

Judicialização do Direito à Saúde: entraves entre Estado e Sociedade

Marjorie Costa de Avelar*

Resumo: O acesso aos direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 é uma das estruturas basilares do nosso Estado Democrático Brasileiro. Entre esses direitos, está a saúde. Partindo do próprio diploma constitucional em seu artigo 196, incumbe-se ao Estado o dever de promover ações que visem à garantia do aludido direito, entretanto, a sua conduta omissiva acaba por inviabilizar o acesso ao direito à saúde. A Constituição da República Federativa do Brasil traz, em seu artigo 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. Entretanto, embora expresso o compromisso/dever, é crescente o número de ações que ingressam no Judiciário na tentativa de que se cumpra a obrigação de fazer por parte do Estado. Essas ações visam, principalmente, ao fornecimento de medicamentos (em geral de alto custo) e o custeio de cirurgias. Sob esse ponto, o Estado, não raras vezes, manifesta que o não cumprimento da obrigação legal/constitucional, advém da reserva do possível ou natureza programática dos direitos sociais ou a separação de poderes. Porém, o Supremo Tribunal Federal reconhece que não é possível que tal argumento seja utilizado quando se trata da garantia de direitos fundamentais. Assim, conforme jurisprudência do STF: “Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo”. [AI 550.530 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-6-2012, 2ª T, DJE de 16-8-2012.]. Além disso, como diz George Marmelstein Lima: “As primeiras decisões do STF sobre o assunto são do final dos anos 1990 e envolviam o fornecimento do coquetel de medicamentos para os portadores de HIV. A partir de 2000, consolidou-se de vez a ideia de que os juízes podem obrigar o poder público a adotar medidas para implementar o direito à saúde, seja num nível individual, seja num nível coletivo”. Nesse sentido, compreende-se que o Estado, através da sua omissão, traz barreiras para o pleno acesso ao aludido direito, impondo ao cidadão que ingresse na via judicial para que tenha a pretensão de obter a resposta para o litígio. Entretanto, um dos problemas que essa judicialização da saúde acarreta é a prioridade no atendimento do paciente que obteve uma ordem judicial favorável, o que impulsiona, cada vez mais aumento do número de ações relacionadas à temática que são ingressadas perante o Judiciário. Desse modo, mostra-se extremamente relevante o diálogo interdisciplinar entre profissionais do Direito, da Saúde e da Gestão Pública, a fim de desenvolver

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Estagiária na 25ª Vara da Justiça Federal/MG desde dez/2016. Atualmente realiza curso de capacitação para atuar como conciliadora voluntária no TJMG.

mecanismos que possibilitem o efetivo acesso ao direito à saúde longe da óptica judicial, exclusivamente. Ao contrário, a garantia de tal direito, como bem orienta o art. 196 da CRFB/88 passa pela implementação de políticas públicas pelo Estado.

Palavras-chave: Saúde; Direito; Estado; Judicialização; Políticas públicas.

INTRODUÇÃO

O acesso aos direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 é uma das estruturas basilares do nosso Estado Democrático Brasileiro. Entre esses direitos, está a saúde. Partindo do próprio diploma constitucional em seu artigo 196, incumbe-se ao Estado o dever de promover ações que visem à garantia do aludido direito, entretanto, a sua conduta omissiva acaba por inviabilizar o acesso ao direito à saúde.

1. DA METODOLOGIA EMPREGADA

O presente trabalho é fruto das discussões que ocorreram em decorrência do estágio no órgão judiciário. Assim, assessoras cordialmente disponibilizavam artigos e decisões para estimular esse debate que, não raras vezes é simplificado pela ponderação de princípios, em que há o entrave entre direito à saúde e reserva do possível (falta de receita disponível para efetivar direitos). Além disso, o debate foi trazido aos professores da universidade, que indicaram pessoas atuantes na área frente ao tema. A partir de então, com o diálogo desenvolvido com desembargadores e profissionais da saúde, houve indicação de extensa lista bibliográfica, o que possibilitou uma análise teórica quanto ao assunto.

Entretanto, em virtude da próprias conversas e material de leitura indicado, houve um redirecionamento da pesquisa no sentido de que um tema que é extremamente minorado (políticas públicas voltadas para a saúde) deve tomar o centro da discussão, pois é em boa medida pela ausência dela, ou má execução, que o efeito de judicialização faz-se presente e ganha destaque.

2. ESTADO COMO AGENTE QUE PROMOVE O DIREITO À SAÚDE?

A Constituição da República Federativa do Brasil traz, em seu artigo 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”.

Entretanto, embora expresso o compromisso/dever, é crescente o número de ações que ingressam no Judiciário na tentativa de que se cumpra a obrigação de fazer por parte do Estado. Essas ações visam, principalmente, ao fornecimento de medicamentos (em geral de alto custo) e o custeio de intervenções cirúrgicas. Sob esse ponto, o Estado, não raras vezes, manifesta que o não cumprimento da obrigação legal/constitucional, advém da reserva do possível ou natureza programática dos direitos sociais ou a separação de poderes. Porém, o Supremo Tribunal Federal reconhece que não é possível que tal argumento seja utilizado quando se trata da garantia de direitos fundamentais.

Assim, conforme jurisprudência do STF:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo. [AI 550.530 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-6-2012, 2ª T, DJE de 16-8-2012.]

Além disso, como diz [George Marmelstein Lima](#):

As primeiras decisões do STF sobre o assunto são do final dos anos 1990 e envolviam o fornecimento do coquetel de medicamentos para os portadores de HIV. A partir de 2000, consolidou-se de vez a ideia de que os juízes podem obrigar o poder público a adotar medidas para implementar o direito à saúde, seja num nível individual, seja num nível coletivo.

Nesse ponto, é preciso reiterar que é preciso desconstruir essa ideia de que a ordem judicial seja o primeiro passo para efetivar o direito à saúde, ao contrário, deveria ser mecanismo excepcional.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS X ORDEM JUDICIAL

A rigor do que traz o artigo 196 da CRFB/88, o Estado deve efetivar o direito à saúde através das Políticas Públicas e não mediante intervenção na esfera judicial. Nesse ponto, há de se falar de uma interferência na lógica da Competência. Não é possível conceber que o Judiciário como regra supra a omissão/má administração do gestor público. Cabe ao Poder Público planejar, desenvolver e executar políticas públicas voltadas à efetivação

do direito à saúde, enquanto direito fundamental disposto no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Entretanto, o Judiciário deveria analisar justamente a conduta do gestor público para responsabilizá-lo nos casos omissivos, delimitando o parâmetro de conduta esperada.

Em suma, não há que se delegar ao poder judiciário função que é definida constitucionalmente como do poder legislativo e executivo.

4. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Em sua contestação frente à lide, o Estado (em geral o município) justifica sua inércia em virtude do Princípio da Reserva do Possível. Para tanto, faz-se necessário a conceituação do aludido princípio. Conforme define Patrícia Gomes Ribeiro (2011): “Tal princípio consiste na garantia dos direitos já previstos no ordenamento jurídico, desde que existentes os recursos públicos correlatos.”

Além disso, a referida autora destaca:

Assim, conforme exposto em linhas pretéritas, a reserva do possível deve estar em sintonia com a dignidade da pessoa humana que não pode ser maculada, ante a alegação de falta de previsão orçamentária, sob pena de violação aos fundamentos encartados na Constituição Cidadã.

Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 717):

(...) percebemos que, na verdade, toda a discussão sobre a *reserva do possível* ou do *mínimo existencial* está posta para *mascarar* o problema da *escolha política* quanto à alocação de recursos orçamentários levada a cabo pelos *Poderes Executivo e Legislativo*. Oculta-se, na verdade, a inexistência de qualquer programa político, a curto, médio e longo prazo, voltado para as ações sociais.

Desse modo, atentando-se para a ideia trazida pelo autor, não há de se reduzir o debate ao argumento simplista de falta de condições de fazê-lo (Reserva do Possível), pois tal fato apenas ressalta o desinteresse do Poder Público em cumprir os preceitos da nossa Constituição. Assim, há de aprofundar a discussão frente às novas perguntas que surgem: por que há o desinteresse em realizar políticas públicas voltadas à saúde? Como responsabilizar o gestor público omissivo?

5. DA NECESSIDADE DE DISCUSSÃO ACERCA DA TEMÁTICA

Com a nossa visão recente de que é mais fácil ingressar em juízo, os tribunais estão cada vez mais repletos de demandas para apresentar uma solução à lide. Assim, essa grande quantidade de ações tem gerado como consequência a morosidade no nosso sistema judiciário. Como afirma Patrícia Gomes Ribeiro:

A saúde, como direito de natureza subjetiva pública, deve ser garantida pelo Estado mediante condutas positivas. A partir dessa premissa e, mediante as inúmeras demandas judiciais hodiernamente em trâmite nos tribunais pátrios pleiteando o fornecimento de medicamentos, exames ou tratamentos de saúde, constata-se que o cidadão deseja a concretização, por meio do Poder Judiciário, de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Desse modo, torna-se extremamente necessário desconstruir essa ideia que a discussão deve passar, primeiramente pela via judicial. Ademais, não há também como conceber que um referido estado/município cumpra o seu dever constituição de efetivar o direito à saúde apenas pela imposição judicial, enquanto deveria fazê-lo, espontaneamente, através de políticas públicas, como orienta o próprio artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil/88.

Além disso, vale ressaltar o aspecto democrático por detrás das decisões judiciais. Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 718):

(...) os magistrados acabam com suas sentenças “heróicas” olvidando-se da racionalidade comunicativa (democrática) de suas decisões. Mesmo que o façam tomados pelas melhores das intenções, isso não é suficiente se tais decisões carecem de legitimidade. Apenas a abertura para discussão em espaço institucional próprio - e este, nem de longe, é o Judiciário - a questão pode receber melhores contornos e delineamentos.

Nesse sentido, o autor frisa que o magistrado não pode se esquecer da finitude dos recursos públicos, que é fator extremamente relevante para que a sentença a ser elaborada venha a produzir os efeitos esperados. Por fim, reitera que o Judiciário não é o local ideal para se enfrentar essas questões.

6. CRÍTICA À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

Entretanto, um dos problemas que essa judicialização da saúde acarreta é a prioridade no atendimento do paciente que obteve uma ordem judicial favorável, o que

impulsiona cada vez mais aumento do número de ações relacionadas à temática que são ingressadas perante o Judiciário. Nesse sentido, o próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais montou um relatório para apresentar a evolução do número de ações nesse sentido, tendo como foco o período compreendido entre 2015 e março de 2017, separando a análise entre setor público e privado.

Ademais, nas próprias palavras do Ministro Luis Roberto Barroso (p. 25-26):

Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão.

Além desses apontamentos, há de se falar da crítica no sentido da legitimidade do Poder Judiciário para enfrentar essas demandas, pois é o órgão que não é eleito pelo povo.

7. REFLEXOS DA JUDUCIALIZAÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

O Sistema Único de Saúde (SUS) é regulado pela Lei nº 8.080/1990, que estabelece as diretrizes da promoção e acesso ao direito à Saúde. Além do que está previsto no [art. 198 da Constituição Federal](#), há outros princípios norteadores, entre os quais estão a Universalidade, que define que é objetivo do referido sistema possibilitar a todos o uso desses serviços, conforme orienta art. 7º, inciso I da aludida legislação “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”. Além deste princípio há a Integralidade, disposta no inciso II no mesmo artigo “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Ademais, no referido dispositivo legal há definição da descentralização, a fim de que as políticas públicas sejam desenvolvidas levando em consideração as especificidades de cada região. Assim, ainda que haja essa especialização da atuação, o SUS atuará garantindo recursos para serviços de atenção primária, secundária e terciária. Nesse ponto, o aludido sistema visa não só garantir acesso aos serviços para o doente e o doente grave, mas atuar visando à prevenção de doenças. Entretanto, em relatos obtidos através dos debates com profissionais da saúde (do setor público), quando a sentença que determina o fornecimento de medicamento ou custeio de procedimento cirúrgico chega, há o desvio de parte do recurso destinado ao setor primário (prevenção) para o setor secundário/terciário. Ademais, rompe-se, portanto a própria lógica já pré-estabelecida

nos hospitais, qual seja, a ordem de destinação de medicamento ou procedimento está vinculada a uma lista interna, entretanto, há com a sentença uma quebra nessa lista.

Desse modo, sendo o SUS, um sistema que tem uma lógica pré determinada, com o objetivo de promover o investimento em prevenção, depois em cuidados secundários e por fim, terciários, haverá a inversão dessa lógica.

CONCLUSÃO

Nesse sentido, compreende-se que o Estado, através da sua omissão em desenvolver políticas públicas, traz barreiras para o pleno acesso ao aludido direito, impondo ao cidadão que ingresse na via judicial para que tenha a pretensão de obter a resposta para o litígio.

Desse modo, mostra-se extremamente relevante o diálogo interdisciplinar entre profissionais do Direito, da Saúde e da Gestão Pública, a fim de desenvolver mecanismos que possibilitem o efetivo acesso ao direito à saúde longe da óptica judicial, exclusivamente. Ao contrário, a garantia de tal direito, como bem orienta o art. 196 da CRFB/88 passa pela implementação de políticas públicas pelo Estado.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO. CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Judicialização da saúde no Brasil: desafios para a mediação*. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/17/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20NO%20BRASIL%20Desafios%20para%20a%20mediacao.pdf>.

Acesso em: 20 abr. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> Acesso em: 22 abr. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Judicialização da Saúde - Acervo de processos em cada município*. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8382/1/Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20Sa%C3%BAde%20-20Acervo%20de%20processos%20em%20cada%20munic%C3%ADpio.pdf> Acesso em: 25 abr. 2018.

Judicialização da Saúde: seminário discute parâmetros para a concessão judicial de medicamentos. Disponível em: <http://www5.trf5.jus.br/noticias/319035> Acesso em: 20 maio 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

LIMA, [George Marmelstein](#). *Cinco Pontos de Reflexão sobre a Judicialização da Saúde.* Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2016/01/19/cinco-pontos-de-reflexao-sobre-a-judicializacao-da-saude/> . Acesso em: 18 abr. 2018.

RIBEIRO, Danielle Sachetto. *O direito à saúde em tempos neoliberais: a judicialização da saúde como estratégia para a garantia de direitos?* Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014. Disponível em: http://www.ufjf.br/ppgservicosocial/files/2014/01/danielle_ribeiro.pdf> Acesso em: 25 abr. 2018

RIBEIRO, Patrícia Gomes. *O direito à saúde e o princípio da reserva do possível.* Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Natal/RN v.2 n.2 mai/jun 2011. Disponível em: http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=16> Acesso em: 23 abr. 2018.

SILVA, Leny Pereira da. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível.* Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf> Acesso em: 18 maio 2018