

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: AS DEFICIÊNCIAS DO SUS COMO FATORES DE ACIONAMENTO JUDICIAL

JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH: THE DEFICIENCIES OF SUS AS FACTORS OF JUDICIAL ACTION

Mariana Ferreira Oliveira¹

José Cledson Paciência Teles²

RESUMO: A constitucionalidade do direito à saúde é inquestionável frente às disparidades sociais em relação à sua judicialização. Esta vertente é fundamentada na hipótese das diversas tensões causadas pela busca de um direito amplamente igualitário, como deveria ser este. Contudo, o abandono estatal e os princípios que norteiam o Estado brasileiro são os responsáveis pela busca do judiciário em litígios envolvendo o Direito à Saúde, por isso a judicialização deste direito é o ponto a ser tratado no presente artigo. Como metodologia utilizada, tem-se a pesquisa bibliográfica e análise de doutrina, objetiva-se por essa razão, melhor elucidar as deficiências do Sistema Único de Saúde como um fator de acionamento judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da saúde. Deficiências do SUS. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The constitutionality of the right to health is unquestionable in view of the social disparities regarding its judicialization. This strand is based on the hypothesis of the various tensions caused by the search for a broadly equal right as it should be. However, state abandonment and the principles that guide the Brazilian State are responsible for seeking the judiciary in disputes involving the Right to Health, so the judicialization of this right is the point to be addressed in this article. The methodology used is bibliographic research and doctrine analysis. The objective is for this reason to better elucidate the deficiencies of the Unified Health System as a factor of judicial action.

KEYWORDS: Health Judicialization. Sus Deficiencies. Fundamental Rights.

¹ Estudante de Direito na Universidade Federal de Alagoas. E-mail: marimelcoite@gmail.com

² Estudante de Direito na Universidade Federal de Alagoas. E-mail: cledyson1965@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A sistematização das garantias sociais, entre elas o Direito à Saúde, é uma das assertivas a serem discutidas, visto que o poder estatal resguarda a primazia de positivar e gerenciar os direitos sociais, dando ênfase aos que se tornam inerentes à revitalização da sociedade em seu contexto.

É notável que a carência no Sistema Único de Saúde no Brasil é uma das grandes problemáticas no judiciário, uma vez que os cidadãos, os quais dependem da gratuidade deste sistema, estão passíveis a não ter este direito social efetivado em totalidade devido ao mau gerenciamento de recursos e, concomitantemente, vulneráveis as deficiências orçamentárias do Estado. Por conseguinte, recai sobre a esfera jurídica a resolução destes litígios que se tornam frequentes em razão da grande demanda que o SUS tem e das dificuldades enfrentadas para atender minimamente a esse direito social. Deve-se enfatizar a necessidade de resgatar o caráter humanitário a fim de solucionar as problemáticas enfrentadas pelo Sistema Único de Saúde que é dotado do princípio de integralidade.

Logo, o sistema de saúde que vigora no Brasil, por se adequar comumente a uma normatização relativa dos direitos sociais, sob a égide dos direitos fundamentais, que se enraízam em programas e políticas públicas, torna-se inexorável a análise da aplicabilidade de investimentos nesta seara. Visto que, as disparidades da realidade dos brasileiros têm denotação econômica e social assumindo um viés que ampara a discussão sobre a abertura no plano concreto das transformações necessárias do atual sistema, dado que se não houver uma reestruturação dele, tudo estará em prol de um projeto não efetivado.

Frente ao que é exposto, o presente artigo tem por objetivo despertar na esfera jurídica a necessidade da discussão do Direito à Saúde e sua judicialização frente as mazelas sociais. A análise bibliográfica e doutrinária é a metodologia que perpassa sobre o presente estudo, visto que entender os emblemas que versam sobre a temática

1 SURGIMENTO DA SAÚDE INSTITUCIONALIZADA E O DEVER DO ESTADO

O ser humano, suscetível a frequentes intempéries para adaptar-se no planeta, teve seu corpo em frequentes descobertas e transformações, fazendo da saúde objeto de estudo de suma importância para obter bem-estar e qualidade de vida ao homem dotado de racionalidade. Tendo em vista a necessidade de garantir o acesso à saúde, teve-se, no Brasil,

a primeira manifestação de saúde pública, descentralizada, universal e integral com o Sistema Único de Saúde, o SUS.

Pregresso de uma conjuntura na qual os direitos sociais não eram formalmente expressos, visando garantir aos indivíduos o exercício e usufruto dos direitos fundamentais, em condições de igualdade, por meio de proteção e garantias advindos através do Estado Democrático de Direito, os cidadãos brasileiros pereciam numa condição de vulnerabilidade, especialmente no que diz respeito à saúde.

Na República velha, a população estava a mercê de um sistema marcado pelas relações imperialistas de poder, que caracterizava a prestação da saúde como mero favor do Estado à população sendo um ato discricionário³. Já no período de redemocratização, em 1980, alguns fatores contribuíram para a que fosse rompido o estigma da prestação do direito à saúde como um favor, dentre eles os direitos trabalhistas e boa parte dos direitos sociais. Neste período o direito a saúde surge como mercantilização, sendo que só havia amparo médico aqueles que houvessem plano de saúde ou vínculo empregatício com devido registro. Os demais, não estavam inclusos por meio de um princípio de universalidade, sujeitos, por conseguinte, a vulnerabilidade e recorrendo a curandeiros ou às Santas Casas de Misericórdia, organizações filantrópicas.

Em contrapartida a este cenário não universal de saúde, surge o movimento da reforma sanitária, cujo lema teve sua base na defesa da “saúde como um direito de todos”. É notório nessa fase, portanto, o surgimento fortalecimento dos princípios do Estado Democrático de Direito, bem como o princípio da universalidade, integralidade e descentralização. Este preconizou que deveria haver a participação da União, do Estado, poder Municipal e participação social, uma vez que a população está mais próxima a esta realidade e as mazelas por elas contidas.

Ademais, com a constituição de 1988, a saúde foi alçada às categorias de direito fundamental cujo sentido é a prestação do Estado a fim de concretizar e ampliar a todos os cidadãos. Sob o advento da constituição foi realizada uma institucionalização normativa, tornando péticos os princípios referentes a esta temática. Com princípios, normas e diretrizes foi possível o desenvolvimento do Sistema Único de Saúde (SUS). No artigo 196, a carta constituinte estabelece a saúde como “direito de todos e dever do Estado”⁴.

³ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização**: o Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

⁴ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização**: o Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

Partido dessa premissa, conclui-se que é de incumbência do SUS a prestação do cuidado em todas suas dimensões e níveis, do individual ao coletivo, da atenção primária à especializada. Com a implementação do SUS o direito à saúde deixa de ser privilégio exclusivo dos contribuintes da Previdência e se expande a todos os cidadãos, por conseguinte cabe ao Estado garantir a primazia desse direito.

É indubitável que, apesar de problemas de mau gerenciamento, o sistema único é realmente extraordinário em seu desempenho social. As falhas, que ainda são muito explícitas, não inferiorizam a grandeza deste sistema, o qual, como foi elucidado anteriormente, universalizou o acesso ao direito à saúde no Brasil.

2 DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO EMINENTEMENTE FUNDAMENTAL: PARADOXO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Têm-se através do constitucionalismo, movimento de limitação do poder estatal, a primeira manifestação expressa que levaria à formação dos direitos fundamentais. Não se pode inferir que os direitos sociais não são autênticos direitos fundamentais. Desse modo, o Direito à Saúde é inerentemente um direito fundamental, possuindo seus princípios resguardados pela constituição e contribuindo para a edificação do Estado Democrático de Direito, assim como tantos outros em um conjunto heterogêneo de direitos sociais. Então, o direito a saúde assim é tido como direito fundamental devido a sua essência construtiva para qualidade de vida do homem, inerentemente individual e não se põem a ser violado pelo Estado.

Conforme salienta Moraes,

(...) são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.⁵

Contudo, ao Estado é cabível a fomentação desse direito fundamental como direito eminentemente social, pois diz respeito à esfera pública e deve ser objeto de políticas sociais, ensejando uma ação do Estado para a redução de desigualdades e a efetivação de direitos. Em suma, o direito a saúde como direito fundamental e essencialmente social por garantir o ápice do que se entende por dignidade humana: a cidadania.

⁵MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. São Paulo, Atlas 2007.

2.1 PARADOXO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE A EXECUÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

O limiar da execução dos direitos sociais com a garantia constitucional que eles têm por serem fundamentais é uma discussão comum desde a retomada dos valores democráticos e da notoriedade dada aos princípios de dignidade da pessoa humana. A reserva do possível, conceituada como o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, considerando que em virtude de limitações econômicas, pode não ser atendido pelo poder estatal, comprometendo, conseqüentemente, a efetivação dos direitos sociais, desde que a exigência estaria acima do nível social preestabelecido.⁶

Destarte, muito do que é acionado ao judiciário em casos de assistência médica é contra argumentado pela organização estatal como algo que não pode ser prestado devido à escassez de recursos. Concomitantemente, se vale do princípio da reserva do possível para delimitar esse direito. Por esse viés, têm-se a hierarquização dos direitos, fazendo prevalecer, dessa forma, os direitos considerados de maior relevância naquele determinado momento.

O Mínimo Existencial, por sua vez, teve seu gênesis com necessidade de efetivar os princípios que garantem a dignidade da pessoa humana, sendo de responsabilidade do Estado a prestação aos que estão em situação de vulnerabilidade. Coaduna-se então, com a tese de que para haver a existência digna, é necessário gozar de condições mínimas invioláveis, não sendo estas objeto de cerceamento pelo Estado, mas que gera em contra partida a prestação fiel deste. Do mesmo modo é a prestação do direito à saúde que é pressuposto para que haja o mínimo existencial, a dignidade humana, qualidade de vida, que seja atendido os requisitos para atingir o ápice da cidadania.

Dignidade da pessoa humana segundo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e

⁶SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos humanos e limitações orçamentárias. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 29, n. 1, p. 205-226, jan./jun. 2013.

qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁷

Nesse viés, a junção do princípio do mínimo existencial, dignidade humana e cidadania pode-se inferir que no âmbito da saúde pública muito ainda deve-se em atingir. Não obstante tenha-se alcançado a maximização do conhecimento a esse direito, principalmente no âmbito de conhecimento, a maior falha atualmente é devido ao mau gerenciamento do sistema único de saúde. Ele, apesar de ser um sistema revolucionário, universal e descentralizado, ainda peca muito na sua integralidade. Sendo este, ponto crucial para a frequente judicialização da saúde.

O paradoxo entre o Mínimo Existencial e o a Reserva do Possível estão em refutação e se contradizem quando deixam de garantir a assistência básica para que seja concedido um tratamento exponencialmente mais caro para outra pessoa. Todavia, não esta aqui em discussão se o direito de tratamento concedido através do judiciário é válido ou não diante do princípio da reserva do possível. Pelo contrário, o Estado deve buscar estratégias para atender as necessidades básicas e excepcionais. Desde que garanta o Direito Social à Saúde.

Em síntese, a Reserva do Possível pode conviver pacificamente com o Mínimo Existencial, pois este atua como um limite para a invocação daquela, ou seja, a Reserva do Possível só poderá ser invocada quando realizado o juízo da proporcionalidade e da garantia do Mínimo Existencial com relação a todos os direitos em questão.

3 DIREITO À SAÚDE E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 denotam o espírito social, republicano e democrático da federação brasileira. Frente a isto, surge a temática ao Direito da Saúde que por ser um direito social, deveria, em tese, ter sua aplicação difundida sem restrições no plano concreto, haja vista que o impasse que norteia a caótica situação da saúde no Brasil relaciona-se a falta de um sistema que receba subsídios para exalar os seus efeitos frente à sociedade.

A positivação dos direitos sociais na carta magna, em espécie o Direito à Saúde, necessitaria de uma abordagem mais sistemática e consistente, visto que há um litígio em

⁷SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos humanos e limitações orçamentárias. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 29, n. 1, p. 205-226, jan./jun. 2013.

relação a quem pertence o direito de garantir a efetivação do mesmo, haja vista que municípios e estados não possuem uma autonomia constitucional capaz de impulsionar sua atuação nesta seara. Logo, percebe-se que cabe em exclusividade ao Estado garantir este direito a todos os cidadãos, mas é recorrível ao judiciário a situação em que o poder executivo não relativiza sua atuação em consonância a concretização de um sistema de saúde mais eficaz.

Logo, o que deveria ser um direito amplamente eficaz e igualitário para todos os brasileiros, torna-se um direito distante da realidade e bastante problemático, visto que sua aplicação se dá, na maioria das vezes, no plano formal, e jamais no plano material. Recaindo, assim, em todos os momentos grandes embates jurídicos e sociais relacionados à crise do Sistema Único de Saúde, pois não há uma positivação concreta deste direito social na realidade do Brasil, deixando com que este direito não passe de uma normatização constitucional, ou melhor, como nas palavras de Lassale,⁸ mera folha de papel presente na constituição.

A propósito, a expressa disposição de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, dentre os quais se encontram os direitos sociais (art. 5º. § 1º. da Carta Magna)⁹, faz superar em sua maioria das vezes, os questionamentos sobre a executividade dos direitos de segunda geração, como bem explica Bonavides.¹⁰ Dado que, recai sobre o executivo a responsabilidade de garantir os meios necessários para o bem-estar social, ainda que haja limitações principiológicas, que impossibilita recursos suficientes para gerir toda uma nação.

Mas, é extremamente importante, que haja uma discussão sobre o campo de aplicabilidade destes direitos, pois os mesmos estão bloqueados pelo princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, que além de limitar os investimentos na sociedade, faz com que o poder executivo se abstenha faticamente de sua responsabilidade por garantir todos os preceitos fundamentais positivados no texto constitucional.

3.1 O DIREITO À SAÚDE: DIREITO INDIVIDUAL OU DIREITO SOCIAL?

Na seara jurídica é importante a definição de termos que evidenciam direitos, pois os mesmos são responsáveis por elucidar as diversas aplicações dos seus sentidos no plano real.

⁸LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁹BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁰BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 63-74, 2002.

A importância destes direitos no ordenamento jurídico é imprescindível para a estruturação do Estado, haja vista que eles são o pontapé que norteiam todo o mundo jurídico. Com isso, reunindo os aspectos formais e matérias doutrinários em relação a esta vertente, os conceitos destes direitos surgem de uma ponderação sistemática aplicável ao mundo concreto.

Os direitos individuais, em sua essência, são limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos, para resguardar direitos indispensáveis à pessoa humana. Estes direitos estão fundamentados na Constituição Federal, art. 5º, além disso, possuem aplicabilidade imediata, tendo em vista sua importância para a estruturação do Estado Democrático de Direito.

Enquanto, que, os direitos sociais são os direitos que visam garantir aos indivíduos o exercício e usufruto de direitos fundamentais em condições de igualdade, para que tenham uma vida digna por meio da proteção e garantias dadas pelo Estado de Direito. Tendo sua aplicação por vezes mediata, dado que dependem da existência de recursos para sua aplicação.

Frente ao que é exposto, percebe-se que o Direito à Saúde, no plano formal é um direito social, haja vista seu cunho de efetivação e sua abrangência no contexto do Estado. Mas, em uma percepção material, nota-se que este Direito à Saúde é também um direito individual, pois ele pertence a todo ser humano e é indispensável para gerir toda a sociedade, pois sem o mesmo, não haveria um Estado condizente com sua estrutura normativa e constitucional.

Mas, nota-se que por ser um Direito Social ou um Direito Individual, o Direito à Saúde é frágil frente a todos os outros direitos que pertencem a estes agrupamentos, como por exemplo: o direito à liberdade, à propriedade, à expressão. Tendo, em sua maioria, uma aplicação mais condizente e efervescente distintamente do Direito à Saúde, que é tênue em seu campo de aplicação.

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE

A seara jurídica é abertamente principiológica, recaindo sempre uma ponderação de visões que se equalizam com o posicionamento mais atenuante para aquela interpretação. Na visão de Reale,¹¹ onde ele define que “princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um

¹¹REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

sistema de conceitos relativos a cada porção de realidade”. Ou seja, os princípios são cargas valorativas que norteiam todo o sistema jurídico-constitucional.

Para Alexy,¹² os princípios são mandamentos de otimização na medida em que os princípios podem ser vistos em grau variados. Logo, cabe uma maior valoração do que é interpretado. Portanto, o conceito de princípio que mais se aproxima de nosso ordenamento jurídico atual é o conceito trazido por Alexy, posto que eles ordenam as normas as quais são direcionadas ao caso concreto,

No campo da saúde, não é diferente, visto que este direito encontra fundamento na Constituição Federal de 1988, recaindo sobre o mesmo, espécies de norteamentos que coadunam sua aplicação no mundo jurídico. Em tese, são os princípios constitucionais aplicados à saúde que dão ênfase a garantia deste direito no caso concreto.

Por conseguinte, os princípios que induzem a constitucionalidade do direito a saúde são os princípios da universalização, da equidade e integralidade.

Segundo constante na cartilha de saúde do Brasil, os princípios supracitados possuem as determinadas interpretações:

Princípio da Universalização: a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais.

Princípio da Equidade: o objetivo desse princípio é diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior.

Princípio da Integralidade: este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.¹³

Substanciada a definição de cada princípio, é inexorável a assertiva de que ambos perpassam a idealização de um Direito à Saúde amplamente eficaz e igualitário. Mas, nota-se que na realidade, ainda que se fossem seguidos o que é assegurado, haveria dicotomias a serem resolvidas. Pois a desigualdade social presente no Brasil é sem dúvidas uma tormenta que dificulta a difusão de muitas garantias sociais, dado que não há pressupostos que alienem uma restauração das visões já enraizadas sob o solo brasileiro.

¹²ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹³PRINCÍPIOS do SUS. **Ministério da Saúde**, Brasil. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>. Acesso em: 01 de ago de 2019.

4 O PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O Direito à Saúde, como já mencionado é um direito que atenua uma fragilidade no caso concreto, por isso é necessário por vezes da atuação do poder judiciário para suprir a ausência de determinadas medidas que deveriam ser suficientes para equalizar este direito que é primordial para a subsistência humana.

Em regra, a saúde é um direito a ser garantido mediante políticas públicas e sociais, visto que a Constituição Federal de 1988 delega aos Poderes Legislativo e Executivo, no âmbito de suas atribuições, o dever de executá-las dando concretude ao comando constitucional. Mas, criar políticas públicas é sem dúvidas uma tarefa árdua nos dias contemporâneos, pois essa medida desenvolve a transferência de recursos públicos para o atendimento das demandas mais caras à sociedade, que deverá pautar-se em consonância com o princípio do mínimo existencial e da reserva do possível que impõe limitações aos poderes no que tange investimentos que não estejam previstos nas diretrizes orçamentárias estabelecidas.

Com essa perspectiva que limita os investimentos, o Direito à Saúde fica a mercê em todos os aspectos de uma possível quebra do sistema, visto que por ser um direito que cuja responsabilidade recai ao Estado, muitos indivíduos ficam em filas de hospitais, sem médicos e por vezes sem tratamentos para alguma enfermidade que não tem cura de imediato. Ocasionalmente, assim, o caos na saúde pública, que lota os órgãos jurídicos com reclamações e entrada de ações pedindo um direito garantido na constituição, mas que não encontra efetivação no plano real.

A constituição de 1988 preceitua que o Direito a saúde:

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 recuperação.¹⁴

Em razão do que é acima exposto, é clara a ideia de que o poder estatal deve coadunar suas ações para garantir o mínimo deste direito no aspecto material, mas, é doravante a assertiva de que nem o mínimo é garantido, pois há muitas dificuldades que tangenciam a disparidade deste direito na sociedade.

Entretanto, não possuindo a assistência que necessita, não resta outra medida a não ser acionar o poder judiciário para obter um direito constitucionalmente previsto. E por este motivo, há hoje muitos processos que reivindicam um direito a uma cirurgia que não é

¹⁴BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

abarcada pelo SUS; um remédio que não é gratuito, mas que é vital do indivíduo; um tratamento que não é ofertado no hospital público, mas que tem a capacidade de salvar uma vida. Por isso, há muitos processos deferidos quando envolve o Direito à Saúde, pois o magistrado não quer se responsabilizar por um direito não transmitido, ou melhor, por um direito não efetivado pelo Estado.

Frente ao que é citado, existe muita discordância, visto que quando um magistrado opera a delegação de um direito que é restringido pelo Estado, há o denominado choque entre os poderes. Pois, em regra, cabe ao executivo e ao legislativo atuar frente a estes direitos, mas como os mesmos estão limitados a ordens constitucionais criadas por eles mesmos para não exceder o capital público, acabam por se abster de suas responsabilidades.

Por isso, surge a incógnita da universalização da saúde pública, dado que não há meios que capacitem este direito plenamente a todos, surgindo a denominada judicialização da saúde, que formalmente oculta alguns desvios do poder estatal frente a este direito, mas que no âmbito material, não cessa os devaneios causados pela crise na saúde pública.

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No Artigo 196 da Constituição Federal citado na seção anterior, a saúde figura como “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 recuperação”. Nosso Sistema Único de Saúde atua nesses três pilares básicos – promover, proteger e recuperar a saúde – e é exemplo de sistema de saúde no mundo todo. Mas, frente à ineficácia do sistema quem tem por motivo a falta de um financiamento estável para o SUS, o direito a saúde torna-se um problema que se desencadeia nos órgãos jurídicos.

No Brasil, a maioria dos casos que envolvem o acionamento da justiça frente ao Direito à Saúde é para conseguir a aquisição de medicamentos, mesmo com a existência da Política Nacional de Assistência Farmacêutica, que

Envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população.¹⁵

¹⁵PAIM, Jairnilson. **O que é o SUS?**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015.

Visto que, ainda que exista todo um meio para tentar universalizar determinados meios para atenuar a atual crise no sistema, isso ainda é totalmente eficiente.

Logo, a judicialização da saúde envolve não apenas os medicamentos ainda não incorporados pelo SUS, mas também os já disponíveis no Sistema que, por diversos motivos acabam não chegando aos pacientes, por motivos de logísticas, distribuição ou falta de recursos, expondo assim, as mazelas de um sistema que deveria operacionalizar a garantia constitucional de um direito.

Segundo publicação da Interfarma,

a judicialização da saúde tornou-se um problema diário, grave e crescente que desafia autoridades nos três níveis do Poder Executivo, pois contribui para acumular milhares de processos nos tribunais, desorganizar as contas públicas e favorecer os que possuem meios e recursos para recorrer à Justiça, não necessariamente os que realmente necessitam.

Sobretudo, além disso, quando o magistrado vai decidir sobre o deferimento do direito a saúde ou não, há o choque de regras. De um lado, a regra da solidariedade no fornecimento de saúde (artigo 196, CF/88), e de outro, a regra da descentralização do SUS (artigo 198, I, CF/88). Nestas situações em que há conflito de normas constitucionais, o magistrado deve se utilizar do princípio da concordância, aplicando as duas regras, com proporcionalidade, evitando o sacrifício total das duas disposições constitucionais. Assim afirma Alexandre de Moraes:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.¹⁶

O CNJ trouxe a resolução da problemática que envolve a proporcionalidade das regras que entram em choque por conta da aplicação da norma no mundo concreto pelo magistrado. O Enunciado 8 da I Jornada de Direito da Saúde e o Enunciado 60 da II Jornada de Direito da Saúde, ambas realizadas pelo citado conselho:

CNJ – I Jornada de Direito da Saúde – Enunciado nº 08 – Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde *devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.* (Grifo do autor)¹⁷

¹⁶BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁷JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE, 1.; [S.l]. **Portal CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>. Acesso em: 8 de junho de 2019.

CNJ – II Jornada de Direito da Saúde – Enunciado nº 60 - 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.*(Grifo do autor)¹⁸

Os magistrados, muitas vezes quando vão decidir uma causa sobre esta temática, agem pela afetividade, visto que ainda que ele dê a procedência para aquele caso, o mesmo ainda não está totalmente efetivado, dado que não há garantia para este direito.

Portanto, percebe-se que a judicialização da saúde, envolve muito mais que dar o medicamento, ou conceder um direito a algum tratamento, visto que há muitos empecilhos relacionados a esta temática.

4.2 AS DECISÕES JUDICIAIS E SUAS PROBLEMÁTICAS

No que tange as decisões jurídicas concedendo um direito é algo a ser visto, dado que a não compatibilidade da decisão com o ordenamento em si, pode gerar diversas discrepâncias na efetivação de um direito, visto que a justificativa para a precária situação da saúde no Brasil é o não capital disponível.

Existem muitos posicionamentos defendendo que a judicialização da saúde não resolveria o problema de acesso aos tratamentos no SUS nem muito menos resolveria a situação caótica da saúde pública. Para o poder executivo, esta também não é saída, dado que a União ou o Estado gastam muito mais com a compra de medicamentos individuais para obedecer a decisões do Poder Judiciário do que se os medicamentos fossem adquiridos em quantidade, com valores negociados para todos que dele necessitam. Além disso, como não é possível prever o montante do orçamento que será destinado ao atendimento de ações judiciais, os gestores públicos enfrentam maiores desafios em manter um serviço de saúde funcional e eficiente para a população, já que alguns recursos precisam ser realocados.¹⁹

Os gastos do governo para cumprir determinações judiciais estão indo em contrapartida com o superávit esperado, estimando-se que em 2016 o Governo Federal tenha gastado com medicamentos o montante de R\$ 1,6 bilhão com pacientes que buscaram a

¹⁸JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE: A JUSTIÇA FAZ BEM À SAÚDE, 2.; [S.l]. **Portal CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>. Acesso em: 8 de junho de 2019.

¹⁹O QUE é judicialização em saúde?. **FEMAMA**, [S.l], 26 set. 2015. Disponível em: <https://www.femama.org.br/2018/br/noticia/o-que-e-judicializacao-em-saude-?t=1556406544>. Acesso em: 10 de jun de 2019.

judicialização do seu direito a saúde. Esse número foi de R\$ 800 milhões em 2014 e de R\$ 1,2 bilhão em 2015.

Portanto, adotar uma gestão eficiente que evite a falta de medicamentos previstos no SUS, e a inclusão de novos tratamentos na rede pública de saúde, diminuíram as tensões causadas pela não efetivação do direito a saúde. De acordo estudo da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma), a recusa de incorporações por parte do Ministério da Saúde estimula a judicialização e obriga o Estado a adquirir produtos com preços mais altos. A principal consequência disso é um gasto muito maior do que a demanda per capita pode fornecer quando comparado a um paciente com acesso ao medicamento pelo SUS.

CONCLUSÃO

O ser humano, em todos seus estágios da vida, busca controlar os acontecimentos, num instinto protetor, evidenciando o progresso de suas condições físicas e psíquicas. Intrinsecamente está a saúde, a qual é responsável por gerir todos esses processos de modo a assegurar a integridade do homem enquanto ser. Em consonância com essa necessidade humana tem-se buscado formas de atender a essa necessidade, que reverbera em forma de direito, através de políticas públicas. O SUS, como principal ferramenta para atingir a essa premissa, vem ganhando destaque em seu papel social, no entanto, em contrapartida, enfrentando dificuldades para atingir a dignidade da pessoa humana em seu ápice.

A função do judiciário, como defensor dos direitos individuais, coletivos e principalmente sociais, é fazer com que esses direitos sejam assegurados pelo Estado. A judicialização da saúde é ferramenta fundamental para que a população tenha acesso a esse direito inviolável. No entanto, cabe ao judiciário ponderar para que e sejam respeitados os princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. De modo que, através desse raciocínio lógico, as necessidades dos judicializados sejam atendidas de modo satisfatório; tanto para a conjuntura econômica do Estado, quanto para o próprio bem – estar social.

Durante o desenvolvimento da pesquisa, foram abordados os tópicos: direito à saúde como um direito eminentemente fundamental; surgimento da saúde institucionalizada e como dever do Estado; direito à saúde e sua constitucionalização; e por último, o poder judiciário e a judicialização da saúde. Todos estes têm a finalidade de elucidar o resgate a dignidade humana, bem como despertar a discussão sobre esta temática tão importante para a atingir o êxito do conceito de cidadania e dignidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização**: o Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 63-74, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a judicialização. Rio de Janeiro: UERJ, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

O QUE é judicialização em saúde?. **FEMAMA**, [S.l], 26 set. 2015. Disponível em: <https://www.femama.org.br/2018/br/noticia/o-que-e-judicializacao-em-saude-?t=1556406544>. Acesso em: 10 de jun de 2019.

JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE, 1.; [S.l]. **Portal CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>. Acesso em: 8 de junho de 2019.

JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE: A JUSTIÇA FAZ BEM À SAÚDE, 2.; [S.l]. **Portal CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>. Acesso em: 8 de junho de 2019.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRINCÍPIOS do SUS. **Ministério da Saúde**, Brasil. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>. Acesso em: 01 de ago de 2019.

PAIM, Jairnilson. **O que é o SUS?**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos humanos e limitações orçamentárias. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 29, n. 1, p. 205-226, jan./jun. 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. São Paulo, Atlas 2007.