



A INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE: UMA QUESTÃO DE RAZOABILIDADE

*Mayse de Cássia Magalhães Boa Sorte¹
Naiara Carneiro Nunes¹
Kaíque Cardoso Bulhões¹*

RESUMO

O presente artigo consiste em uma breve análise do fenômeno denominado judicialização da saúde no Estado brasileiro, através da explanação de alguns fatores que contribuem para o acontecimento do fenômeno, da opinião de parte da doutrina sobre o tema, bem como, da exposição de argumentos a favor da justiciabilidade da saúde.

Palavras-Chave: Judicialização. Justiciabilidade. Saúde.

¹ Discente do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização consiste no ajuizamento de uma ação, por parte do cidadão, perante o Judiciário, no intuito de se garantir a concretização de um direito previsto na Carta Magna por meio da prestação compulsória – por força de decisão judicial – e ampliativa – para além do que o Estado se propõe inicialmente a prestar.

Nesse sentido, a judicialização da saúde surge como recurso profilático judicial, garantista de direitos fundamentais, com o intuito de fomentar o acesso a uma vida digna através de ações que promovam a saúde, o bem-estar, e conseqüentemente a qualidade de vida. O fenômeno, entretanto, ocasiona uma turvação de atribuições orgânicas do Estado, tendo em vista que a atuação em matéria de políticas públicas é, precipuamente, uma atribuição dos poderes Legislativo e Executivo.

A discussão gira em torno do fato de não haver, ainda, uma definição pacífica a respeito da forma ideal de tratar o tema, uma vez que, a permissão de determinado tratamento, a depender do custo do mesmo, poderia gerar a supressão de um direito da coletividade no sentido de ver o fornecimento básico de materiais, exames e medicamentos prejudicado em prol da assistência de um único indivíduo – ou de um pequeno grupo de pessoas. Por outro lado, a decisão que não permite o acesso de intervenção médica específica na patologia de certo cidadão, poderia trazer à baila o desrespeito direto à Constituição da República, que por ser notoriamente protetiva e garantista, preza pela dignidade da pessoa humana (sendo a saúde uma das mais importantes partes da mesma) em toda a sua extensão.

2 DESENVOLVIMENTO

O Estado Democrático Brasileiro, na Constituição de 1988, forjou suas bases na soberania popular, na tripartição dos Poderes e nas garantias fundamentais consubstanciadas na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. A previsão de direitos Fundamentais, do Capítulo I ao V da Carta, tem como intuito a proteção máxima dos direitos dos cidadãos pátrios, sendo essas normas, de aplicabilidade imediata, não necessitando, assim, da atuação do poder Legislativo para se traduzirem no plano fático das relações particulares e públicas.



Enquanto Direitos Fundamentais, os Direitos Sociais, genericamente elencados no art. 6º da Constituição¹ -“a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a assistência aos desamparados e a proteção à maternidade e à infância”- tem como intuito “garantir direitos mínimos à coletividade e assegurar uma melhoria das condições de existência para os indivíduos”, e devem ser concretizados, enquanto direitos fundamentais de segunda geração, através de prestações positivas do Estado, ou seja, da efetiva atuação desse por meio de políticas públicas. (MASSON, 2015, p. 281).

ALEXY (2014, p. 445), explanado sobre o tema em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, informa que “[...] todos os direitos a prestações são, enquanto direitos subjetivos, relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva”.

Esses direitos, segundo o autor, concretizam-se enquanto formas de proteção através de normas de direito penal, normas de responsabilidade civil, de direito processual, de atos administrativos, e de ações fáticas; ou seja, se concretizam através da relação do Estado com o Indivíduo (ALEXY, 2014, p. 450).

A tripartição dos Poderes tem como Intuito, seguindo a Teoria Clássica de Montesquieu, a descentralização, a fragmentação e a independência dos poderes do Estado para que esses, de maneira autônoma, possam melhor servir, dentro de suas funções, os interesses da nação. No Brasil, a Constituição Federal prevê como poderes da União: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, cabendo a esses, respectivamente, a função de: criar normas – sendo a lei a manifestação da vontade do povo por meio de seus representantes; a função administrativa – que consiste na defesa concreta dos interesses públicos; e a de solucionar conflitos de interesses – sempre mediante a provocação do interessado (CARVALHO, 2015, p.30).

Contudo, vem-se discutindo no Brasil a turvação das atribuições dos poderes por meio de fenômenos conhecidos como Judicialização e Ativismo Judicial, caracterizados pela interferência da esfera judiciária nas políticas públicas, não só no que diz respeito a legalidade ou não dessas, mas também, indiretamente, na destinação dos recursos públicos principalmente no setor da Saúde.

1 BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Artigo: 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 de outubro de 2017.



Neste sentido, no que diz respeito à saúde, vale dizer que a judicialização ocorre quando um indivíduo procura o Estado-Juiz com o objetivo de que este dê efetividade ao direito à saúde, assegurado pela Carta Magna, por meio de decisão que possa compilar o Poder Executivo a solucionar os déficits encontrados na gestão da saúde.

Primeiramente, é mister ressaltar que o direito à saúde nem sempre foi pleno para a sociedade brasileira. Foi na década de 30 que os primeiros rascunhos de uma efetiva Saúde Pública começaram a ser esboçados através da estruturação básica do Sistema Público de Saúde, das primeiras ações curativas e da criação do Ministério da Educação e Saúde Pública. Tal sistema, até então, só era acessível aos trabalhadores que contribuía para a previdência e, somente se tornou, de fato, efetivo com o advento da Carta de 88 que dilatou a titularidade desse direito social a toda sociedade brasileira (BARROSO, 2007, p.13 – p.14).

A amplitude do direito à Saúde – de acesso universal e igualitário – está prevista no art.196 da carta constitucional pátria que delimita que essa será realizada por meio de *políticas sociais e econômicas* e não através de decisões judiciais (BARROSO, 2007, p.23).

Nesse sentido, foge ao campo de atuação do judiciário julgar a matéria por, primeiramente, escapar da alçada judicial o poder de decisão da forma e intensidade pela qual deverão ser dispostos os recursos públicos (enquanto competência orgânica da administração Pública), e por, em segundo plano, não terem os juízes o refinamento técnico suficiente para emitirem pareceres sobre políticas de saúde.

Ainda assim, o fenômeno da judicialização da saúde, mesmo sem expressa previsão constitucional, tem crescido de forma significativa porque o sistema de saúde no Brasil não tem sido eficiente, uma vez que não atende às reais necessidades da população – notadamente da parcela populacional desprovida de poder aquisitivo suficiente para arcar com despesas médico-hospitalares em estabelecimentos privados.

São inúmeros os fatores que contribuem para que a assistência à saúde – garantida constitucionalmente – seja deficiente: a corrupção retira possíveis investimentos na área de saúde que poderiam servir para o aprimoramento de pesquisas, a melhoria de métodos de tratamento e para a aquisição de medicamentos e materiais básicos que, muitas vezes, estão indisponíveis nos hospitais públicos; a inércia do poder público e sua gestão ineficiente promovem situações extremas como quando pessoas doentes precisam passar a noite na porta de hospitais a fim de adquirir uma vaga, uma senha para atendimento ou uma simples consulta; a isto são somados os desvios de finalidade e a falta de definição de prioridades e planejamento.



Como bem aduziu, DI PIETRO (2015, p.3) em seu artigo “Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos”: “É doloroso assistir-se aos gastos do dinheiro público com publicidade, mordomia, corrupção, em detrimento da saúde, educação, moradia e outros objetivos de interesse social”.

Diante de um cenário desestruturado que evidencia o caos na saúde pública, a judicialização da saúde ganha adeptos porque promete, por meio de decisão judicial, promover o acesso aos tratamentos, medicamentos e métodos de prevenção e cura àqueles que, devido à má distribuição de renda, veem seus direitos ficarem à míngua.

Os defensores da justiciabilidade da saúde demonstram as seguintes vantagens: estimula a concretização do direito social – determina o respeito por todos os Poderes aos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição, “para realização de um mínimo de bem-estar individual e social”; desestimula o mau funcionamento do Estado – seja por corrupção, *lobby* ou pura omissão, o Executivo e o Legislativo prestam atendimento à sociedade muito aquém do que seria o ideal; coíbe o esvaziamento de investimentos do setor – o orçamento brasileiro é autorizativo. Na prática, isso significa que o Executivo pode modificar ou mesmo cancelar qualquer dotação votada pelo Legislativo. A judicialização seria, em tese, uma saída para evitar que a população seja prejudicada no caso da diminuição de dotações voltadas para a saúde, assegurando que o Executivo aja quando necessário for; dificulta o retrocesso social – veda ao Estado a criação de situações fáticas em que os direitos já conquistados pela sociedade passem a ser ignorados (BLIACHERIENE; SANTOS, 2010, p.87).

Aqueles que defendem a intervenção judicial no âmbito das decisões relacionadas à saúde revelam, sobretudo, a necessidade imperiosa de fazer valer um direito que está intimamente interligado à dignidade da pessoa humana, bem como garantir a prevalência da conquista do direito à saúde como um direito social e promover o princípio da eficiência estatal, vale dizer, a presteza e a boa qualidade na prestação dos serviços públicos.

Por outro lado, como a doutrina não possui opinião pacífica a respeito do tema, é necessário perceber que há de se ter cautela para que a judicialização da saúde não promova problemas de ordem coletiva, isto é, é preciso investigar a real necessidade da intervenção judicial e averiguar se, de fato, há omissão estatal e assistência insuficiente a determinado indivíduo, pois, não é razoável conceder um direito individual mal apurado e, com isso, desabrigar interesse coletivo.



Seguem essa linha de raciocínio aqueles que vão de encontro ao movimento, elencando os seguintes aspectos, como ensinam MARRARA E NUNES (2010 *apud* BLIACHERIENE e SANTOS, 2010, p.87-89):

Confusão entre microjustiça e macrojustiça – muitas vezes, o Judiciário autoriza demandas perante o Estado sem considerar, em tese, a globalidade de políticas públicas. Assim, não raro, ao buscar a Justiça no caso concreto (microjustiça), o Judiciário afeta o que se chama de macrojustiça, ou seja, os efeitos desenvolvimentistas que deveriam ser gerados pelo conjunto de políticas públicas que deveriam ser praticadas [...] de modo coerente; Substituição de decisões técnicas por decisões superficiais – entende-se que o Judiciário estaria prejudicando a implementação de políticas em saúde, abalando o planejamento do Executivo ao autorizar situações não previstas, baseadas apenas em laudos médicos e não no planejamento orçamentário atual, baseado em estudos científicos estatais; Desrespeito à reserva do possível e ao orçamento – relacionado à Teoria Alemã de que ninguém está obrigado ao impossível, mas nesse âmbito aplicada ao Poder Executivo de forma que “este não teria como ser obrigado a concretizar direitos que, na realidade, exijam esforços materiais e/ou financeiros desproporcionais, o que poderia impactar significativa e negativamente o orçamento público, prejudicando outras políticas públicas; Eventual violação da harmonia entre os poderes – ao interferir em políticas públicas o Judiciário estaria extrapolando suas funções e adentrando nas do Executivo.

DI PIETRO (2015), outrossim, chama atenção para a inaptidão do Judiciário para interferir na destinação das verbas dos planos orçamentários, que visam atender toda a coletividade através da execução de obras públicas e da prestação de serviço público, em detrimento do cumprimento de decisões judiciais daqueles que, porventura, tem maior conhecimento dos seus direitos e conseqüentemente maior acesso à justiça. Nesse sentido, comenta a autora:

O Judiciário vem interferindo nas políticas públicas, na tentativa de suprir as lacunas deixadas pela inércia dos demais poderes. Mas o faz a partir do exame de casos concretos, que, somados, correspondem à definição de políticas públicas, feita sem qualquer planejamento (que o Judiciário, pela justiça do caso concreto, não tem condições de fazer) e sem atentar para as deficiências orçamentárias que somente se ampliam em decorrência de sua atuação, desprovida que é da visão de conjunto que seria necessária para a definição de qualquer política pública que se pretenda venha em benefício de todos e não de uma minoria privilegiada pelo acesso à Justiça. (DI PIETRO, 2015, p.2).

É pertinente, nesse diapasão, o comentário do professor BARROSO (2007, p. 27-28) acerca do tema:

[...] Há ainda a crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a



microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.

Diante desse contexto, parece-nos coerente o posicionamento de DI PIETRO quando aduz que “a observância do princípio da razoabilidade, inclusive quanto ao aspecto da proporcionalidade, é obrigatória e impõe os seguintes questionamentos pelo magistrado: a medida solicitada é realmente necessária para o fim pretendido? Ela é adequada? Ela é proporcional? Não existem outros meios menos onerosos para os cofres públicos? A matéria de fato em que se fundamenta o pedido está devidamente comprovada? É possível atender aos pedidos liminarmente, sem maior exame da matéria de fato?” (DI PIETRO, 2015, p.5).

Muito embora não assista razão a qualquer dos extremos, chegar a um ponto de equilíbrio entre os limites da atuação judicial e os temas orçamentários que subjazem essa atuação tem sido missão ainda inalcançável pela doutrina e jurisprudência. O certo é que há decisões de toda ordem, das mais interventivas às mais omissas, cabendo, por ora, saber qual tem sido o posicionamento dos tribunais superiores a esse respeito (LEITE, 2016, p.39).

Nessa toada, cumpre apresentar, a respeito do tema, decisão do STF, julgada em 21/09/2000, no RE nº 271.286². A Suprema Corte designou, ao Município de Porto Alegre, o dever de fornecer, de forma gratuita, medicamentos que objetivam tratar aqueles que são portadores do vírus HIV, conforme ementa:

AIDS/HIV. DISCUSSÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Precedentes (STF).

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE Nº RE 271.286. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 6 de outubro de 2017.



proclamados no art. 196 da Constituição da República. (RE 271.286 – RS. Min. CELSO DE MELLO).

Assim, a decisão reforça a notória cautela que teve a Suprema Corte ao assumir um posicionamento favorável em detrimento daqueles que possuem um poder aquisitivo aquém do considerado necessário para manutenção de um tratamento eficaz. Em um juízo de ponderação, o STF optou, por bem, priorizar o adequado método terapêutico, com fornecimento de medicamentos, tendo como principal argumento a obediência ao art. 196 da Carta Maior.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aqueles que lutam contra a judicialização da saúde parecem evidenciar que o custo geral que as ações do Judiciário ocasionam, prejudicam a efetivação de outras políticas públicas e obstaculizam o acesso da coletividade por causa do atendimento de um interesse específico analisado de forma isolada. Assim, decisões judiciais que devem ser cumpridas em favor de um determinado indivíduo podem obstar, por exemplo, a construção de um hospital ou a reforma de um posto de saúde que traria benefícios a um maior número de pessoas, atendendo ao Princípio do Mínimo Existencial.

Se, por um lado, é inegável que o Estado tem como função proteger e assegurar os direitos fundamentais, tendo em vista o seu dever de defender e efetivar as normas constitucionais e infraconstitucionais, por outro, é válido ressaltar que o cumprimento de tais obrigações fica limitado à restrições de caráter orçamentário, de modo que a interpretação das leis não pode ser realizada isoladamente, mas, ao lado da percepção de que existem óbices de cunho econômico que comprometem a absoluta aplicabilidade do direito.

Deve-se levar em conta que, a busca de cada indivíduo pelo Judiciário com o intuito de solucionar demandas relacionadas à saúde, se dá, principalmente, porque este não encontra respostas nas ações do Poder responsável pela efetiva garantia do direito constitucional que possui. Tal afirmação é verificada, por exemplo, pela dilação do tempo de espera para obtenção de um simples atendimento. Essa situação nos leva a crer que, quando um sujeito provoca o Estado-Juiz, ele escancara uma realidade que não é somente sua, mas de uma coletividade que espera uma solução em tempo razoável do Poder Público.

Nesse sentido, é notório que os caminhos que nos levam à conclusão da questão não estão totalmente iluminados, tendo em vista que o problema não ocorre somente



quando o Judiciário, por meio de sua decisão, compele o Executivo a cumprir determinada prestação e, com isso, muitas vezes, vai de encontro à gestão das políticas públicas projetadas pelo Governo e, por corolário, cria uma tensão orçamentária, uma vez que determinado gasto não estava previsto ou ultrapassou o esperado, mas, também, o problema está entranhado no hábito – por exemplo, cultural – de permitir que os representantes do povo desviem finalidades, verbas e projetem os investimentos em prol de uma minoria que já faz parte da classe mais abastada.

Ademais, ao mesmo tempo em que não se pode olvidar das obrigações que a Constituição conferiu ao Estado no que diz respeito à criação de instrumentos que, de fato, assegurem o direito à saúde e, mais precisamente, à dignidade da pessoa humana, deve-se levar em consideração que o Estado não é capaz de promover proteção à saúde a todos os indivíduos, porque além de haver limitações de cunho financeiro, o direito referido trata-se de conceito jurídico indeterminado, sendo de extrema dificuldade a definição de critérios objetivos capazes de determinar em que momento o Poder Público deve interferir para garantir que um indivíduo, tratado isoladamente, esteja saudável.

De todo modo, nos casos em que for necessária a atuação do Poder Judiciário para a regulamentação de direito à saúde, é preferível que se tenha como referência o Princípio da Razoabilidade. Vale dizer, enfim, que a cautela na análise de cada pedido e a investigação eficiente são mecanismos aptos a proporcionar maior segurança jurídica e menor chance de erro por parte do Judiciário, principalmente para que decisões equivocadas não gerem prejuízos à coletividade que, em virtude da excessiva onerosidade de uma única decisão, fique ainda mais desassistida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Capítulo 9, Direitos a ações estatais positivas (Direitos a prestações em sentido amplo); p.433-519.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov. /dez. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 2 de outubro de 2017.



BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: Revista Consultor Jurídico (online), 22 de dezembro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 2 de outubro de 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. Salvador: Juspodvim, 2015. Capítulo 1, Introdução ao Direito Administrativo; p.29-46.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos**. In: Revista Consultor Jurídico (online), p.1-6, 28 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos> >. Acesso em: 2 de outubro de 2017.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Salvador: Juspodvim, 2015. Capítulo 6, Direitos Sociais; p.281-295.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves B. T. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p.87-89.

PRIMO, Laís de Araújo. **Ativismo judicial e direito à saúde: análise crítica da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: Conteúdo Jurídico, 16 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ativismo-judicial-e-direito-a-saude-analise-critica-da-evolucao-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal,55658.html>>. Acesso em: 6 de outubro de 2017.

RIBAS, Carolline Leal. **O controle do judiciário nas políticas públicas na área da saúde**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dezembro de 2013. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14001&revista_caderno=4>. Acesso em: 6 de outubro de 2017.



THE INTERFERENCE OF THE JUDICIARY IN THE GUARANTEE OF ACCESS TO HEALTH: A MATTER OF REASONABLENESS

ABSTRACT

The present article consists in a brief analysis of the phenomenon named judicialization of the health in the Brazilian State, through the explanation of some factors that contribute to the occurrence of the phenomenon, the opinion about the theme from part of the doctrine, as well as, the exposure of arguments favorable to the justiciability of the health.

Keywords: Judicialization, Justiciability; Health.

