

# JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS EFEITOS DESSE FENÔMENO

Hélio da Silva Junior<sup>1</sup>

Orientador: Bruno Henrique da Rocha<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, partindo da premissa da saúde como um direito garantido na Constituição da República Federativa do Brasil, sendo que o estado brasileiro falha em garantir a efetivação deste direito. Deste modo, analisaremos a consequência deste fato, sendo que uma vez que não se tem seus direitos fundamentais garantidos, sobre tudo o direito a saúde, surge uma única saída, qual seja, cidadão socorresse do judiciário para ter garantido acesso a saúde, surgindo assim o fenômeno da judicialização da saúde e por sua vez, o judiciário ganha papel ativo neste processo, nesta ótica analisaremos a legitimidade do judiciário para realizar este controle ativo de políticas públicas, bem como analisaremos os impactos deste fenômeno, sobre tudo o impacto que ocorre na clássica repartição e independência dos poderes, vez que o judiciário interfere na competência do poder executivo o obrigando a efetivar direitos sociais através de políticas públicas.

**Palavras – Chaves:** Judicialização da saúde. Controle de políticas públicas. Direito a saúde. Ativismo jurídico.

**ABSTRACT:** The Present Work HAS scope to analyze the phenomenon of Health legalization in Brazil, based on the Health Law As hum premise guaranteed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, Being que Brazilian State fails to ensure effective this law, this mode analyze a consequence this Suit, Being That, Once There has secured Fundamentals RIGHTS, All About The Right to Health, comes a Single Output, THIS Being the Citizen help him do justice paragraph have guaranteed access to health, resulting in the phenomenon of SO legalization of Health, turn the judiciary Get active role in this process, this perspective will analyze the legitimacy of the judiciary paragraph Perform this active management of public policies, As Well As OS analyze impacts this phenomenon, All About Impact What happens in the Classic Division and Independence the Powers That time the judiciary interfere in the executive branch Competence the forcing effect Social Rights through Public Policy.

**KEY-WORDS:** Legalization of health. Control of public policies. Right to health. Legal activism.

<sup>1</sup>Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito no Centro Universitário de Várzea Grande/MT (UNIVAG).  
Email: <jhelio432@gmail.com>

<sup>2</sup>Professor do centro Universitario de Várzea Grande (UNIVAG) de Direito . Advogado  
Email<Brunohrocha@gmail.com>

## 1 INTRODUÇÃO

Nosso país possui uma das mais belas Constituições, a grande questão é como obter sua verdadeira efetividade, a constituição brasileira é uma verdadeira constituição social, como tal tem como um dos seus principais diferenciais a grande importância que esta atribui aos direitos fundamentais de 2º geração, sobretudo aos direitos sociais.

Os direitos sociais têm como características a natureza de exigirem do Estado prestações estatais positivas ao contrário dos direitos fundamentais da primeira geração, que são direitos individuais que exigem ação negativa do Estado, ou seja, o Estado deixa de agir em detrimento a determinados direitos individuais. Os direitos sociais, por outro lado, exigem que o Estado aja visando a garantia de sua implantação de modo efetivo. (LENZA, 2014.)

O constituinte, sabendo que, por inúmeras vezes, devido à sua complexidade dos direitos sociais, eles não são efetivados pelo Estado, criou inúmeros mecanismos jurídicos para que o cidadão possa garantir sua efetivação, mecanismos estes que, com o passar dos anos, e com o avanço na taxa de escolaridade média da população e facilitamento do acesso à informação, os cidadãos brasileiros têm tomado cada vez mais ciência de seus direitos e da obrigação do Estado em efetivá-los (MARMELSTEIN, 2014.).

Deste modo é fácil chegar à conclusão que de o cidadão não tendo seus direitos efetivados busca o poder judiciário, que muitas vezes garante o cumprimento destes direitos, toda via deste modo tem se tornado cada vez mais frequentes as demandas no poder judiciário buscando a efetivação dos direitos sociais. Desta forma faz-se necessário o debate se este é realmente o caminho correto a ser seguido em fase da inefetividade dos direitos sociais.

O acesso à saúde, por ser algo diretamente ligado à manutenção da vida, torna-se a maior parte dos objetos das demandas judiciais que buscam a efetivação dos direitos sociais.

Deste modo, o presente trabalho visa analisar sob o prisma jurídico esse fenômeno da judicialização da saúde.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 O Surgimento do Direito a Saúde e a Constituição Brasileira

Cabe inicialmente ressaltar que o direito a saúde é um direito fundamental de segunda dimensão, deste modo não há como analisarmos este em separado dos demais direitos fundamentais de sua dimensão.

Inicialmente cabe definir o que são direitos fundamentais. Para tal tarefa recorreremos mais uma vez à obra de George Marmelstein: “Aposentadoria conceito: é o direito garantido pela constituição, ao servidor público, de perceber determinada renumeração na inatividade, diante da ocorrência de certos fatos jurídicos previamente estabelecidos”. (SANTOS Carvalho Filho, 25ª edição, página 689).

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo ordenamento jurídico. (p. 17, 2014)

Os direitos fundamentais de segunda geração visam propiciar ao ser humano uma vida digna, e seu mínimo existencial. São chamados direitos sociais e objetivam diminuir a desigualdade social.

Quanto a essa temática:

Os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo welfare state, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los (LAFER, p. 127, 2006)

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais de segunda dimensão nascem com objetivo de exigir prestações positivas estatais, ao contrário dos direitos anteriormente de primeira dimensão que exigiam apenas igualdade formal. Neste sentido Lenza afirma:

Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia social substancial e na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º,

Nossa Magna Carta dedicou-se especialmente à preservação dos direitos fundamentais. Como podemos observar no artigo 6:

Art. 6º 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.

A Constituição de uma nação é o documento jurídico de maior importância desta, deste modo, tudo que está ali previsto deve ser respeitado e interpretado de forma harmônica. (MARMELSTEIN, 2014. p. 65).

Os direitos fundamentais, devido a sua importância para a sociedade estão elencados já nos artigos iniciais de nossa Constituição, neste diapasão:

Já partindo para o texto constitucional propriamente dito, percebe-se que o constituinte conferiu uma posição topográfica, privilegiada aos direitos fundamentais, colocando-os logo nos artigos iniciais da Constituição (art. 5º a 17). Houve neste ponto, uma quebra da tradição constitucional brasileira. (MARMELSTEIN, 2014. p. 63).

Na atual ótica constitucional a saúde por ser um direito precípua para a vida, fora elevado pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, devendo o Estado agir de modo a proteger este direito, obrigação esta que encontra guarida em vários artigos de nossa constituição:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.

(...)

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas

a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

(...)

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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Assim, vislumbra-se que a Constituição Brasileira é clara em garantir aos seus cidadãos o direito à saúde. Tal preocupação com a saúde reflete-se em nossa Constituição Federal que está em seu texto preocupou-se com a criação de um sistema de saúde, tendo este como pilares a descentralização, o fortalecimento do poder municipal, bem como estabelece a necessidade da população participar do processo de administração do sistema da saúde e realizar seu controle social, tendo assim como consequência a criação, implantação, controle e avaliação do sistema de saúde e suas políticas públicas. (BRASIL, 1998).

Cabe salientar, hoje, que as políticas públicas voltadas para a saúde são efetivadas através do SUS (Sistema Único de Saúde). Assim rapidamente podemos abordar o surgimento do Sistema Único de Saúde no Brasil.

O Sistema Único de Saúde no Brasil é reflexo de um histórico de lutas do movimento sanitário brasileiro, tendo como objetivo propiciar a facilitação do acesso ao atendimento à Saúde (Roncalli, 2003). Transformações essas ocorreram na década de 80 do século passado em meio ao processo de redemocratização, em que a sociedade brasileira lutava por direitos, sobretudo civil e políticos, bem como a universalidade de vários direitos sociais, entre os quais o direito à saúde. (Bessa et al.,2007).

## 2.2 A Efetivação do Direito a Saúde e sua Judicialização

Como já observado os direitos sociais de segunda geração exigem prestações positivas estatais, neste sentido ensina Siqueira:

Os direitos de segunda dimensão, que consistem em direitos econômicos, sociais e culturais. Esses direitos exigem prestações positivas por parte do Estado, reclamando uma intervenção estatal para o fornecimento de prestações fáticas e jurídicas. (SIQUEIRA, 2012, pág. 3).

Assim, vislumbra-se que as políticas públicas são a maneira de se efetivar direitos sociais, sobre tudo o acesso das camadas mais frágeis de nossa sociedade ao mínimo fundamental para sua existência. (SIQUEIRA, 2012, p.11)

Ocorre que, como já exposto anteriormente, nossa Magna Carta de 1988, devido ao contexto histórico de sua criação, não se furtou de garantir direitos sociais, tornando-se assim, uma Constituição repleta de direitos e garantias sociais, que devido às peculiaridades de nossa nação, por diversas vezes, não são efetivados pelo Estado. (QUEIROZ E KOZICKI, 2012, p. 73).

Assim, importante discutir se este é o melhor caminho a trilhar, pois a não efetividade dos direitos sociais vai além das omissões estatais, ou más decisões políticas, desse modo Siqueira leciona:

Ocorre que, diante da ineficiência na efetivação dos direitos sociais por parte do governo e do parlamento, o Judiciário passou a ter um papel de destaque na consecução desse desiderato. Inúmeras críticas são lançadas a esse ativismo, uma vez que a competência para definir as políticas públicas e a sua execução orçamentária correspondente pertence, em regra, ao Poder Executivo. (2012, p. 284).

Existem várias críticas à jurisprudência pela interferência nos poderes executivos e legislativos, bem como parte dos juristas pátrios defendem ação do judiciário para garantia da efetivação dos direitos sociais. (QUEIROZ E KOZICKI, 2012, pág. 70/73)

Assim vemos o descontentamento popular quanto a prestações de serviços estatais, que levam o cidadão a se socorrer no poder judiciário neste sentido:

O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos

moldes do Estado moderno. (VICHINKESKI, 2012, pag.38).

Esta procura do cidadão ao poder judiciário leva ao surgimento de um fenômeno conhecido como judicialização da saúde, com este surge o também o denominado ativismo judicial, assim, a discussão acerca da judicialização de ações buscando as efetivações direitas são de suma importância social, vez que o poder público na esfera legislativa e executiva, cria com base em uma previsão orçamentária inúmeras políticas públicas que visam a sua efetivação dos direitos sociais.

Cabe ressaltar que grande parte da doutrina pátria defende que diante da inércia do demais poderes cabe ao poder judiciário garantir ao homem que este tenha seu direito fundamental resguardado, neste sentido:

Em caso descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico dever-poder de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 629).

No entanto não se finda a discussão da intervenção do Judiciário frente à inércia estatal em garantir os direitos fundamentais. Quanto à sua constitucionalidade, grande parte da doutrina e dos estudiosos do direito concorda com a linha de pensamento acima adotada, em que esta visa garantir o os direitos fundamentais ao cidadão, bem como defende a necessidade do Judiciário intervir quando o estado se faz inerte, podendo serem citados entre estes Werneck Vianna, Ran Hirschl, Arantes, Howard Gillman. (QUEIROZ E KOZICKI, 2012, pág. 60-65)

Atualmente vem se tornando cada vez mais crescente a discussão acerca de até que ponto está intervenção se faz saudável para a repartição de poderes, vários estudiosos da administração vêm defendendo a tese, que ao intervirem para garantir certos direitos individuais de determinada pessoa acaba afetando todo um planejamento estatal que abrangeria grande número de pessoas. (QUEIROZ E KOZICKI, 2012, pág. 59)

Visando explicar de modo cristalino o tema, utiliza-se das sabias palavras de George Marmelstein:

Há, no caso, um conflito entre o princípio da máxima efetividade dos direitos

fundamentais (que exige do Judiciário uma postura ativa em favor desses direitos) e os princípios da separação dos poderes e da democracia representativa (que pressupõem que as decisões políticas sejam tomadas por representantes eleitos pelo povo e não pelos juizes) (MARMEELSTEIN, 2011, p. 345).

Vemos deste modo uma crescente preocupação acerca da temática, pauta-se com o principal aspecto desta discussão a negatividade entre a confusão de direito e política como podemos verificar se na análise de Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p.42) “Entretanto, o problema vai muito além de uma ofensa ao princípio constitucional da separação de Poderes: estamos diante de uma confusão conceitual e funcional entre Direito e Política.” Vislumbra-se, assim, que a problemática acerca do ativismo judicial recai de um aspecto meramente legalista para entrar em uma discussão que se se lança no aspecto da discussão entre o limite do direito e da política.

Devido à complexidade da temática, surgem inúmeras indagações acerca da legitimidade do juiz para proferir sentenças que tem claramente um viés político, vez que estas afetam as políticas públicas de maneira que, o Executivo gere o Estado.

Neste sentido ressalta-se que a legitimidade do Poder Executivo em nosso país dar-se-á a través do voto, sendo assim, o gestor é representante do povo, o que, por sua vez, não acontece no Poder Judiciário, pois estes não são eleitos como corre em alguns países, não possuindo legitimidade para representar a vontade popular. (QUEIROZ E KOZICKI, 2012, p. 64/65)

Outra indagação acerca do ativismo judicial é a mudança da lei por intermédio de sua análise quanto à problemática, assim Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p.49) explica que “O problema com essa sorte de postura seria substituir a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete.”

O ativismo judicial surge como fenômeno, que se alimenta da má gestão de políticas públicas, bem como da ineficiência do Estado em promover aos seus cidadãos os seus direitos fundamentais.

Assim vemos que, por ora se faz legítimo o ativismo Judicial, mas este deve se limitar apenas à defesa dos princípios fundamentais do Estado e à proteção do mínimo existencial ao cidadão, sendo este necessário para o bem da sociedade. Quanto o papel do Judiciário afirma Siqueira:

O Poder Judiciário deve atuar de maneira ativa como um protetor dos princípios fundamentais, do Estado Democrático de Direito e como um veículo de transformação social do país, com o intuito de sedimentar a igualdade material entre a sociedade, sem prejuízo da liberdade. (2012. pág.13)

Ainda na mesma ótica cabe análise de Jean Carlos Dias sobre a temática:

Naturalmente, isso não significa que caiba aos tribunais eleger os meios de ação política e os objetivos que se pretendem alcançar, mas, sobretudo, permitir que, nas disputas a respeito, a base para a análise de um conflito desloque-se do campo puramente político fundado na preocupação eleitoral e passe para o campo jurídico, tendo em vista a observância dos direitos e deveres consagrados no âmbito legal e constitucional. Essa possibilidade é claramente desejável quando uma política acaba por conflitar-se com um direito fundamental (DIAS, 2007, p. 158-159).

Vislumbra-se, assim que, se torna função do Judiciário atuar de maneira efetiva intervindo nos poderes Executivo e Legislativo sempre que estes violarem direitos fundamentais, ao não lhe der aplicabilidade.

Os direitos devem ser defendidos da inércia e ineficiência estatal, vez que é dever do Estado proporcionar mecanismos de garantir a efetivação dos direitos dos cidadãos.

Assim, não há que se falar em o Judiciário se sobrepondo ao Estado, mas sim, o poder judiciário tomando para si o papel de protagonista, assumindo um papel ativo na defesa da supremacia da Constituição.

Como efeito, observa-se que a judicialização da saúde é um fenômeno que estimula a realização dos direitos sociais, de forma que todos os poderes a respeitem, além de promover o mínimo necessário à existência, utilizando-se do sistema conhecido como de freios e contrapesos em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto tal fenômeno devido a sua complexidade passa também a gerar efeitos negativos, sendo estes, a confusão entre micro justiça e macro justiça, por diversas vezes o judiciário profere suas decisões sem levar em conta a globalidade de políticas públicas, deste modo o judiciário ao analisar o caso concreto (micro justiça), se furta da análise de todo o contexto geral que se encere uma política pública, afetando assim toda a sociedade (macro justiça), principalmente em demandas que visam tratamentos de auto custos, que podem afetar o orçamento do

Estado que seria responsável a custear o tratamento da vários cidadãos, deste modo o judiciário estaria abalando o planejamento do Executivo dificultando assim o planejamento em longo prazo para implementação de políticas em saúde.

Despeito a reserva do possível e ao orçamento, assim por vezes o Poder Executivo é obrigado a concretizar direitos que, na realidade exija esforços desproporcionais, o que pode prejudicar todo planejamento do orçamento, prejudicando assim outras políticas públicas. (MARRARA E NUNES, 2010, pág. 88-89)

Assim fica evidente a existência de efeitos tanto negativos como positivos na judicialização da saúde.

### **3 CONCLUSÃO**

Tendo como base os conceitos apresentados e analisados, conclui-se que por hora, devido à atual situação de nossa Nação e a dificuldade que os cidadãos encontram para terem seu direito a saúde efetivado se faz necessário o fenômeno da judicialização da saúde é claro que como podemos ver este traz também inúmeros efeitos negativos, mas por hora torna-se um mal necessário.

No Estado Democrático de Direito, a Constituição está no topo de todo o sistema político, e por óbvio deve ser fielmente observada.

Pautando-se sempre em sua efetividade, importante salutar que grande maioria das normas de nossa Constituição são programáticas, assim deve o julgador levar em conta que não pode exigir do Estado o pleno cumprimento desta, até mesmo por esta ser uma constituição que está além do seu tempo, assim o julgador deve tão somente exigir o cumprimento das ações que objetivem garantir o mínimo existencial, no caso da saúde, observa-se que quase todas ações são legítimas neste diapasão.

Importante se atentar ao crescimento do ativismo judicial para que este não ultrapasse o clássico limite da tripartição de poderes colocando em risco a ordem constitucional, por mais que essa consideração possa parecer antecipada, se faz necessária, pois quando se trata de nossa democracia recentemente conquistada todo o cuidado é necessário.

#### 4 REFERÊNCIAS

BADIM, S. M.. **Judicialização do direito à saúde**, São Paulo, Revista de Direito Sanitário v. 9, n. 2 p. 65-72 Jul./Out. 2008

BARCELOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

BELLATO; HAGATA; NEPOMUCENO. **Mediação do direito à saúde pelo tribunal de justiça: análise da demanda**. Texto & Contexto Enfermagem V. 21.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 18. edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

ENGELMANN; CAMARGO. **Ações judiciais, conteúdos políticos: Uma proposta de análise para o caso brasileiro**. Revista de Sociologia e Política V. 21, No 45: 57-72 Mar. 2013

LENZA. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16.edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

MARMELSTEIN. **Curso de direitos fundamentais**. 3. edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MARRARA; NUNES, **Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. Direito à vida e à saúde: Impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

PELLEGRINI. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out. 2008

QUEIRO; KOZICKI; **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista Direito GV, São Paulo v.8 (1) p. 059-086 | jan-jun 2012

SCALQUETTE, A. C. S. **Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004

SILVA, G. R. D. **O SUS e a crise atual do setor público da saúde**. *Saúde soc.* 1995, vol.4

SIQUEIRA. **O controle judicial das políticas públicas: A problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Revista Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 13, n. 2, p. 283-296, jul./dez. 2012 ISSN 2179-7943 Vade Mecum Saraiva / Luiz Roberto Curia, colaboração. 15. Ed. Atual. e ampl. São Paulo, 2013.

VICHINKESKI. **Ativismo judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo v.8 (1) p. 037-057 | jan-jun 2012