

ARTIGO ORIGINAL

BARBOSA, Diego Cury-Rad ^[1]

BARBOSA, Diego Cury-Rad. A Judicialização Do Direito À Saúde. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 05, Vol. 02, pp. 163-173. Maio de 2021. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/judicializacao>

Contents

- RESUMO
- 1. INTRODUÇÃO
- 2. ASPECTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL
- 3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO FENÔMENO JURÍDICO
- 4. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA POLÍTICA DE SAÚDE
- 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS
- REFERÊNCIAS

RESUMO

Este artigo tem por objetivo discorrer sobre a Judicialização do Direito à saúde, mostrando os obstáculos para concretização desse processo na garantia de respostas às demandas judiciais. Parte-se do seguinte problema: A Judicialização pode ser considerada uma solução para a garantia de direito à saúde? A relevância desse estudo investigativo justifica-se pela constatação, a partir de leituras em diferentes fontes de pesquisas, como Revistas científicas, livros, periódicos, artigos científicos publicados, dentre outros, sobre o assunto, de que nas últimas décadas é possível observar um aumento nas demandas judiciais em relação a este direito. O termo saúde expresso na Constituição, vai além que a simples ausência de doença. Atualmente é colocada pelo constituinte como um bem econômico não restrito ao mercado, como forma de vida da sociedade, e direito que se afirma enquanto política, com as dimensões de garantias de acesso universal, qualidade, hierarquização, conforme estabelece na Constituição brasileira de 1988. A metodologia utilizada neste estudo foi uma revisão

bibliográfica da literatura científica pertinente ao assunto, e seguir-se-á o método indutivo com escopo exploratório descritivo. Para viabilizar a saúde enquanto política, o Estado constituiu entidades públicas da Administração direta e indireta, como também estabeleceu parcerias com setor privado. Contudo tem se mostrado ineficiente na sua missão em garantir o direito à saúde de todos. Desse modo, muitos que necessitam dessa garantia buscam o Poder Judiciário para a cessação da violação de tal direito.

Palavras-chave: Constituição Federal/88, Políticas Públicas, Judicialização do Direito à Saúde.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre a Judicialização do Direito à saúde, mostrando os obstáculos para concretização desse processo na garantia de respostas às demandas judiciais. Parte-se da premissa que atualmente exige-se do Estado múltiplas atividades que garanta o exercício da cidadania e a efetivação dos direitos fundamentais previsto na Constituição em vigor, entre os quais o Direito à Saúde, mediante a implementação de Políticas Públicas e Programas de ação.

Por outro lado, é do conhecimento geral de que a realização tanto de políticas, quanto de programas de ação do Estado passa pelo crivo da esfera jurídica. Haja vista que, é através dessa esfera que se regula a atuação do Estado, nessa e em outras áreas. Assim consideram-se as Políticas Públicas como um fenômeno jurídico, consequentemente a Política de Saúde, como também de natureza jurídica. As demandas judiciais particularizadas, sobretudo as que se referem a processos e insumos de saúde direcionados a entes do poder público vem crescendo significativamente. Fato que vem demonstrar por estudiosos sobre a matéria, que precisa ser amplamente discutida a atuação do sistema de justiça no acesso à Política de saúde, considerando os prós e contra implicações dessa atuação.

Dessa forma, este estudo justifica-se pela relevante contribuição que pode trazer para outros que tratam da matéria, à medida que há ainda muitas controvérsias entre pesquisadores e operadores do Direito sobre os processos judiciais envolver-se nas tomadas de decisões em relação ao direito à saúde. Não se pode negar ser fato, que o Estado não dispõe de recursos financeiros para salvar igualmente pacientes que procuram por esses serviços. Existem,

portanto lacunas a serem preenchidas sobre os efeitos causados pela Judicialização do Direito À Saúde, tema discutido neste artigo.

As seções que seguem têm por finalidade descrever o processo de judicialização do Direito à saúde, descrevendo posições jurídicas sobre a atuação do Poder Judiciário sobre o tema em questão, a partir de uma releitura acerca da evolução histórica do Direito à Saúde no Brasil, passando pelas Políticas Públicas enquanto fenômeno jurídico, e pôr fim a atuação do Poder Judiciário atualmente para garantia do Direito à Saúde.

2. ASPECTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A definição de saúde é muito complexa, pois abrange diversas concepções, que vão além da ausência de doença ou fatores biológicos e genéticos. Reflete aspectos sociais, econômicos, políticos, culturais e outros. Portanto, diz respeito à qualidade e estilo de vida de determinado indivíduo ou grupo social. De acordo com a visão de Silva (2016),

Com a Constituição de 1988, o direito à saúde foi alçado à categoria de direito subjetivo público, reconhecendo-se, pois, que o sujeito é detentor do direito que o Estado está obrigado a garantir. Assim, compete ao Estado garantir a saúde do cidadão e da coletividade. Entretanto, o sujeito não perde a responsabilidade de cuidar de sua saúde e de contribuir para a saúde coletiva. (SILVA, 2016, p. 9)

A Constituição de 1988, certamente apresenta-se como marco histórico do amparo legal à saúde. A partir de então, a saúde passa a compor a Seguridade Social, juntamente com as políticas de Previdência e Assistência Social. Antes da promulgação desse diploma legal, os serviços e atenção à saúde eram seletivos destinados a grupo de pessoas, em geral vinculados a categorias de profissionais, excluindo assim várias pessoas que não possuíam condições para pagar por seu tratamento de forma particular, e/ou que não contribuíam com a Previdência Social por não estar formalmente no mercado de trabalho.

De acordo com Bravo (2008) e Sousa (2014) apud Silva et al. (2017), até a década de 1960, a saúde era tratada de forma curativa, voltada apenas para o tratamento da doença física, e a organização dos serviços públicos de saúde priorizavam as campanhas sanitaristas. Nesse período, a política de saúde não era considerada um direito de todos, pois dava ênfase ao

atendimento dos problemas de saúde dos indivíduos que estavam inseridos no mercado de trabalho. Tal fato pode ser constatado quando se observa o processo de estruturação das primeiras iniciativas de proteção social, como, por exemplo, as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), e o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), criadas para dar cobertura apenas aos trabalhadores urbanos que eram contribuintes e com uma medicina curativa, individualizada e focada nas questões que envolviam o processo doença-trabalho.

Na década de 1980, a crise da previdência provocou uma ligação mais intensiva entre o INAMPS e os serviços públicos de saúde. Nasce então o que se denominou Ações Integradas de Saúde (AIS). O cerne: parceria da saúde pública municipal e estadual com a previdência; prestação de cautelas, enfatizando primários ambulatoriais; transferência de recursos da previdência para que fossem efetuadas essas ações pelos Estados e municípios. As AIS foram aprimoradas a partir de 1987, com o que se denominou Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS), permanecendo até 1991 quando teve a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS). A discussão de uma proposta universal e inovadora com a comunidade e os técnicos teve como resultado aquilo que foi denominado como Projeto da Reforma Sanitária. (CARVALHO, 2021).

Em 1986, o Ministério da Saúde convocou a VIII Conferência Nacional de Saúde e as organizações da sociedade civil. O tema central da Conferência foi “Saúde, Dever do Estado e Direito do Cidadão”, versando sobre a reformulação do Sistema Nacional de Saúde e o financiamento do setor. A VIII Conferência Nacional de Saúde tornou-se, um marco do processo de democratização do setor, especialmente para as relações entre Estado e sociedade civil desde então, abriu-se trilhas para novas formas de conceber e organizar o sistema de saúde. (COSTA, 2007)

Constata-se dado o exposto, que o movimento da Reforma Sanitária da década de 1970, bem como a convocação da VIII Conferência Nacional de Saúde contribuiu para o reconhecimento da universalidade do direito à saúde, preconizado pela Constituição de 1988. Cabe lembrar que o Art. 196 define “a saúde como um direito de todos e dever do Estado”.

A partir de então, e com o processo de democratização no Brasil, que culminou na promulgação da Constituição/88, Políticas Sociais e Serviços Sociais, direito do cidadão,

anteriormente discutidas apenas na esfera de representatividade política, hoje, vem tendo suas decisões transferidas para o Poder Judiciário.

3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO FENÔMENO JURÍDICO

Grosso modo, as Políticas Públicas apresentam-se como instrumentos decisivos por entes públicos das esferas federal, estadual e municipal que tem como finalidade o desenvolvimento de ações em áreas como saúde, habitação, educação, segurança, meio ambiente, assistência social, lazer, dentre outras ações que configure a qualidade de vida de uma sociedade em seus aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais.

Por outro lado, as instituições do Estado, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, passaram a discutir sobre a implementação de Políticas Públicas, tendo em vista, que as desigualdades sociais e econômicas têm se tornado intolerável para grande parte da população, principalmente de nosso País, que passa a exigir soluções de garantia de direitos fundamentais, e que se reflete na cidadania do Estado brasileiro. A cidadania ganhou uma nova visão constitucional em 1988, passando a ser fundamento do nosso Estado Democrático e Social de Direito, com amplos direitos assegurados na Constituição, deixando de ser apenas uma previsão formal do sistema jurídico, mas também, trazendo as Políticas Públicas para o centro do debate político e jurídico. (SMANIO; BERTOLIN, 2013)

Importante lembrar, que hoje, a concepção de “público”, não se resume a gestão governamental, mais interesse coletivo, que perpassa o Estado e o governo (Primeiro Setor); iniciativa privada (segundo setor) e diferentes organizações da sociedade civil (terceiro setor). Sobre esse assunto, Schmidt propõe a seguinte definição para política pública,

Um conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político. Essa definição sintetiza alguns aspectos centrais no debate sobre o tema, a saber: (i) Ações isoladas, mesmo que importantes, não configuram uma política, que é sempre um conjunto de ações e decisões. (ii) Um conjunto de decisões e ações somente compõe uma política quando decorrem da intenção de resolver um problema político; na execução

prática a coerência entre as ações pode ser frágil ou mesmo inexistir, mas é preciso que exista uma intencionalidade prévia a congregá-las. (iii) As ações podem ser executadas diretamente pelo poder público ou delegadas a organizações sociais ou privadas. (iv) Ações de interesse público executadas pela sociedade civil somente constituem uma política pública se integrarem um rol de ações coordenadas pelo Estado; não é necessário que o Estado execute as ações, mas em uma democracia cabe-lhe a função de coordenar e legitimar o processo político.

Dessa forma, observa-se que embora o serviço público recentemente tenha passado por modificações em sua concepção possui forte dependência do papel do Estado que se encontra inserido, motivo pelo qual, quando se coloca atualmente a teoria de judicialização das políticas públicas, observam-se pontos de vistas divergentes, há aqueles teóricos do direito que chamam a atenção para que esse processo não venha ser nocivo ao Estado, mas que sejam utilizados os instrumentos jurídicos de uma maneira que não venha a interferir na garantia dos direitos sociais, nem tão pouco ignorar o que se encontra expresso na Constituição, a exemplo, encontra-se indicado no art.6º da CF/88 “São direitos sociais o trabalho, educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social à maternidade e infância e assistência aos desamparados”.

Para assegurar a materialização desses direitos fundamentais assumidos pela Carta Magna de 1988 necessita a atuação do Estado mediante a Implementação de Políticas Públicas, haja vista ser este o condutor por excelência com o dever da garantia de tais direitos.

Assim sendo, o atendimento aos direitos sociais como educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, assistência, dentre outros, expresso na CF/88, e dever do Estado e requer previsão orçamentária, o que lhe confere uma decisão política, daí se entende que toda e qualquer política social, com a saúde, por exemplo, ignorar essa dependência estatal, e simplesmente transferir para uma decisão jurídica.

4. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA POLÍTICA DE SAÚDE

No Brasil, nas últimas décadas ganha espaço o debate sobre Direito à saúde, e mais

recentemente sobre a atuação do Judiciário para dirimir conflitos no acesso a esse direito junto ao Poder Público. Neste contexto, para se conhecer uma política pública, sua existência, conformação e adequação, é preciso apreender as informações oriundas principalmente do Poder Executivo. Mendes (2017) enfatiza que,

Situação juridicamente distinta é a que se verifica quando a CF atribui um direito, mas o faz mediante a fórmula do que a doutrina costuma denominar norma de eficácia limitada. Nesses casos, embora muitas das vezes o direito social seja politicamente muito relevante ou até constitucionalmente central, não se pode exigir (ou ao menos não em todos os graus de todos os órgãos estatais) o mesmo nível de urgência na implementação de políticas públicas que efetivem esse direito. Isso se dá simplesmente porque, muitas vezes, se depende da edição de uma lei (ou outro tipo de norma) regulamentadora até para definir precisamente o alcance do direito. (MENDES, 2017, p. 41-42).

Neste sentido, acrescenta Mendes (2017) que, o dever de implementar uma política pública realizadora de um direito social independe do fato de esse direito estar previsto em uma norma de eficácia plena, contida ou limitada. Contudo, o momento da exigibilidade dessa implementação é que variará entre a exigibilidade imediata (direitos sociais previstos em normas autoaplicáveis) e a sua versão mediata (após a regulamentação, no caso de direitos encartados em normas de eficácia limitada). Pode-se exigir a formulação principalmente do Poder Executivo (no caso de direitos sociais autoaplicáveis), ou especialmente do Poder legislativo (na situação daquelas prerrogativas que dependem de prévia regulamentação para serem exigidas).

De acordo com Cruz (2012) apud Vieira (2020), atualmente inicia-se uma fase no Poder Judiciário de interpretação do direito à saúde como um direito individual imediatamente exigível, deixando-se de lado a interpretação, até aquele momento hegemônico, de que se tratava de uma norma programática, com o objetivo de apenas orientar o Estado, mas sem criar para este a obrigação de garantir o acesso a bens e a serviços de saúde de forma concreta a toda a população.

Desde então, tem-se observado crescimento das demandas judiciais em todo o país. O número de processos que tem por réus gestores do SUS é incerto. Há muita dificuldade na

realização de levantamento a esse respeito, seja no âmbito da saúde, seja do Poder Judiciário. Em recente pesquisa realizada para o CNJ, verificou-se, com base em dados obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação, que a soma dos processos classificados como de saúde na primeira instância de dezessete tribunais de justiça do país chegou a 487.426 no período de 2008 a 2017. O total de processos desses tribunais passou de 41.453 em 2008 para 95.752 em 2017, o que corresponde a um crescimento de 131%. Na segunda instância, entre 2009 e 2017, o aumento das demandas de saúde foi de 85%, de 22.011 para 40.658 processos. Esses números contemplam não apenas as solicitações que demandam prestações de saúde por parte do Estado, mas todos os tipos de solicitações relativas à área da saúde. (VIEIRA, 2020)

Este cenário tem gerado posicionamentos divergentes sobre este fenômeno entre operadores do Direito, e embora o entendimento dominante seja no sentido de assegurar o direito à saúde àqueles que dele necessitem, levantam-se questões sobre a atuação do judiciário atrair para si essa competência. Nessa discussão cabe lembrar a interpretação constitucional levada a efeito pelos três poderes. De acordo com Barroso (2009, p. 128) “Embora a interpretação judicial desfrute de primazia, devendo prevalecer em caso de controvérsia, é fora de dúvida que o legislador e o administrador também têm sua atuação fundada na Constituição”.

Há, todavia, um traço distintivo nítido no objeto de atuação de cada Poder: ao Legislativo incumbe a criação do direito positivo, ao passo que o Judiciário e à Administração compete sua aplicação. (BARROSO, 2009).

Neste sentido enfatiza Bucci e Duarte (2017) que, o fenômeno da judicialização da saúde não é uno nem uniforme. A rigor, deveríamos falar em “judicializações” da saúde, uma vez que o espectro de pedidos e decisões judiciais é bastante amplos, indo desde as liminares apressadas da fosfoetanolamina – que deferem pedidos de risco a pacientes em muito desespero e pouca racionalidade – até decisões de maior relevância coletiva, que impelem o Poder Público a aprimorar os instrumentos das políticas públicas. Também não se restringe a ações contra o Poder Público, visto que a vertente mais recente desse problema é a judicialização de a saúde suplementar, em que os planos de saúde também são demandados em juízo à entrega de prestações a que estariam obrigados, em tese, ou por força de disposições regulatórias insuficientemente fiscalizadas, ou a que não estariam obrigados.

Neste sentido, necessário se faz uma análise das limitações atribuídas à atuação do judiciário para garantia do Direito à Saúde, não somente questões como o equilíbrio dos poderes são levantadas na discussão dessa matéria, mas também, outros aspectos, como dificuldades do Poder Público de cumprir o dever de assegurar atendimento de qualidade a pacientes do SUS, desde tratamentos mais e menos complexos.

Importa esclarecer que, em tempos atuais, não se pode deixar de reconhecer que houve uma evolução no padrão decisório do Judiciário no julgamento das demandas relacionadas à política pública de saúde. Entretanto, a solução adequada para a judicialização da política pública de saúde, e de qualquer direito social com viés distributivo, envolve a atividade de planejamento racional e a consideração global das múltiplas demandas existentes na sociedade (ponto de vista macro e não meramente a satisfação de direitos individuais), o que dificilmente pode ser empreendido com êxito sem um diálogo entre os poderes Executivo e Judiciário. O papel chave do Poder Judiciário como garante da observância dos parâmetros legais na efetivação dos direitos sociais. É o caso da implementação dialógica, em que o Poder Judiciário envia a política pública sub judice para que o poder respectivo (Executivo ou Legislativo) a reformule, ao constatar que ela não é compatível com as normas jurídicas aplicáveis. (BUCCI; DUARTE, 2017).

Portanto, falar em judicialização do direito à saúde requer aprofundamento amplo, haja vista ser um assunto que tem levado a inúmeras pesquisas e discussões cada vez mais frequentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos dias atuais, a oportunidade dada ao cidadão de reclamar seu direito à saúde mediante ações judiciais, tem levado ao aumento de demandas junto ao Poder Judiciário, no sentido de se pronunciar sobre os direitos sociais, incluindo à saúde, seja através de casos individuais, ou policêntricos, buscando um tratamento, um medicamento e até mesmo uma hospitalização. Esta realidade tem atribuído ao Judiciário novos desafios, à medida que, não significa a garantia de atendimento à política de saúde, o estudo mostrou que, vai, além disso, necessita encontrar uma forma justa e adequada de atuação, responder as demandas de direitos evocados, mas com o devido equilíbrio para que não provoque impactos

negativos à administração pública, o dever do Estado na garantia e implementação de Políticas de saúde previstas constitucionalmente, nem tão pouco exceda o dinheiro público para esse fim, prejudicando outros setores, que também necessitam de resposta do Estado e do próprio judiciário.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Maria Ilk Nunes de. Uma revisão sobre as Políticas Públicas de Saúde no Brasil / Maria Ilk Nunes de. – Recife: [s.n.], 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. DUARTE, Clarice Seixas. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A VISÃO DO PODER EXECUTIVO – São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTANHARO, Daniele. Judicialização das Políticas Públicas: Consequencialíssimo e Expansão da Autoridade Judicial. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/judicializacao-das-politicas-publicas-consequencialismo-e-expansao-da-autoridade-judicial/>. Acesso Fev.2021.

CARVALHAIS, Mariana Graziela Almeida Lopes. A judicialização da saúde e os reflexos em tempos de Covid-19. Revista Consultor Jurídico, Jun. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/mariana-carvalhais-reflexos-judicializacao-saude>. Acesso em Fev.2021.

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. Estud.av., São Paulo, v. 27, n. 78, pp. 7-26. 07/2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 16 de março de 2021. .

COSTA, Mônica Rodrigues. A Trajetória das Lutas pela Reforma Sanitária. Sociedade em Debate, Pelotas, 13 (2): 85-107, jul. Dez/2007.

MENDES, Gilmar. Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional / Gilmar Mendes, Paula Paiva. – 1. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SMANIO, Gianpolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. O Direito e as Políticas Públicas no Brasil – São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Maria do Rosário de Fátima e [et al]. Questão Social E Políticas Públicas Na Atualidade / Organizadoras, Maria do Rosário de Fátima e Silva, Maria D’Alva Macedo Ferreira, Simone de Jesus Guimarães. – Teresina: EDUFPI, 2017.

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. Direito à Saúde: Evolução Estatal e Aplicação da Teoria de Karl Popper. Revista Constituição e Garantia de Direitos. V. 3, n. 2 – PUC-SP, 2016.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set. 2018. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688/7826>>. Acesso em: 10 fev. 2021. doi: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i56.12688>.

SOARES, Isabella Albernaz. O direito a vida e a saúde e a sua judicialização. Disponível em <https://bellaalbernaz.jusbrasil.com.br/artigos/219681668/o-direito-a-vida-e-a-saude-e-a-sua-judicializacao>. Acesso Fev.2021.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macro justiça. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. – Brasília : Rio de Janeiro : Ipea, 2020.

[1] Pós-Graduação Lato Sensu, nível especialização, em direito constitucional pela Faculdade Internacional Signorelli e Bacharel em Direito pelo CEUT – Centro de Ensino Unificado de Teresina.

Enviado: Fevereiro, 2021.

Aprovado: Maio, 2021.