada tarefa) ou inércia dos entes na implementação do direito. (NETTO, 2010, on-line)

Com isso percebe-se que atribui-se ao ente local a efetivação do direito à saúde, pois nada melhor que o ente local para conhecer a realidade de sua e necessidade de sua população.

Como percebe-se na competência atribuída aos municípios no art. 30, inciso VII, da Constituição Federal, cumpre a este ente prestar serviço de atendimento à saúde da população local em cooperação com a União e os Estados.

O princípio da descentralização dos serviços e ações de saúde refere um objetivo e um vetor a serem gradativamente implementados. É um princípio que se articula com a regionalização e hierarquização, indicando que os serviços devem ser primordialmente executados pelo Município. [...] Com a descentralização, o SUS remete a execução das ações e serviços públicos de saúde para os entes locais, que, próximos da população, possuem a melhor condição da avaliar as necessidades mais prementes e desenvolver as condutas mais eficazes de prevenção e tratamento. (WEICHERT, 2004, p. 166)

Assim, concluímos que embora os entes federados serem responsáveis pela garantia do direito à saúde, a Constituição em seu art. 196 definiu as atribuições de cada um para uma atuação integrada e de forma que garanta a efetivação desse direito a todos os cidadãos

#### **4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

A judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instancias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. 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. Como percebe-se na judicialização da Saúde. (BARROSO, s.d.,on-line)

A premissa inaugurada na Constituição de 1988 de que a saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado arrombou as portas dos tribunais para a chamada Judicialização da saúde. Ou seja, passou a buscar no Judiciário um direito





direitos sociais.

O estudo da atuação do judiciário na efetivação do direito à saúde traz à tona, a comprovação da ineficácia das políticas públicas para atender os direitos constitucionalmente protegidos.

Contudo, com o aumento das ações judiciais deve-se tomar o cuidado para que não se banalize o acesso ao judiciário sob o risco de haver, por exemplo, ações judiciais que serão utilizadas para desrespeitar as filas de transplantes sem critérios de riscos iminentes ou para receberem medicamentos e tratamentos de alto custo sem a real necessidade demonstrada.

Novas posturas no judiciário para dificultar as decisões favoráveis aos pedidos feitos nestas ações podem ocorrer como forma justamente de impedir que tal banalização possa acontecer.

Para que não se banalize ações individuais de acesso a Saúde que muitas vezes podem até salvar vidas, mas não se constroem possibilidades de acesso a outras pessoas, de forma que inviabiliza o orçamento público daqueles que carecem de acesso à justiça, é necessária a Judicialização da Saúde em alguns casos. Conquanto que seja sempre fundamentada as decisões judiciais, tendo base laudos técnicos de especialistas na área para que isso não se banalize e comecem aumentar demandas de medicamentos ou tratamentos que nem se quer se encontra na lista dos Sistema Único de Saúde.

Sendo assim, exige-se uma postura menos passiva, atuando o Judiciário como uma espécie de catalisador da vontade constitucional, através de imposições de deveres aos Poderes Públicos, mesmo que isso resulte em ônus financeiro, em supressão de vazios legislativos ou em implementação de políticas públicas.

Como atualmente a situação ideal de uma política pública está longe de ser realidade, é imprescindível a atuação jurisdicional para que pelo menos aqueles que batem à porta da Justiça possam usufruir, na mínima dimensão desejável, o direito conferido pela Constituição.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme percebeu-se o direito à saúde a partir da Constituição de 1988



configurou-se ao patamar de um direito social, que caracteriza como direito de todos e dever do Estado. Fato que deve ser garantido pelo estado através de políticas públicas, de responsabilidade do poder executivo e do legislativo.

Como a realidade de recursos que lidamos é bem escassa, a prestação do direito a saúde mediante formulação de políticas públicas justifica frente a nossa realidade. Sendo que este direito a saúde quando transportado a prática, compreendido como prestação materiais de bens e serviços, cabe que o emprego de recursos sejam feitos da melhor maneira, da forma que atenda o maior número de pessoas possíveis.

A partir do momento que a própria Constituição consolida a saúde como um direito social, tem o Estado a responsabilidade de tutela deste, passando a ter início o processo que foi denominado como Judicialização do Direito à Saúde.

O debate em torno deste processo no cenário nacional se focou, principalmente, na expansão do Poder Judiciário para áreas de responsabilidade do governo, como, o de delineamento e implementação de políticas públicas de saúde. Sendo assim, o debate centra-se na influência que o Poder Judiciário estaria exercendo nesta política pública, e em referência a esta influência, qual seria a legitimidade do Poder Judiciário, bem como os lados positivos e negativos desta intervenção.

Com isso, fica claro que o judiciário deve observar suas decisões, afim de que a concessão integral dos pleitos, que vem só aumentando, não possam a resultar na expansão da via judicial como acesso a bens e serviços de saúde, uma vez que esta na se configura como a mais adequada, já que a via administrativa que deveria fazer.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto, **Judicialização, Ativismo Judicial e Legalidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 03 de abril de 2012

BRASIL. Constituição. **Constituição federal. Brasília**: Senado Federal, 1988.

COSTA, Ana Maria, **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**, 2007. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Caminhos\\_do\\_Direitos\\_em\\_Saude\\_no\\_Brasil.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Caminhos_do_Direitos_em_Saude_no_Brasil.pdf)> Acesso em: 10 de jul. de 2012

GRAUS, Euros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª Ed, 2005



KELBERT, Fabiana Okchstein, **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do advogado: 2011

LOPES, Mauricio Caldas, **Judicialização da Saúde**, Lumen Juris, 2010

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: <<http://www.un.org>.> Acesso em: 01 abr. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 Ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, André Ramos, **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010

