

Artigo

Direito constitucional a saúde e a sua judicialização

The constitutional right to health and its judicialization

Hillary da Silva Oliveira¹

¹Pós-graduada em Direito Penal pelo IBMEC, São Paulo, São Paulo. Possui ampla experiência na área jurídica, tendo atuado por dois anos como residente jurídica no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e por três anos na Defensoria Pública do Estado. Graduada em direito pela Universidade Potiguar (UNP). E-mail: oliveirahillar@gmail.com.

Submetido em: 01/11/2024, revisado em: 07/12/2024 e aceito para publicação em: 02/01/2025.

Resumo: Este trabalho discute o direito fundamental à saúde e a sua judicialização no Brasil. A meta é evidenciar que a saúde, enquanto direito público subjetivo, enfrenta obstáculos para sua garantia efetiva, levando ao aumento da intervenção do Poder Judiciário para preencher lacunas do Executivo. O método empregado é dedutivo, adotando uma abordagem qualiquantitativa, fundamentada em revisão bibliográfica, jurisprudencial e constitucional, examinando informações acerca da judicialização da saúde. Os achados sugerem que a ação judicial tem desempenhado um papel crucial na garantia do direito à saúde, mesmo diante de desafios como a sobrecarga do Poder Judiciário e consequências financeiras para o Estado. A conclusão é que, mesmo com a Constituição de 1988 estabelecendo a saúde como um direito básico, sua eficácia depende de políticas públicas eficazes, prevenindo a demanda por ações judiciais. O estudo destaca a relevância do papel do governo na execução de ações estruturais que assegurem um acesso justo à saúde.

Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Políticas Públicas.

Abstract: This paper discusses the fundamental right to health and its judicialization in Brazil. The aim is to show that health, as a subjective public right, faces obstacles to its effective guarantee, leading to increased intervention by the Judiciary to fill gaps in the Executive. The method employed is deductive, adopting a qualitative and quantitative approach, based on a bibliographical, jurisprudential and constitutional review, examining information about the judicialization of health. The findings suggest that judicial action has played a crucial role in guaranteeing the right to health, even in the face of challenges such as the overload of the Judiciary and financial consequences for the state. The conclusion is that, even with the 1988 Constitution establishing health as a basic right, its effectiveness depends on effective public policies, preventing the demand for lawsuits. The study highlights the importance of the government's role in implementing structural actions that ensure fair access to health.

Keywords: Judicialization; Health; Public Policies.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho, é demonstrar o direito a saúde como um direito público subjetivo constitucionalmente tutelado e garantido a todos os cidadãos.

Em primeiro plano, parte-se da premissa que o direito à saúde, assim como os direitos sociais, foram alçados em patamares nunca antes alcançados, passando a ser um direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

A saúde passou a ser assegurada como um direito de todos (art. 6º da CRFB/88), e dever do Estado, como dispõe o art. 196 “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”.

Em que pese tal mandamento constitucional, a efetivação do mencionado direito social ainda se mostra precária, não sendo suficiente que o direito seja proclamado, devendo haver sua completa garantia.

Nesse contexto, o debate em torno da eficácia dessas garantias fundamentais tornou-se mais intenso no Brasil. Passou-se a haver uma crescente provocação para que o Poder Judiciário, tendo em vista a omissão da

Administração Pública, promovesse a efetivação do direito a saúde. Ocorrendo conseqüentemente uma transferência de competência das instâncias tradicionais, que são o executivo e o legislativo, para os juízes e tribunais. A esse fenômeno deu-se o nome de judicialização da saúde.

A metodologia a ser adotada na pesquisa qualiquantitativa será o método dedutivo, isto é, um processo de análise de informações que analisa sob o aspecto subjetivo, sendo ainda demonstrado por meio de dados numéricos a geração de um problema, e terá como base as seguintes premissas: estudos de doutrinadores, jurisprudência, matérias constitucionais, em que fique demonstrada a necessidade de proporcionar uma melhor percepção sobre os resultados da judicialização da saúde.

DESENVOLVIMENTO

O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial, tendo no Brasil, o renascimento constitucional se dado no momento de redemocratização que vivia o país, saindo-se de um regime autoritário, para o Estado democrático de direito, produzindo-se assim, uma nova forma de organização política, marcada pela promulgação da Constituição de

1988, surgindo a concepção de Estado Social de Direito, atribuindo-se ao Estado o dever de promover a igualdade.

Nesse sentido Marcelo Novelino (2016, p. 52) prescreve:

A perplexidade causada pelas terríveis experiências nazistas e pela barbárie praticada durante a guerra despertou a consciência coletiva sobre a necessidade de proteção da pessoa humana, a fim de evitar que pudessem ser reduzidas à condição de mero instrumento para fins coletivos ou individuais e impedir qualquer tipo de distinção em categorias hierarquizadas de seres humanos superiores e inferiores. Se por um lado essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro lado, foram responsáveis pela reação que culminou com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático.

O reconhecimento dos direitos fundamentais passou por diversas lutas, e as constituições, assim como a efetivação destes, sempre foram vistas com falta de seriedade pela sociedade, considerando-se a distância entre o texto e a realidade, sendo a Constituição apontada como um verdadeiro disfarce, tendo em vista que os textos sempre foram compostos por promessas que diversas vezes não foram honradas. Assim se manifesta Bobbio (2004, p. 5):

Os direitos essenciais à pessoa humana nascem das lutas contra o poder, das lutas contra a opressão, das lutas contra o desmando, gradualmente, ou seja, não nascem todos de uma vez, mas sim quando as condições lhe são propícias quando passa-se a reconhecer a sua necessidade para assegurar a

cada indivíduo e a sociedade uma existência digna.

A tal afirmação, José Afonso da Silva (2002, p. 140 e 141) acrescenta:

Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria. Ora, o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. Assim, no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivara na prática. A Constituição de 1988 é mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso.

Nesse contexto de transformações históricas e sociais dos direitos fundamentais, que se constitui a isonomia em direitos aos seres humanos, e o pressuposto essencial de garantia da dignidade humana. Sendo os direitos fundamentais imprescindíveis ao desenvolvimento de todos os cidadãos.

É necessário ressaltar que apesar de os termos 'direitos humanos' e 'direitos fundamentais' serem frequentemente utilizados com significados equivalentes, na visão de Sarlet (2007, p. 35-36), estes são distintos:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e

tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

A dignidade da pessoa humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. (Sarlet, 2002, p.62).

Sendo um valor intrínseco assegurado e inerente a todos os indivíduos, não se pode pensar na dignidade da pessoa humana sem a efetivação do direito público subjetivo à saúde, já que a não efetivação deste, caracteriza-se como desrespeito a outros direitos, como a vida, os quais estão intimamente e indissociavelmente ligados, sendo uma obrigação imposta ao Estado e a sociedade.

De maneira implícita ou limitada, é possível observar que as Constituições brasileiras do passado, já apresentavam normas sobre a temática dos direitos sociais, ainda que em intensidades diversas.

No que se refere a garantia do direito a saúde, desde a Constituição Imperial de 1824, constata-se ainda que de maneira tácita ou indireta, uma possível tutela a este direito, tendo em vista que estabelecia em seu artigo 179, XVI, o direito a saúde a todos os cidadãos. Restando claro que aquelas não foram totalmente omissas no que se refere a tal direito, o qual percorreu uma crescente caminhada a cada nova Constituição tendo ocorrido uma gradativa evolução da proteção do mesmo.

A saúde passou a ser um direito humano, objeto tutelado pela Organização Mundial de Saúde, que no preâmbulo da sua constituição de 07 de abril de 1948 assim a conceituou: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”

Complementando ainda, que “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção

de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.”

Assim, não se pode mais considerar a saúde de forma isolada das condições que cercam o indivíduo e coletividade. Falar, hoje, em saúde sem levar em conta o modo como o homem se relaciona com seu meio social e ambiental é voltar a época em que o fenômeno era meramente biológico, desprovido de qualquer outra interferência que não fosse tão somente o homem e o seu corpo.¹

Configurando-se assim, um aspecto público de saúde, a qual em seu aspecto social privilegia a igualdade, para que todos possam usufruir igualmente das vantagens da vida em sociedade, por óbvio, enquanto direito coletivo, a concretização da saúde depende do desenvolvimento do Estado.

O direito a saúde atingiu seu ponto máximo com a Carta Magna de 1988, a primeira a dar maior amplitude e proteção ao tema, tendo em vista que o inseriu no rol dos direitos e garantias fundamentais. O art. 6º, aduz que a saúde é um direito social. No art. 7º, há dois incisos que tratam, o IV o qual informa que o salário mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básicas, como a saúde, entre outros, e o XXII, determinado a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meios de normas de saúde, higiene e segurança. É, segundo o art. 23, inciso II, competência comum da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde. O art. 30, inciso VII, confere aos Municípios a competência de prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde e a população. O art. 197, afirma que os serviços de saúde são de relevância pública, 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.

Há diversas outras normas constitucionais que tratam do direito a saúde, de todo modo, é possível observar independentemente da eficácia jurídica que cada uma possui, a preocupação do constituinte em tutelar e dar plena eficácia a este direito.

Segundo Pedro Lenza (2019, p. 2016):

A doutrina aponta a dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante à saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) natureza

negativa: o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.

O art. 6º, da Constituição Federal de 1988 possui como finalidade primordial reconhecer os direitos sociais fundamentais para o homem, buscando trazer para a sociedade condições dignas, sendo o direito a saúde, um dos mais relevantes à existência humana. Ora, se a Constituição Federal de 1988, colocou em seu centro os direitos e garantias fundamentais, isso demonstra no mínimo a grande importância dada a estes pelo constituinte, levando-se em consideração a localização topográfica destes direitos.

Assim, por estar entre os direitos fundamentais sociais, ou prestacionais, o direito à saúde se configura como um dos elementos que marcam o constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, para a existência no texto constitucional de direitos à prestação, direitos estes que impõem um dever ao Estado, que passam a exigir do Estado enquanto ente propiciador da liberdade humana, não mais aquela atividade negativa, de restrição de sua atuação, mas uma ação positiva, através de uma efetiva garantia e eficácia do direito fundamental prestacional à saúde.²

Assim, a saúde é classificada, segundo o art. 196, da CRFB/88 como: “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”.

No momento em que o Estado reconhece o direito a saúde como um direito fundamental social, este se obriga a atuar de maneira positiva na concretização do mesmo, pois há uma vinculação direta a atuação da Administração Pública em sua implementação, tendo em vista que este é direito público subjetivo, devendo promover as condições necessárias ao seu pleno exercício.

Para José Afonso da Silva (2005, p. 286):

podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores

condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Apesar de o art. 196, ora em comento, ser uma norma de caráter programático, as quais, segundo José Afonso da Silva (2012, p. 122) são: “normas que estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, mas requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados”, a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, § 1º, estabelece que “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Em que pese, o dispositivo estar subordinado ao art. 5º, sua abrangência não se limita aos direitos individuais, englobando todos os direitos fundamentais, inclusive e em especial os direitos sociais.

Diante das modificações ocorridas, a doutrina moderna passou a classificar os direitos e garantias fundamentais em até cinco gerações ou dimensões, tais expressões terminológicas são debatidas por vários doutrinadores, tendo em vista que para alguns o termo “gerações” não seria adequado pois se entenderia que a medida que os direitos fossem evoluindo, uma geração substituiria a outra, contudo, como houve o surgimento de novas gerações e esse fato não ocasionou a extinção das anteriores, há quem prefira o termo “dimensões” por não ter ocorrido uma sucessão desses direitos, já que atualmente todas elas coexistem.

Os direitos sociais são considerados direitos fundamentais de segunda dimensão onde o Estado tem um dever de concretizar determinados direitos, como a saúde, que proporcionem aos indivíduos uma vida digna.

Independentemente da sua classificação, pois a interpretação de uma norma programática, não quer dizer que seja apenas uma promessa constitucional, os direitos sociais, preconizados na Constituição de 1988, reclamam aplicabilidade imediata, sendo o direito a saúde um bem jurídico constitucionalmente tutelado, devendo o Poder Público atuar de maneira positiva na implementação de políticas sociais adequadas a garantia do mesmo.

Resta claro, que para que haja a efetivação da norma constitucional, e para que não ocorra uma insinceridade constitucional, entre o ser e o dever ser, já que muitas vezes o que está previsto no ordenamento jurídico, não condiz com a realidade da sociedade, é necessário que o Estado crie procedimentos, políticas públicas, estruturas organizacionais, afim de que haja a promoção e proteção do direito à saúde. Não é mera recomendação, é um direito plenamente aplicável.

É nesse momento de efetivação do direito a saúde, ou da falta deste, pelos poderes da maioria, que há

uma crescente provocação para que o Poder Judiciário decida a este respeito, surgindo assim, novos embates institucionais acerca de qual seria o âmbito mais adequado para implementação das garantias fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, percebe-se que os debates acerca do direito fundamental à saúde e sua judicialização evidenciam a complexidade de garantir os direitos fundamentais no Brasil. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a saúde como um direito universal e uma responsabilidade estatal, enfatizando a necessidade de políticas públicas que assegurem acesso igualitário e universal. Contudo, a incapacidade do Estado em cumprir completamente essa responsabilidade tem levado os cidadãos a recorrer ao Judiciário para garantir tratamentos, medicamentos e serviços de saúde, o que demonstra a ineficácia de certas políticas públicas em realizar esse direito.

A expansão da judicialização na saúde, mesmo assegurando direitos individuais em situações específicas, suscita dúvidas sobre suas consequências na administração pública. O excesso de processos judiciais pode afetar a distribuição de recursos no Sistema Único de Saúde (SUS), dando preferência a decisões individuais em vez de uma política de saúde coletiva mais organizada. Ademais, a interferência do Judiciário nas políticas públicas provoca discussões acerca da divisão de poderes, já que frequentemente, decisões judiciais forçam o Executivo a implementar ações que não estavam previstas no orçamento ou na estratégia de administração pública.

Nesse contexto, é crucial que o governo elabore táticas eficientes para diminuir a judicialização da saúde. É essencial investir na expansão da infraestrutura do SUS, na melhoria da administração dos recursos e na criação de políticas preventivas para garantir o acesso à saúde de maneira justa e eficaz. Ademais, o desenvolvimento de métodos de mediação e conciliação pode prevenir contendas desnecessárias, assegurando resoluções mais ágeis e eficientes para os cidadãos. Assim, é crucial fortalecer o sistema público de saúde e implementar políticas estruturantes para que a proteção deste direito básico não fique exclusivamente a cargo da intervenção judicial.

RREFERÊNCIAS

BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao Direito Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.38.
BRAGA, Bárbara Suellen Fonseca. **Gastos Públicos com medicamentos judicializados no Rio Grande do Norte, 2016-2017**. 2018. 64 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Centro de Ciências e Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal/rn, 2018. Cap. 5. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/27297/1/Gastos%20C3%20BAblicosmedicamentos_Braga_201

9.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: MIN. CELSO DE MELLO. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 481.

Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. 2019. Figuras 1 e 2. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/eae0a55729098701a9f49a22a9f3ce43.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 25 Ed. Porto Alegre: Atlas, 2016.

INSPER. **Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União**: Tema envolve demanda legítima de direitos e disputa pela alocação de recursos na sociedade. 2019. Figuras 3. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. Editora Verbatim, 2009, p. 195.

LEGRAND, Pierre. **Le Droit Comparé**. Paris: PUF, 2015
LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro / Harrison Leite** – 8. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2007

Silva, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista da Defensoria Pública – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008, p. 21.

TRIBUNA DO NORTE (Ed.). **RN teve R\$ 40 milhões judicializados na saúde em 2018**. 2019. Tribuna do

Norte. Disponível em:
<<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/rn-teve-r-40-milha-es-judicializados-na-saaode-em-2018/448829>>.
Acesso em: 24 nov. 2019.,
Universidade de São Paulo (USP). **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos:** Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946. 1946. Disponível em:
<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

WANG, Daniel Wei L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, [s.l.], v. 48, n. 5, p.1191-1206, out. 2014. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666>.