

# O DIREITO À SAÚDE E A SUA JUDICIALIZAÇÃO EM RESPOSTA A CONFLITOS

Herlen Portela da Ponte (1); Levi de Carvalho Bastos (2); Luana da Silva Dias (3); Renaud Ponte Aguiar (4)

<sup>1</sup> Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA, herlen\_pponte@hotmail.com, <sup>2</sup> Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA, levicarvalhobastos@gmail.com, <sup>3</sup> Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA, dias.l@live.com, Professor Orientador da Faculdade Luciano Feijão - FLF, renaudaguiar@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é previsto como direito fundamental<sup>1</sup> na Constituição de 1988, sendo assim, deve ter aplicabilidade de forma imediata. Porém, as limitações nas quais o Estado está submetido impede com que o mesmo realize suas aspirações e as garantias previstas pelo seu Ordenamento Jurídico. Dessa forma, a busca pela judicialização<sup>2</sup> da saúde, assim como de outras áreas, é uma saída que o cidadão encontra para conseguir o que o Estado não fornece de imediato.

O presente trabalho visa a confrontar os empecilhos da concretização das garantias previstas pela Constituição de 1988, da mesma forma que busca um maior esclarecimento da mesma seara, não culpando apenas o Estado e a sua administração, mas sim entendendo o porquê o mesmo é falho.

Objetivamos também, expor a judicialização como ferramenta de acesso ao Direito à saúde dentro dos conflitos jurídicos reais, respeitando ainda o princípio da reserva do possível e revelando a importância dos Direitos fundamentais.

## 2 METODOLOGIA

No presente trabalho, foram utilizados dois importantes tipos de pesquisa: a bibliográfica e a documental, extraídas de acervos jurídicos, de textos ou artigos científicos publicados em websites, da legislação brasileira, bem como matérias jornalísticas. A primeira consiste em uma análise crítica de alguns materiais já publicados, como livros, artigos científicos, publicações em periódicos e dissertações, por exemplo. Já a pesquisa documental utiliza-se de determinados materiais que ainda não tiveram um tratamento mais analítico, como documentos oficiais, reportagens e entrevistas. Desse modo, baseando-se numa leitura minuciosa dessas fontes, busca-se promover uma discussão a respeito do fenômeno da judicialização, com seus diversos posicionamentos e o seu impacto na atual esfera jurídica-social brasileira.

---

1 No pensamento de Santos (2007, p.1), “Direitos Fundamentais são aqueles que durante as gradativas e diversas mudanças das instituições políticas e jurídicas do nosso país servem para resguardar o homem do poder abrangente de ação do Estado.”.

2 Conforme Coelho (2013, p1): “[...] a judicialização é uma maneira de o cidadão individual pedir efeito a prerrogativas previstas na carta magna ao Poder Executivo por meio de uma ação judicial.”.

### 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Com a formação do constitucionalismo<sup>3</sup>, os direitos fundamentais e a Constituição estavam umbilicalmente ligados. Dessa forma, a ideia de que o Estado deve servir aos cidadãos, garantindo-lhes uma vida digna foi se concretizando e se positivando nas Constituições ao longo do tempo (MOURÃO, 2013).

Diferente das demais, que tratavam os direitos sociais como simples normas programadoras, a Constituição de 1988 estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais tenham aplicabilidade imediata (VICTORINO, 2014). Caso não ocorra, estaria o Estado menosprezando os direitos mais caros e essenciais e a dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da Constituição vigente.

Após a promulgação da referida Constituição, o Estado trouxe para si a obrigação de proporcionar aos seus tutelados o mínimo de condições necessárias para uma vida digna, essa filosofia tem seu arcabouço no Direito Alemão do pós-guerra, já que aquele país, naquele momento, necessitava de normas focadas nos destroços da Guerra. Com isso, o Brasil regulamentou direitos sociais fundamentais, estabelecendo legalmente condições para o mínimo existencial, garantindo assim a dignidade da pessoa humana (NUNES, 2014).

É a partir disso que, diante as dificuldades que o Estado de efetivar tais direitos, o cidadão busca outras saídas para consegui-los. Em relação à saúde, a sua judicialização é algo que vem ganhando grande espaço na realidade do país (CARLINI, 2011).

Buscando garantir o acesso à saúde para toda a população, em especial nos casos graves em que são necessários maiores gastos para a recuperação do paciente, a interferência do Judiciário tem se tornado uma constante nos dias atuais, verifica-se, assim, a judicialização da saúde, uma vez que se tem visto a cada dia a necessidade de utilização de meios judiciais para assegurar o direito constitucional. (NUNES, 2014).

Não se pode deixar de considerar as falhas do SUS na prestação de serviços de saúde. A não efetividade do direito à saúde por responsabilidade do Poder Público deve realmente ser coibida, não se justificando de nenhuma forma (SANTOS, 2015).

A judicialização da saúde nada mais é que decisões do Poder Judiciário impostas à Administração Pública para que ela forneça os serviços de saúde necessitados do requerente. A falta de remédios caros nas farmácias públicas e a de remédios raros não registrados pela ANVISA são os principais conflitos encontrados nessa situação (NUNES, 2014). A solicitação de cirurgias e de outros serviços, no município também enfrentam dificuldades, seja pela falta de suporte, seja pela falta de habilitação de executar determinadas demandas.

Mesmo que o referido fenômeno ocorra de forma excepcional, a judicialização da saúde, no município de Sobral e no estado do Ceará é crescente. Quando o necessitante requer um remédio ou um serviço na Secretaria de Saúde, a própria administração busca atendê-lo. Por meio de vias administrativas, o pedido pode ser resolvido sem chegar à esfera judicial. Muitas vezes, o problema não pode ser resolvido de imediato, pois, segundo entrevistada Dra. Viviane de Moraes Cavalcante, assessora jurídica da Secretária de Saúde de Sobral, há uma grande burocracia e a falta de verba que dificultam a celeridade do procedimento (MORAIS, 2017).

Geralmente, os medicamentos solicitados estão contidos na lista de disponibilização do SUS, porém, pode acontecer de não estar. Nessas situações, o setor jurídico da Secretaria de Saúde

---

<sup>3</sup> Segundo Carvalho (2006, p. 211) advogada: “[...] em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado.”.

deve dar um parecer, possibilitando ou não a compra ou a possibilidade do serviço. Em caso negativo, caso o remédio seja muito caro, por exemplo, a responsabilidade recairá sobre o estado (MORAIS, 2017).

Apenas no Estado do Ceará, na justiça federal, somando os processos encontrados em primeira instância, que são 354, com os processos inéditos da segunda instância, que são 67, conclui-se que existiam, em todo o Judiciário federal cearense, no período de janeiro de 1999 a agosto de 2012, excetuando os dados do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª região, 421 processos cadastrados com descritor “tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos” (NUNES, 2016).

Visto isto, o direito à saúde e a manutenção dela de forma rápida é para poucos. Mesmo com a judicialização da saúde, os impedimentos são os mesmos. É nesse sentido que, para desviar a responsabilidade do Estado, quando o mesmo não consegue garantir o que o cidadão necessita, o princípio da reserva do possível é aplicado. (SILVA, 2013).

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi usada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento executado em 18 de julho de 1972 (TORRES, 2009). Como cita no julgamento, “[...] se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970.” (ANAPE, 2014, p. 2). Por causa da falta de vagas no curso de medicina, limitações absolutas foram impostas para a admissão (*numerus clausus*) (RESERVA, 2014, p. 2).

Esse embate traz em questão até que ponto o indivíduo pode exigir da coletividade, dentro da razão, mesmo quando se tratando de seu direito fundamental positivado na Constituição. Assim fica empregado o termo reserva do possível para servir como base para casos em que não se podem cumprir todas as demandas do indivíduo em face de limitação do estado, ou, principalmente, devido a pleitos não razoáveis, em que sua pretensão proposta não possa ser concretizada (SARLET, 2003).

Dentro da realidade brasileira, aponta Kellen Cristina (2014, sp.):

No Brasil, por outro lado, a interpretação e introdução da teoria, ao ser adequada à realidade pátria, transformou esse postulado em uma Teoria da Reserva do Financiamento Possível, sendo considerada como limite à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

É possível refletir o papel administrativo do Estado brasileiro em como o mesmo maneja as escolhas de políticas públicas a serem implementadas com final de atender a demanda por recursos da sociedade, como diz Kellen Cristina (2014, p. 4):

No Brasil tanto a iniciativa quanto a execução das leis orçamentárias são competências privativas do Poder Executivo. Disso decorre que a definição das políticas públicas e a escolha das prioridades orçamentárias cabem exclusivamente àquele Poder, não podendo o Judiciário, via de regra, interferir nessa atividade discricionária do administrador. Aqui reside a questão da alocação de recursos escassos frente à enormidade de necessidades da sociedade, decisão de competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

A alta demanda por medicamentos age em conjunto com a crise econômica do Brasil e com a queda de clientes dos planos de saúde contribuindo para uma grande sobrecarga do nosso sistema de saúde.

Mesmo sabendo que o direito à saúde ou a qualquer outra necessidade básica não deve haver preço, é no mínimo incoerente estipular valores às prestações de tais serviços (AVILA, 2014, sp.). Porém, na situação atual do Brasil, chega a ser utópico pensar dessa maneira.

Para resolver estas e outras questões, o judiciário tem se empenhado em audiências públicas, fóruns judiciais com especialistas em saúde pública a fim de orientarem suas decisões, de forma a também ouvirem os gestores antes das sentenças (NUNES, 2014).

No estado do Ceará, entre os anos de 2015 e 2016, houve uma diminuição significativa na quantidade de processos que chegam a SESA (Secretária de Saúde do Estado) e na quantidade de pacientes que precisavam, em caráter de urgência, de tratamentos médicos. Tal fato se deve às medidas de conciliação ou racionalização de prosseguimentos. (JUDICIALIZAÇÃO, 2017).

#### 4 CONCLUSÕES

Conclui-se que a realidade do Brasil ainda não se assemelha dos ideais de igualdade e garantia de direitos positivados na Carta Magna. Enquanto que, por omissão do Poder Executivo, as pessoas necessitam ingressar com ações judiciais para garantirem seus direitos. Dessa forma, o acesso à saúde do indivíduo é dificultado por conta da falta de celeridade do poder judiciário. Assim, a massa da sociedade acaba sendo a prejudicada da relação, nessas situações, uma vez que a demora no atendimento de suas necessidades acarreta, em certos casos, danos irreversíveis, podendo levar a morte do indivíduo que não recebeu o tratamento adequado e necessário para a manutenção de sua saúde. Ferindo, assim, um dos pilares da Constituição Federal de 1988; o princípio da dignidade humana.

Dessa forma, não excluindo as incapacidades do Estado brasileiro de atender às necessidades da população, medidas alternativas devem ser tomadas; maiores critérios dos tribunais ao decidir sobre os casos da judicialização da saúde, ajudados por profissionais competentes na área, buscando sempre a forma mais barata e alcançável à resolução do problema questionado, o desequilíbrio entre as precisões dos cidadãos e o orçamento do Estado podem ser amenizados.

## 5 REFERÊNCIAS

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **A teoria da reserva do possível e as políticas públicas.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47214&seo=1>> . Acesso em: 11 jan. 2017.

CARLINI, Angélica Lucía. **Judicialização da saúde pública no Brasil: Causas e Possibilidades de Solução.** 2012. 219. f. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011.

CAVALCANTE, Viviane de Moraes. Entrevista concedida a Levi de Carvalho Bastos. Sobral, 06 set. 2017.

**JUDICIALIZAÇÃO da saúde cai no Estado, e gastos são reduzidos em quase 50%.** Diário do Nordeste, Fortaleza, 03 abr. 2017. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/judicializacao-da-saude-cai-no-estado-e-gastos-sao-reduzidos-em-quase-50-1.1731371>>. Acesso em 08 set. 2017.

MOURÃO, Pablo Augusto Lima. **Evolução histórica dos direitos sociais.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3496, 26 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23540>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

NUNES, Carlos Francisco Oliveira. **Judicialização do direito à saúde na região Nordeste, Brasil: dimensões e desafios.** Cad. Saúde colet., vol.24, no.2, Rio de Janeiro, junho de 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-462X2016000200192#aff01](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-462X2016000200192#aff01)>. Acesso em 08 set. 2017

NUNES, Francisco de Assis. **Judicialização da saúde.** 2014. 35. f. Monografia (Especialização em Prática Jurídica) – Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

**RESERVA do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado.** ANAPE, disponível em: <[http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo\\_tese-28.pdf](http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo_tese-28.pdf)>. Acesso em: 11 jan, 2017.

SANTOS, Lenir. **Judicialização da saúde.** Disponível em: <[https://ares.unasus.gov.br/acervo/bitstream/handle/ARES/2118/Livro3\\_Judicializacao\\_da\\_saude.pdf?sequence=2](https://ares.unasus.gov.br/acervo/bitstream/handle/ARES/2118/Livro3_Judicializacao_da_saude.pdf?sequence=2)>. Rio de Janeiro, 2015. Acesso em: 11 jan 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Liliane Coelho da. **Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13182&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9)>. Acesso em 19 jan 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 103

VICTORINO, Fábio Rodrigo. **O princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais.**

Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 nov. 2014. Disponível

em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50586&seo=1>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

