

# JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Amanda Cristina Rau<sup>1</sup>

Rodrigo Vaz de Carvalho<sup>2</sup>

## RESUMO

O direito à saúde é inerente a vida o qual abrange a saúde física e mental do ser humano, devendo ser proporcionado por todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), os quais devem garantir a efetividade para todos, garantindo o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. Quando esse direito é negado ao cidadão esse não vê outro caminho a não ser buscar o judiciário para dar efetividade a esse direito, mas o Estado é respaldado pela Teoria da Reserva do Possível, diante da limitação de recursos, devendo ser observado o caso concreto e os recursos disponíveis, bem como efetividade do serviço a ser fornecido, para assim fazer jus aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, haja vista que não pode haver prioridades de uns em detrimento da coletividade.

**Palavras-chave:** Judicialização da Saúde. Reserva do Possível. Política Pública.

## HEALTH JUDICIALIZATION

### ABSTRACT

The right to health is inherent in life, which encompasses the physical and mental health of the human being, and must be provided by all federal entities (Union, States, Federal District and Municipalities), which must guarantee effectiveness for all, guaranteeing the minimum existential and the dignity of the human person. When this right is denied to the citizen, he sees no other way than to seek the judiciary to give effect to this right, but the State is supported by the Theory of the Possible Reserve, in view of the limited resources, and the specific case must be observed and the available resources, as well as the effectiveness of the service to be provided, so as to live up to the principles of the dignity of the human person and material equality, given that there can be no priorities for some to the detriment of the community.

**Key words:** Judicialization of Health. Reserve of the Possible. Public policy.

---

<sup>1</sup> Acadêmica da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. *E-mail.*: amandarau@edu.uniube.br

<sup>2</sup> Professor Universitário. Advogado. *E-mail.*: rodrigo.carvalho@uniube.br

## **1 INTRODUÇÃO**

A saúde é um direito garantido expressamente pela Constituição Federal de 1988, sendo um direito de todos e dever do Estado, como dispõe em seu artigo 196:

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.

De acordo com o mencionado artigo a competência entre os entes federativos que constituem o Brasil, sendo eles a União, Estado, Distrito Federal e Municípios é comum. Assim de acordo com a Constituição a competência administrativa a respeito da saúde pública é de todos os entes.

Ainda sobre o tema, a constituição assegura em seu artigo 6º que por se tratar de um direito social e fundamental, o direito a saúde é uma prestação positiva dos entes, que por muitas vezes vem sendo omissos em relação a matéria.

Por ser um direito social, o poder judiciário vem influenciando nas políticas públicas de saúde, impondo por meio de decisões judiciais que o Poder Executivo forneça medicamentos de altíssimo custo, além de obrigar a realizações de cirurgias, exames e tratamentos, não somente em instituições públicas como também em instituições privadas, a fim de reduzir os riscos de doenças e até mesmo à morte.

Entretanto, embora a nossa Constituição preceitue em seu texto normativo que a saúde é um dever estatal, há inúmeras divergências doutrinárias e decisões jurisprudenciais, diante da compatibilidade do dever com a teoria da reserva do possível, refletindo em discussões judiciais em números cada vez maiores de demandas, exigindo do Estado o cumprimento das obrigações referente ao direito social e fundamental à saúde.

Desta maneira, a pesquisa irá discutir as medidas tomadas pelo judiciário para enfrentar esses temas, bem como seus aspectos legais, principalmente relacionados aos direitos fundamentais, como os conflitos de princípios constitucionais “o direito a saúde x a teoria da reserva do possível”, a fim de buscar uma solução para tentar desafogar o judiciário.

## **2 DIREITO À SAÚDE**

O direito à saúde é garantido pela Constituição Federal de 1988, como sendo um direito fundamental e social, por se tratar de um direito de grande relevância para o ser humano, de acordo com o artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, 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.

Segundo a Constituição Federal, no artigo 196, a saúde é um direito de todos e um dever do estado, apresentando diversos artigos tratando sobre o tema, reservando ainda um capítulo

específico para a seguridade social, o qual visa assegurar aos cidadãos os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Segundo a Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946), saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença e enfermidade”.

Desta forma, o direito a saúde não está vinculado apenas na obrigação do Estado em fornecer tratamentos médicos e medicamentos aos cidadãos, mas sim garantir a efetividade de medidas que visam garantir uma boa qualidade de vida, visando assim que todo cidadão tenha uma vida saudável, com acesso a tratamentos e tecnologias que visam garantir a efetividade desse direito.

Nas palavras de Olinda do Carmo Luiz:

Acompanhando os direitos fundamentais, a saúde aproxima-se da idéia central de qualidade de vida e constitui um dos elementos da cidadania. Direito à cura e à prevenção de doenças, mas também a uma vida saudável, aos benefícios do desenvolvimento, tanto quanto ao trabalho e à alimentação adequada. Para além do acesso aos serviços de assistência médica, o direito à saúde requer relações sociais que possibilitem a qualidade do cotidiano e assume uma posição auto-reflexiva, relacionada à vida, não apenas à sobrevivência, mas a uma vida qualificada pelo usufruto dos benefícios da cidade. (LUIZ, 2008, p.7).

Logo pode-se concluir que o conceito de direito a saúde é amplo e não abrange somente a tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos, mas sim políticas públicas que visem ao estado garantir o mínimo existencial para que todo seus jurisdicionados tenham uma boa qualidade de vida, o que vai resultar uma boa saúde tanto física como mental, para a efetividade desse direito é necessário se estabelecer políticas públicas que visem a prevenção, assistência médica, psicológica e jurídica por todos os entes da federação.

### **3 DIREITO FUNDAMENTAL**

O direito à saúde é um direito fundamental, ou seja, é essencial ao ser humano e está positivado no ordenamento constitucional no artigo 5º, §1º, esse direito é um “direito de todos e dever do estado”, sendo, portanto, dever do Estado a sua garantia mediante políticas sociais, como previsto no artigo 196.

Nesse sentido também menciona Dirley Cunha Júnior:

O direito social à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito. Nada obstante, a Constituição brasileira dispôs que a saúde é um 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 a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor vida humana, o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde. (CUNHA, 2016, p. 657).

Como é dever do Estado a efetivação do direito fundamental, a Carta Magna deixou claro em seu artigo 197, a necessidade de criação de norma específica criada pelo poder público afim de regulamentar, fiscalizar e controlar o tema, veja-se:

“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.”

Desse modo, houve a criação da Lei nº 8.090/1990, a qual prevê as condições e o funcionamento dos serviços de saúde de maneira que o Sistema Único de Saúde promova prestações a saúde, priorizando as ações preventivas, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal, assim como o dever de informar à população acerca de seus direitos e dos riscos à saúde.

Embora muitas das vezes, essa prestação do direito fundamental a saúde encontra-se óbices, principalmente em relação ao fator financeiro, haja vista que muitas das vezes o Estado não cumpre seus deveres por insuficiência financeira, o que faz com que a busca por demandas judiciais aumentem consideravelmente, em busca da efetividade do direito através de decisões judiciais, as quais o Poder Judiciário obrigue o Poder Público a fornecer tratamentos e medicamentos que ultrapassem os limites da Lei Orçamentária, prestigiando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, para que não haja prioridades de uns em detrimento de outros, deve o magistrado levar em consideração o caso concreto, observando a presença de três elementos: distributividade dos recursos, números de cidadãos atingidos e a efetividade do serviço, observando o Princípio da Reserva do Possível.

Desse modo, muito embora a saúde seja um direito fundamental e dever do Estado, previsto no artigo 196 da Carta Magna, não pode ser aplicado indistintamente em todas as situações, tendo em vista que os limites orçamentários os quais o Poder Público encontra-se amparado, bem como a necessidade de outros direitos fundamentais que devem ser assegurados como educação, segurança, alimentação, transporte, lazer e etc.

#### **4 DEVER ESTATAL**

Conforme preceituado no artigo 196 da Carta Magna, o Estado tem o dever de tutelar o direito à saúde, uma vez que esse direito está entrelaçado ao direito à vida, direito esse fundamental e essencial a todo e qualquer ser humano.

Nesse sentido, menciona Daniel Carlos Neto:

A atual constituição veio definir as obrigações do Estado em proporcionar a toda a população um serviço de saúde digno, mas também a adoção de políticas públicas para a redução dos problemas que afetam direta e indiretamente a saúde dos indivíduos. É a chamada promoção, proteção e recuperação mencionada no art. 196 da CF/1988. (NETO, 2017, p. 23).

O ente competente para se buscar esse direito pode ser tanto a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e conforme artigo 23, inciso II da Constituição Federal de 1988, estes entes possuem responsabilidade solidária em matéria de saúde, devendo desenvolver políticas públicas para a efetivação desse direito.

Em se tratando da responsabilidade solidária dos entes federativos, esse tema já foi objeto de Repercussão Geral, no Supremo Tribunal Federal, que após análise do Recurso Extraordinário (RE) 855178, o relator ministro Luiz Fux proferiu a seguinte decisão:

Decisão: Preliminarmente, votou o Ministro Celso de Mello acompanhando o Ministro Edson Fachin na rejeição dos embargos de declaração. Na sequência, o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793): “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019.

Dessa forma, não há mais divergências relacionadas sobre o tema que havia entre as normas constitucionais e as normas contidas na regência da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica do Sus) e alterações realizadas através do Decreto 7.508/11, ficando estabelecido que, mesmo que as normas do SUS estabeleçam determinadas competências específicas para cada ente federado, o cidadão pode procurar qualquer um deles para pleitear seus direitos, sendo inclusive lícito demandar judicialmente em face a um dos entes ou os três solidariamente no polo passivo da ação judicial por se tratar de dever geral de prestar saúde.

Assim, fica claro que além de ser um direito fundamental, a saúde é um dever de prestação do Estado, proporcionado por seus entes federados de forma solidária, não podendo ser negado.

## **5 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme previsto nos artigos 196, 197 e 198, os quais estabelecem os princípios organizativos para a sua organização que são a regionalização, hierarquização, descentralização, atendimento e participação da comunidade.

A regionalização são as ações e políticas públicas que os gestores municipais e estaduais apresentam para a implementação de serviços de saúde de acordo com as necessidades de cada região.

A hierarquização é uma forma de organizar a prestação de serviços de saúde em diferentes níveis, sendo o nível primário que são os de baixa complexidade, os secundários que são os de média complexidade, baseadas nas especialidades médicas e o nível terciário, para caso mais complexos que envolve maior risco de dano a saúde ou até mesmo de morte.

A descentralização está muito ligada aos princípios acima citados, pois ela consiste em orientar os entes federados a organizarem entre si meios para a efetividade do cidadão ter o direito a saúde de acordo com as suas necessidades.

Esse princípio está expresso na Constituição da República, conforme art. 194 *in verbis*:

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.

Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Em observância ao texto constitucional, foi criada a Lei n.8.080/1990, que trata da organização do SUS, bem como a Lei n.8.142/90, que dispõe sobre participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e transferências de recursos financeiros vinculados à saúde, formando a Lei Orgânica da Saúde.

Sobre o acesso ao Sistema Único de Saúde, deve ser levado em conta o princípio da universalidade, que tem como embasamento o artigo 196 da Constituição Federal, que dispõe sobre o acesso universal às ações e serviços de saúde, permitindo o acesso de qualquer pessoa ao SUS, devendo ainda esse acesso ser igualitário sem distinção em relação a grupos de pessoas e gratuito, por ser considerado universal o serviço público direcionado a saúde não pode obter contraprestação onerosa.

A Constituição Federal de 1988 também trouxe atribuições ao Sistema Único de Saúde, conforme artigo 200 do referido diploma:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

No mesmo sentido também estabelece o inciso I do artigo 198, onde a Carta Magna trata na organização do SUS.

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;

Além das disposições constitucionais, tem-se também as legislações infraconstitucionais, fundada na Lei 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, a qual também estabelecesse as suas diretrizes, para ações que visem que os serviços públicos de saúde seja organizado de forma descentralizada e hierarquizada conforme dispõe o Decreto 7.508 de 2011:

Art. 3º O SUS é constituído pela conjugação das ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde executados pelos entes federativos, de forma

direta ou indireta, mediante a participação complementar da iniciativa privada, sendo organizado de forma regionalizada e hierarquizada.

Dessa forma, de acordo com o SUS, o direito a saúde não está ligado somente ao tratamento médico e a disponibilização de postos de saúde a população, pois esse direito é bem mais amplo, ligado ao saneamento básico, educação, atividades culturais, segurança entre outros, visando disponibilizar ao cidadão uma boa qualidade de vida e bem-estar, devendo o estado desenvolver medidas para a efetivação desse direito.

## 6 CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização é a atuação do Poder judiciário, proferindo decisões sobre matérias de políticas públicas e sociais as quais deveriam ser efetivadas pelos poderes Executivo e Legislativo, que por omissão não foi concretizada. Assim menciona o doutrinador Andreas Krell:

Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços básicos. (KRELL, 2002, p. 100).

No caso da saúde, quando um paciente com necessidade de tratamento médico, medicamentos e até mesmo um leito hospitalar, vê seu direito a saúde negado pelo Poder Público, por muitas das vezes por falta de recurso público, tratamentos e medicamento não padronizados pelo sus e não previsto na lista da Anvisa, a forma que o usuário encontra de conseguir que seu direito seja garantido é através da judicialização, por se tratar de um direito social e fundamental, sendo portanto de competência dos entes federativos garantir aos cidadãos, conforme artigo 196 da Constituição Federal supracitado.

Essa busca pelo judiciário para sanar a omissão do Poder Público, que ameaça o direito a saúde já garantido constitucionalmente, assim se torna possível a luz do artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Neste mesmo sentido, é o que mencionam os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A expressão, ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o Sistema deve ser igualmente acessível a todos; ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELETTI e GARTH, 1998, p. 8).

Dessa forma, quando o Estado não cumpre o seu dever, os indivíduos têm instrumentos para garantir a efetivação do direito, não podendo ser excluído o Poder Judiciário, essa necessidade de acesso à saúde pelos cidadãos é superior à capacidade do Estado de garantir a efetivação de políticas públicas para a implementação efetiva dos direitos sociais, o que acaba dificultando o sistema de saúde e, por consequência, desencadeando em inúmeras insatisfações que, por sua vez, descarregam no Poder Judiciário para dirimir as questões sobrecarregando ainda mais o judiciário.

## **7 DIREITOS ABARCADOS PELA JUDICIALIZAÇÃO**

Os direitos abarcados pela judicialização são os direitos fundamentais elencados na Constituição, direitos esses inerentes à proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Esses direitos quando efetivados irão garantir o direito a saúde, a moradia, educação, a cultura, segurança, entre outros que quando devidamente efetivados refletem numa boa qualidade de vida, ligada diretamente na saúde pública.

O que o indivíduo busca quando procura o judiciário e a resolução de um problema não resolvido pelo estado, seja pela sua omissão ou mesmo pela falta de recurso para a sua efetivação.

Nesse contexto o que o judiciário vem buscando é garantir a esse cidadão o direito ao mínimo existencial, garantindo ao indivíduo a sua integridade física, implicitamente ligada à dignidade da pessoa humana e a outros direitos fundamentais.

A Constituição Federal não traz em seu corpo explicitamente o conceito de mínimo existencial, sendo esse conceito vindo da doutrina como um direito pré-constitucional, figurando como um direito fundamental para garantia dos direitos sociais visando garantir a dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema discorreu Robert Alexy:

As categorias da teoria dos princípios, que envolvem direitos *prima facie* e ponderação com outros direitos, princípios e fatos relevantes, aplicam-se, também, aos direitos sociais, que incluem o direito à saúde básica e, como decorrência, o direito à obtenção de certas categorias de medicamentos. Também aqui avulta a ideia de mínimo existencial para demarcar a fundamentalidade material do direito e sua consequente exigibilidade. Para além desse núcleo essencial, os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, sujeitam-se à ponderação com outros elementos fáticos e jurídicos, inclusive a reserva do possível e as regras orçamentárias. Sobre a aplicação da teoria dos princípios aos direitos sociais fundamentais. (ALEXY, 1997. p. 482).

Nesse sentido, cabe ao Estado garantir condições para efetivação dos direitos fundamentais na maior escala possível, tendo como limite o mínimo existencial para garantia da efetividade desses direitos para qualquer pessoa, e quando não efetivado, cabe ao judiciário proporcionar meios para a sua efetivação.

## **8 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

A teoria da Reserva do Possível é uma forma de limitação das atuações dos entes federativos em se tratando da efetivação de direitos sociais e fundamentais, afastando as normas constitucionais do interesse privado, visando a preservação do direito da maioria.

Essa teoria surgiu para justificar a ausência da efetivação das políticas públicas pelo Estado devido a falta de recursos públicos, devendo ser levada em consideração a reserva do possível, para limitar a atuação do poder judiciário nas decisões administrativas em face ao Estado, pois há um limite de possibilidades materiais para esses direitos sociais, levando em considerações as Leis Orçamentárias, as quais devem ser observadas por todos os entes da Administração Pública.



Nesse sentido discorreu Ingo Wolfgang Sarlet:

A efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema de natureza eminentemente competência. (SARLET, 2012, p. 389).

Assim, se torna plausível a justificativa do Estado pois, o juiz ao decidir sobre o direito tem que se observar os limites orçamentários pré-estabelecidos, haja vista que o orçamento público está vinculado a várias leis e inclusive previsto na constituição federal, que em caso de descumpridas pode acarretar ao gestor o crime de responsabilidade fiscal, como assim destacou Borges Mânica:

Nesse cenário, a Constituição de 1988 alçou o orçamento público a importante instrumento de governo, tanto para o desenvolvimento econômico quanto para o desenvolvimento social e político. Para tanto, estabeleceu um encadeamento de três leis que se sucedem e se complementam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Nesse sistema, todos os planos e programas governamentais devem estar em harmonia com o plano plurianual, nos termos do art. 165, § 4º da Constituição Federal, e a LDO deverá estar em harmonia com o PPA, nos termos do art. 166, § 4º da Constituição. [...] Em face do princípio da legalidade da despesa pública, ao administrador público é imposta a obrigação de observar as autorizações e limites constantes nas leis orçamentárias. Sob pena de crime de responsabilidade previsto pelo art. 85, VI da CF/88, é vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária, nos termos do art. 167, II da CF/88. (MÂNICA, 2011, p.3).

Nesse cenário tem que ser levado em consideração as exigências legais para os gastos dos recursos públicos para garantir o equilíbrio das despesas públicas, pois o dinheiro do Estado não é infinito, pois o Estado possui as suas limitações financeiras para garantir a efetivação das políticas públicas impostas pela lei e pela constituição.

Assim a teoria da reserva do possível acaba limitando a possibilidade de efetivação de alguns dos direitos sociais pela falta de recursos público para a sua execução tendo em vista que a sua efetivação está ligada diretamente com a possibilidade financeira do Estado.

## **9 POLÍTICA PÚBLICA E POLÍTICA DE SAÚDE**

As Políticas Públicas são o conjunto de ações organizadas pelos entes federativos (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), através de aplicações de metas, planejamentos e estratégias que visem a concretização do bem-estar social, devendo ser constituída a partir da participação direta e indireta da sociedade, visando aplicação e efetivação dos direitos assegurados pela Carta Magna,

De acordo com a definição de política pública do SEBRAE/MG:

As Políticas Públicas são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público. É certo que as ações que os dirigentes públicos (os governantes ou os tomadores de decisões) selecionam (suas prioridades) são

aquelas que eles entendem serem as demandas ou expectativas da sociedade. (SEBRAE/MG, 2008, p. 7).

As políticas públicas de saúde, consistem em ações sociais impostas pelo Estado, visando melhorar, proteger e recuperar as condições de saúde da sociedade e dos ambientes natural, social e do trabalho.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, diante dos princípios da universalidade e equidade, adotou o modelo de seguridade social assegurando os direitos à previdência, saúde e assistência social, sendo um dever de todos e dever do Estado, o que nas constituições anteriores não teve tanta relevância, pois o acesso a saúde anteriormente era restrito a alguns grupos sociais específicos.

O Brasil passou a orientar as políticas públicas da saúde, por meio de ações, serviços e organizações descentralizadas, onde a toda a população sem nenhuma distinção passou a ter a integralidade de participação e atendimento, o texto constitucional ainda determinou a organização e implementação do sistema Único de Saúde.

A respeito da política de saúde discorreu Belmartino:

A política de saúde é uma estrutura de delimitação de atores. Essa abordagem supõe pensar as relações de poder que se estabelecem no interior do campo como produto da interação entre agentes dotados de interesses e capacidades específicas (médicos, funcionários, sindicalistas, profissionais de saúde, empresas). Cada um desses agentes atua em uma rede de alianças, conflitos, pressões, negociações e debates que se desenvolvem em um marco legal e institucional tomado lógica e analiticamente como prévio à sua interação, e ao mesmo tempo como ordenador da mesma, mas não como algo imutável. As leis que ordenam o campo de conflito são o resultado de lutas anteriores e podem ser modificadas a partir de uma transformação na atual relação de forças. (BELMARTINO, 1992, p. 146).

Dessa forma, política de saúde pode ser definida como um conjunto de ações, estratégias, instrumentos, programas e projetos que visem o cumprimento das metas estabelecidas pelas políticas públicas, dando a sua efetividade, sendo um sistema de bases públicas com a iniciativa privada atuando de forma complementar, levando o direito de forma universal.

## **10 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDÊNCIAL**

São muitas as reflexões trazidas pela doutrina sobre as controvérsias que foram criadas perante a crescente procura dos cidadãos pela busca dos seus direitos perante ao judiciário, tendo em vista a omissão do Estado.

Para a doutrina esse fenômeno tem que ser utilizado com cautela, pois o poder judiciário tem que ser utilizado como última alternativa para resolver a situação sob pena de invadir a seara do executivo, com decisões que atinjam a discricionariedade de seus atos, bem como invadam a esfera do poder legislativo, dando as leis interpretações por recursos hermenêuticos que privilegiam os direitos sociais como um direito fundamental, a fim de dar a tutela para o cidadão.

Sobre o assunto temos a posição do CONASS:

A garantia judicial da prestação individual de saúde estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e

concreta, caso a caso, como exemplo, não é possível o Judiciário acolher o pedido individual de fornecimento de remédio oncológico de alto custo a um pequeno município, cuja totalidade dos recursos mensais ou anuais do respectivo Sistema de Saúde (Secretaria Municipal de Saúde) seria destinada para o atendimento de uma única pessoa. (CONASS, 2018, p. 258).

Nesse sentido a grande maioria da doutrina acredita que da mesma forma que a judicialização da saúde se tornou uma ferramenta positiva efetivação do direito, também pode se tornar um caminho perigoso, pois a crescente demanda de ações sobre o tema vem gerando uma sobrecarga no judiciário, gerando uma responsabilidade em dar efetividade ao direito a saúde que a princípio não é de sua alçada, pois essa competência seria do poder executivo por meios de ações que visem a efetivação do direito, bem como do poder legislativo, por meio de criação de leis.

Na mesma forma, diante do cenário trazido pela judicialização Daniel Wang descreve da seguinte forma:

Os efeitos para o sistema são deletérios, por pelo menos três motivos: i) porque acarretam um acesso desigual ao SUS, pois aqueles que litigam têm acesso a um rol mais amplo de ações e serviços de saúde, enquanto o restante da população conta apenas com aquilo que está definido nas políticas; ii) porque geram um desequilíbrio na distribuição de competências dentro do sistema, sobrecarregando o ente mais frágil do conjunto, o município; e iii) por fim, porque geram um elevado grau de incerteza ao gestor público, não apenas sobre quanto recurso público precisará disponibilizar para a compra de medicamentos demandados judicialmente, mas também sobre o impacto nas contas públicas e os cortes necessários em outras despesas e políticas. (WANG, 2021 p. 1201).

A posição jurisprudencial ficou pacificada com o julgamento do O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 onde ficou decidido que a responsabilidade entre os entes e solidaria, que compete a autoridade judiciaria diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e que as ações que pleiteiam medicamentos sem o registro na ANVISA deverão serem proposta em face da união, conforme ementa da decisão abaixo:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.**

1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

Assim conforme o entendimento da Suprema Corte todos os entes têm responsabilidade solidária em matéria de saúde, mas em caso de medicamento não registrado pela ANVISA no

polo passivo haverá de figurar a União, sozinha ou com os demais entes solidariamente responsáveis.

## 11 CONCLUSÃO

Diante o exposto, pode-se concluir que a judicialização da saúde tem seus pontos positivos e negativos, ficando fica claro o dever do Estado de garantir a efetividade do direito a saúde a toda população, seja por meio do poder executivo ou através do legislativo, e quando esse direito não é efetivado, não resta outra alternativa ao cidadão a não ser buscar a tutela do poder Judiciário.

Como pontos positivos pode-se expor que sem a atuação do judiciário certamente esse direito não seria efetivado, pois apesar de estar garantido na Constituição Federal, o direito a saúde por muitas das vezes não é garantido pelo Estado, seja por omissão, falta de planejamento, falta de recursos públicos ou até mesmo pelo processo burocrático de aquisições de medicamentos como os processos licitatórios.

Para que a judicialização da saúde não se torne uma ferramenta negativa, o ideal é que ela seja utilizada como a última alternativa, ou seja, quando o cidadão não tenha realmente outro caminho para resolver o litígio, sob pena de ocorrer a usurpação de competência pelo judiciário.

Por outro lado, a judicialização pode se tornar negativa quando o magistrado ao proferir suas decisões não se atenta a cada realidade, agindo com desproporcionalidade, podendo levar até a falência do Sistema Único de Saúde, pois os recursos públicos não são infinitos e sem ponderação o serviço não será de fornecido de forma universal, pois sempre vai privilegiar uns em detrimento de outros, pois o cidadão que busca o judiciário vai ter recursos mais rápido que o cidadão que não busca.

Por fim, os integrantes do poder judiciário têm que agir com consciência, não tornando a judicialização uma forma de demonstrar que o poder judiciário se sobrepõe sobre aos demais poderes, sendo utilizado com prudência certamente será uma ferramenta indispensável para que o cidadão tenha seu direito efetivado.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- BELMARTINO, S. **Políticas de salud: formulación de una teoría o construcción de un problema por investigar** In: FLEURY, S. (Org.) **Estado y Políticas Sociales em América Latina**. Xochimilco: Universidad Autónoma Metropolitana, 1992.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 19 abr. 2021.
- BRASIL. SEBRAE/MG. **Políticas públicas: conceitos e práticas**, vol.7. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/nespeciais/promulher/manuais/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20P%C3%9ABLICAS.pdf>. Acesso em 16 de abril de 2021.
- CAPELETTI Mauro e GARTH Bryan. **Acesso à Justiça**. Disponível em: <http://www.trib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acesso em: 14 abr. de 2021.
- CONASS - **CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE** – 2018 – 1ª Edição p.259, Coletânea Direito à Saúde é distribuída gratuitamente. Proibida a comercialização. Também disponível na Biblioteca Digital do Conass em [www.conass.org.br/biblioteca](http://www.conass.org.br/biblioteca).
- CUNHA, Dirley Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LUIZ, Olinda do Carmo. **Direitos e equidade: princípios éticos para a saúde**. Arq. Méd. ABC. 2005.
- MÂNICA, Fernando Borges. **A Gestão da Saúde Pública no Município 'Q'**. Revista Brasileira de Direito da Saúde, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 3, jul.-dez. 2011.
- NETO, Daniel Carlos. **Judicialização da Saúde Pública – Uma Análise Contextualizada**. Porto Velho: Motres, 2017.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAUDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**, 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: 16 abr. de 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855.178**, Plenário. Relator Luiz Fux. Brasília, DF, 23 de maio de 2019 (DJE 03.06.2019). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em 21 abr. de 2021.
- 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, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191 a 1206, set. 2014. ISSN 1982-3134. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/33348>. Acesso em: 20/04/2021