

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

LITON LANES PILAU SOBRINHO

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Juraci Mourão Lopes Filho; Liton Lanes Pilau Sobrinho. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-851-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

Nos dias 15, 16 e 17 de novembro, aconteceu o XXX Congresso Nacional do CONPEDI, na cidade de Fortaleza, no Ceará, mais especificamente no Centro Universitário Christus – Unichristus.

No dia 17 aconteceu o GT Direito e Saúde, no qual foram apresentados trabalhos que versaram sobre diferentes perspectivas e possibilidades de diálogos com a saúde enquanto direito social, fundamental e humano, salientando-se pautas como estudos conceituais e/ou relatos de experiências no contexto brasileiro e/ ou internacional, focalizando a concretização da saúde e suas demandas, com alicerces na Constituição Federal. Foram abordados temas como a judicialização da saúde, especialmente no que refere-se a medicamentos, internações hospitalares e tratamentos de alto custo; a saúde digital e suas interlocuções com as tecnologias; questões de gênero vinculadas ao direito à saúde; medicamentos e experimentos em saúde; autonomia da vontade e prospecções da saúde com a bioética; entre outros.

Sem dúvida alguma foram belos e interessantes trabalhos que contribuíram não somente para amplas reflexões, mas também, e certamente, são grandes contribuições para a pesquisa jurídica e social na academia brasileira e internacional, notadamente com destaque ao direito à saúde.

Janaína Machado Sturza – UNIJUI

Liton Lanes Pilau Sobrinho – Universidade do Vale do Itajaí / UPF

Juraci Mourão Lopes Filho – Centro Universitário Christus

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A DESIGUALDADE NO ACESSO À JUSTIÇA: UM RECORTE A PARTIR DA PERSPECTIVA DOS IMIGRANTES

THE JUDICIALIZATION OF HEALTH AND THE INEQUALITY IN ACCESS TO JUSTICE: A FRAME FROM THE IMMIGRANTS' PERSPECTIVE

Janaína Machado Sturza ¹

Claudia Marília França Lima Marques ²

Gabrielle Scola Dutra ³

Resumo

O presente artigo tem como objetivo fomentar um debate sobre a judicialização da saúde e sua consequente desigualdade no acesso à justiça, a partir de um recorte sobre a situação dos imigrantes. Neste contexto, o artigo caracteriza-se como um estudo bibliográfico, instruído pelo método hipotético dedutivo. Seguindo este ideário, ao refletir-se acerca da judicialização da saúde e do acesso à justiça aos imigrantes, de modo a observar a relação direta entre direito à saúde, cidadania e igualdade entre brasileiros e estrangeiros no que diz respeito ao acesso ao sistema de saúde do Brasil, tem-se como problema de pesquisa a seguinte indagação: os imigrantes conseguem acessar o sistema judiciário brasileiro e, assim, usufruir de serviços de saúde que acabam exigindo judicialização para se concretizarem? Inicialmente, aborda-se o fenômeno da imigração para o Brasil e as dificuldades enfrentadas pelos imigrantes para acessarem o sistema de saúde brasileiro. Após, trata-se da judicialização da saúde no Brasil, abordando a imperatividade das normas constitucionais e o papel do judiciário para assegurar o direito fundamental à saúde. Por fim, adentra-se na questão envolvendo o acesso à justiça e os imigrantes. Finalizando, verifica-se que existe uma inacessibilidade desses indivíduos às instituições judiciárias e, assim, a consequente falta de concretização da saúde pela via judicial, resultando em desigualdade entre estrangeiros e brasileiros.

Palavras-chave: Direito à saúde, Desigualdade, Cidadania, Imigrantes, Judicialização

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to promote a debate on the judicialization of health and its consequent inequality in access to justice, based on an overview of the situation of immigrants. In this context, the article is characterized as a bibliographical study, guided by the hypothetical

¹ Pós doutora em Direito. Doutora em Direito. Professora e pesquisadora no PPGD da UNIJUI. Pesquisadora Universal CNPq.

² Bolsista CAPES. Mestranda em Direito no PPGD da UNIJUI.

³ Doutora em Direito pela UNIJUI. Mestre em Direito pela URI. Professora na Graduação em Direito da UNIJUI.

deductive method. Following this idea, when reflecting on the judicialization of health and access to justice for immigrants, in order to observe the direct relationship between the right to health, citizenship and equality between Brazilians and foreigners with regard to access to the health system in Brazil, the following question is a research problem: can immigrants access the Brazilian judicial system and, thus, benefit from health services that end up requiring judicialization in order to be implemented? Initially, the phenomenon of immigration to Brazil and the difficulties faced by immigrants to access the Brazilian health system are addressed. Afterwards, it deals with the judicialization of health in Brazil, addressing the imperative nature of constitutional norms and the role of the judiciary to ensure the fundamental right to health. Finally, it enters into the issue involving access to justice and immigrants. Finally, it appears that there is an inaccessibility of these individuals to judicial institutions and, thus, the consequent lack of implementation of health through the judicial process, resulting in inequality between foreigners and Brazilians.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Inequality, Citizenship, Immigrants, Judicialization

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Brasil, nos últimos anos, vem recebendo um intenso fluxo de imigrantes. Nas últimas décadas, há uma crescente muito grande no número de pessoas migrando para o Brasil, a fim de melhores condições de vida. O país é o destino de muitos imigrantes, pois é atrativo nas questões culturais, sociais e econômicas. Além desses fatores, a política de imigração brasileira é considerada mais flexível em comparação com outros países da região. Todos esses fatores tornam o Brasil um destino mais acolhedor para os imigrantes.

Todavia, os imigrantes, ao chegarem no Brasil, se deparam com inúmeros desafios para assegurar a concretização de seus direitos humanos. Muitos imigrantes acabam vivendo uma condição de intensa vulnerabilidade social. A situação é agravada pela dificuldade que esses indivíduos possuem em acessar os serviços sociais disponíveis, como por exemplo, as práticas relacionadas à saúde. Sobre tal situação, sabe-se que os imigrantes enfrentam muitos desafios para alcançarem o seu direito à saúde. Nesse sentido, nota-se que os muitos não conseguem acessar o sistema em situações de baixa complexidade devido à falta de compreensão e discriminações. Assim, em situações de alta complexidade, que requerem judicialização para serem garantidas, os imigrantes sofrem ainda mais.

Nesse contexto, embora o direito à saúde seja garantido de forma integral e universal pela Constituição Federal, na prática, não é plenamente assegurado. Dessa forma, a sociedade por meio de órgãos como a Defensoria Pública e advogados particulares, tem buscado subsídios para reivindicar esse direito por meio do Poder Judiciário. Todavia, os imigrantes possuem dificuldades em acessar à justiça devido a barreiras linguísticas, culturais e financeiras. Além disso, muitos não têm conhecimento dos seus direitos e das leis do Brasil, o que pode dificultar ainda mais o acesso à justiça. Assim, nota-se que a judicialização da saúde promove a desigualdade, tendo em vista que os imigrantes não conseguem acessar a justiça de forma plena e em igualdade de condições com os brasileiros.

Conforme se sabe o acesso à justiça é um dos direitos fundamentais mais importantes, pois é por meio de seu exercício que os demais direitos serão reconhecidos. Desse modo, esse direito deve ser visto como um instrumento para alcançar a proteção dos imigrantes no que diz respeito aos seus direitos humanos e, no presente ensaio, o direito à saúde e os serviços que exigem a judicialização para serem garantidos. Assim, o acesso à justiça aos imigrantes pode ser visto como um fator de auxílio na promoção da igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Perante esse contexto, o ensaio tem o escopo de refletir acerca da judicialização da saúde e do acesso à justiça dos imigrantes, a fim de constatar se esses indivíduos conseguem acessar o sistema judiciário brasileiro e, assim, usufruir de serviços de saúde que acabam exigindo judicialização para se concretizarem. Outrossim, o ensaio reflete acerca da desigualdade promovida pela judicialização da saúde, pois os imigrantes não possuem os mesmos recursos dos brasileiros para acionar o judiciário. Assim, a pesquisa visa debater acerca da judicialização da saúde e do acesso à justiça aos imigrantes, de modo a observar se a promoção desse direito pode auxiliar na promoção igualdade entre brasileiros e estrangeiros no que diz respeito ao acesso ao sistema de saúde do Brasil.

Acerca da estrutura, o ensaio, trata-se de um estudo bibliográfico, instruído pelo método hipotético-dedutivo e, inicialmente, aborda o fenômeno da imigração para o Brasil e as dificuldades enfrentadas pelos imigrantes para acessarem o sistema de saúde brasileiro. Após, o ensaio se debruça no tópico da judicialização da saúde no Brasil, abordando a imperatividade das normas constitucionais e o papel do judiciário para assegurar o direito fundamental à saúde. Por fim, a pesquisa adentra na questão envolvendo o acesso à justiça e os imigrantes, refletindo sobre a inacessibilidade desses indivíduos às instituições judiciárias e, assim, a falta de concretização da saúde pela via judicial e a desigualdade existente entre estrangeiros e brasileiros.

1. IMIGRANTES E O ACESSO À SAÚDE NO BRASIL

O Brasil, devido ao seu histórico como um país receptor de fluxos migratórios e à sua população composta por uma variedade de nacionalidades, aparenta não impor restrições à chegada daqueles que enxergam nele uma oportunidade de uma nova pátria (MENEZES, 2001).

Todavia, os imigrantes são frequentemente vistos com desconfiança pelos membros da sociedade, especialmente quando sua presença não está autorizada e quando há percepção de que podem competir com os cidadãos locais por recursos, serviços públicos e empregos. Como resultado, eles enfrentam desafios relacionados às diferenças culturais, à precarização das condições de trabalho e às dificuldades de integração na sociedade, que incluem problemas de acesso aos serviços básicos, preconceito e discriminação (WALDMAN, 2011).

A situação vulnerável em que muitos desses migrantes se encontram, independentemente de sua documentação, é agravada pela falta de conhecimento dos

costumes e práticas legais brasileiras, assim como pela dificuldade de acesso aos serviços sociais disponíveis, além das barreiras de linguagem e cultura. Como resultado, parte significativa dessa população não utilizará os serviços públicos a que tem direito, como saúde (GRAEME, 1998).

Sobre a saúde, Guerra e Ventura (2017) explicam que, embora a migração não seja necessariamente uma ameaça à saúde, ela pode criar desafios e aumentar a vulnerabilidade dos migrantes e das comunidades que os receberam, considerando as diferentes características da população migrante e nativa, bem como os sistemas de saúde existentes nos países de destino.

No Brasil, vale destacar que o tema do direito à saúde não era completamente desconhecido em nossa legislação constitucional anterior a 1988. A competência da União para legislar sobre a proteção da saúde já estava prevista, com foco na organização administrativa para combater endemias e epidemias. No entanto, a conjuntura atual mudou significativamente, pois com a promulgação da nossa carta máxima, a saúde passou a ser reconhecida como um direito fundamental do ser humano (SILVA, 2002), estendido a todos que estão em território brasileiro.

Ao longo da última década, tem havido uma incorporação gradual, tanto na cultura quanto na legislação, da concepção de que a saúde é um direito de todos. Sobre isso, de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito de todos e é dever do Estado assegurá-la por meio de políticas públicas. Essas políticas têm como objetivo principal a redução do risco de doenças, bem como garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços voltados para a promoção, proteção e recuperação da saúde (BRASIL, 1988).

A concepção ampla de saúde adotada na Constituição aponta para uma transição gradual dos serviços, deixando para trás um modelo assistencial centrado na doença e baseado no atendimento às pessoas que procuram assistência, em direção a um modelo de atenção integral à saúde. Nesse modelo, busca-se progressivamente incorporar ações de promoção e proteção à saúde, além das tradicionais ações de recuperação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990).

Assim, a Constituição estabeleceu como direito de todos, sem qualquer forma de discriminação, as ações de saúde, ao mesmo tempo em que atribui ao poder público a responsabilidade de garantir plenamente o exercício desse direito. Essa formulação política e organizacional visa reestruturar os serviços e as ações de saúde, com base em princípios

doutrinários que conferem valor legal ao desenvolvimento de uma prática de saúde ética, orientada não por relações de mercado, mas pelos direitos humanos (ABREU *et al.*, [s.d]).

Dessa forma, a saúde passou a ser vista como um fator de contribuição para o exercício da cidadania e integração dos indivíduos no tecido social. Sobre isso, explicam Sturza e Martini (2019, p. 61):

O termo saúde se constituiu como um direito reconhecido igualmente a todo o povo, além de ser um meio de preservação e de qualidade de vida, emergindo, nesse sentido, como um fator de contribuição para o efetivo exercício da cidadania. Desta forma, a saúde representa uma preocupação constante na vida de cada cidadão, enquanto elemento fundamental para as necessidades de segurança em vários aspectos do bem viver em comunidade.

Nesse contexto, a saúde pode ser considerada um bem coletivo e uma via para a cidadania, uma vez que é um direito social e humano fundamental reconhecido no âmbito jurídico. Esse direito visa atender à natureza social do ser humano e reflete as exigências decorrentes de ser um membro ativo e solidário de um grupo social (STURZA; MARTINI, 2019). Assim, a saúde pode ser encarada como um meio de integração social e exercício da cidadania dos indivíduos.

Logo, a saúde é reconhecida como um direito humano inalienável, que todo indivíduo possui e pode exercer. Ela é considerada um dos elementos essenciais da cidadania, representando o direito à promoção da vida das pessoas, já que o direito à saúde é, em essência, o direito à vida. Nessa perspectiva, o direito à saúde é universal e pode ser considerado cosmopolita, consolidando-se como um direito humano fundamental (STURZA; MARTINI, 2019).

Dessa forma, nota-se que a saúde é vista como uma forma de inserção humana no mundo. A saúde pode ser analisada sob diferentes perspectivas, uma vez que abrange toda a coletividade e se enquadra dentro dos direitos sociais. Nesse contexto, conforme explicam Sturza e Martini (2019), o conceito de saúde está intimamente ligado ao direito do cidadão de desfrutar de uma vida saudável, o que, por sua vez, resulta em uma melhor qualidade de vida. O direito à saúde é fundamental e essencial para garantir o exercício de todos os demais direitos. Assim, é impossível conceber a realização plena de direitos como educação, lazer e trabalho sem a existência de saúde adequada.

No mesmo sentido, Dias (1995) explica que a saúde pode ser considerada o ponto central a partir do qual irradiam todos os demais bens e interesses juridicamente protegidos. É essencial priorizar a promoção e proteção de uma qualidade de vida digna, com destaque

para a saúde, visando aos benefícios do desenvolvimento humano e à sua existência plena. Assim sendo, observa-se que a saúde é um direito importante para os seres humanos, pois é por meio do exercício desse direito que os demais são garantidos. A definição de saúde vai além da mera ausência de doenças, englobando um estado de bem-estar físico, mental e social.

A saúde, portanto, é parte do estilo e das condições de existência dos seres humanos, sendo muito importante para o processo de inserção social e o exercício pleno da cidadania. Todavia, nota-se que, mesmo que a Constituição Federal garanta a saúde para todas as pessoas e que esse direito seja o meio para exercício dos demais, nem sempre a saúde é garantida para todos. Os migrantes enfrentam muitos desafios para acessarem o direito à saúde no Brasil, fato que faz com que esses indivíduos acabem enfrentando muitas dificuldades. Sobre isso, Ventura (2018) explica que a condição de saúde dos migrantes é um assunto de extrema importância, pois pode afetar diretamente sua capacidade de se inserir e se integrar à sociedade de acolhimento.

Portanto, a saúde não é somente um direito essencial para a preservação da vida, mas destaca-se também como um importante elemento de cidadania essencial para a promoção da dignidade humana. Todavia, alguns estudos apontam as dificuldades enfrentadas por imigrantes para acessarem o sistema de saúde no Brasil. Nesse sentido, Waldman (2011), em estudo conduzido com imigrantes bolivianos, constatou que apesar de os imigrantes incluídos no estudo terem recebido atendimento no Sistema Único de Saúde (SUS), ocorreram incidentes pela falta de respeito por parte dos profissionais da unidade aos imigrantes, como por exemplo, aumentar o tom de voz e falar de maneira rude.

Nesse mesmo contexto, ainda há um progresso lento nas articulações políticas e na viabilidade de processos de inclusão que possam atender às demandas para as necessidades de saúde dos imigrantes bolivianos em São Paulo, conforme explicam Goldberg e Silveira (2013, p. 289):

Aunque los inmigrantes sudamericanos en la ciudad de São Paulo, en particular los inmigrantes bolivianos, hayan conseguido cierta visibilidad a través de los medios y, también, por la producción académica en América del Sur de los últimos años, todavía es lento el movimiento en las articulaciones políticas y en la viabilidad de procesos de inclusión que permitan capturar demandas y encaminar soluciones que abarquen las necesidades de salud de esos segmentos sociales, generalmente expuestos a las más variadas situaciones de vulnerabilidad

Por sua vez, Martes e Faleiros (2013) conduziram entrevistas com bolivianos em São Paulo e constataram casos de discriminação e dificuldades em compreender as orientações

médica. O estudo apontou que os bolivianos sentem dificuldades para explicarem os sintomas e sentimentos em português de forma exata.

No mesmo sentido, Chubaci e Merighi (2004) conduziram um estudo com imigrantes japoneses em um hospital do SUS em São Paulo e chegaram à conclusão de que as dificuldades com a língua portuguesa têm impactos negativos na compreensão da doença, no tratamento e na interação com os profissionais de saúde.

Ademais, um estudo conduzido em Tabatinga/AM observou que, mesmo que os haitianos estivessem dentro das áreas abrangidas pela organização da atenção básica à estratégia de saúde da família do município, não receberam visitas dos agentes de saúde. Além disso, os autores relatam que os haitianos sofrem com maus-tratos sistemáticos, irresolução administrativa, condições de alojamento desumanas, acesso insuficiente a alimentos, representações negativas por parte da população local, estereótipos e discriminação, fatos que afetam a sua saúde física e mental (VÉRAN; NOAL; FAINSTAT, 2014).

Sobre os haitianos, em outro estudo, Fernandes (2014) constatou que alguns imigrantes apresentaram insatisfação quanto ao Sistema Único de Saúde, em especial pela demora. Além disso, os imigrantes relataram que são tratados com indiferença nos hospitais e que o atendimento é mais difícil de ser acessado que no Haiti. Os imigrantes também não possuem muitas informações sobre o sistema de saúde no Brasil, fato que dificulta o acesso.

Assim, observa-se que os imigrantes enfrentam muitas dificuldades para acessarem o direito à saúde no Brasil. Isso ocorre devido a inúmeros fatores, dentre os quais se destacam o idioma e a discriminação. Perante esse contexto, observa-se que os imigrantes enfrentam dificuldades para acessarem o direito à saúde em situações de baixa complexidade, como por exemplo, ocasiões que envolvem o atendimento primário. Tal constatação traz à tona a necessidade de um debate sobre os serviços de saúde que requerem a judicialização para serem garantidos.

2. A IMPERATIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A judicialização da saúde ocorre quando os indivíduos recorrem ao sistema judicial para obter acesso a tratamentos, medicamentos ou procedimentos de saúde que não são

fornecidos pela via administrativa do sistema de saúde. Assim, este tópico discutirá acerca da imperatividade das normas constitucionais e da judicialização da saúde.

O direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal de 1988 como um direito social. O artigo 6º menciona explicitamente a saúde como um direito social, e o artigo 196 da Constituição estabelece que esse direito será garantido por meio da formulação de políticas sociais e econômicas pelo Estado (BRASIL, 1998).

Todavia, Marques (2008) explica que, embora o direito à saúde seja garantido de forma integral e universal pela Constituição Federal, na prática, não é plenamente assegurado. Observa-se que, em que pese o Sistema Único de Saúde (SUS) seja uma política sólida e consistente, com avanços inegáveis, não consegue fornecer cuidados integrais e universais de saúde a todos os cidadãos brasileiros. A sociedade civil, por sua vez, através de órgãos como o Ministério Público, tem buscado subsídios para reivindicar esse direito por meio do Poder Judiciário.

Acerca do art. 196 da Constituição, que garante o acesso à saúde de forma integral, e a judicialização da saúde, sabe-se que as normas constitucionais, assim como as normas jurídicas em geral, possuem o atributo da imperatividade. A imperatividade de uma norma pode ser violada tanto por ação quanto por omissão. Quando ocorre uma violação, o sistema constitucional e infraconstitucional deve fornecer meios para proteger os direitos ou interesses jurídicos afetados e restaurar a ordem jurídica. Esses meios são ação e jurisdição: se ocorrer uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimidade ativa. Assim, o Judiciário passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição (BARROSO, 2009).

O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, consiste em interpretar a Constituição e as leis, garantindo direitos e assegurando o cumprimento do ordenamento jurídico. Em diversas situações, é responsabilidade dos juízes e tribunais construir o significado das normas jurídicas, especialmente quando envolve a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e princípios. Em situações relacionadas aos direitos sociais, incluindo o direito à saúde e o fornecimento de medicamentos, o Judiciário pode e deve intervir. No entanto, essa intervenção não está isenta de objeções, principalmente quando é considerada excessivamente invasiva em relação às deliberações dos outros Poderes (BARROSO, 2009).

O termo “judicialização”, após a II Guerra Mundial, passou a ser associado à ampliação dos direitos humanos fundamentais, levando a um aumento significativo do uso

do poder judiciário como meio de controle dos demais poderes. No contexto do constitucionalismo contemporâneo, o Poder Judiciário obtém legitimidade formal através da Constituição e material ao proteger os direitos fundamentais (GOMES *et al.*, 2014).

Nesse sentido, a saúde vem sendo judicializada nos últimos anos e o judiciário vem sendo obrigado a lidar com questões envolvendo o tema, conforme explica Marques (2008, p. 65):

O exercício do direito à saúde, positivado em nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, vem ganhando contornos nunca vistos, compelindo magistrados, promotores de justiça, procuradores públicos, advogados, entre outros operadores do direito, a lidarem com temas oriundos do Direito Sanitário e da política pública de saúde, nos três níveis de governo. E, também, compelindo gestores públicos de saúde a lidarem com a garantia efetiva deste direito social, em cada caso individual apresentado, através de uma determinação oriunda do Poder Judiciário que, muitas vezes, contrasta com a política estabelecida em matéria de assistência à saúde e com a própria lógica de funcionamento do sistema político;

Assim, segundo o exposto, observa-se que o direito à saúde é constitucional e, gozando desse status, possui imperatividade. A imperatividade é o que permite que os cidadãos possam exigir a concretização da saúde por meio do judiciário. Dessa forma, nos últimos anos, a saúde passou a ser objeto de inúmeras ações judiciais de particulares que visam garantir serviços de saúde não concretizados pela via administrativa.

Lewandowski (2018) explica que, apesar das três décadas desde a criação do SUS, o sistema de saúde público idealizado ainda está longe de se concretizar. Um dos maiores desafios enfrentados pelo SUS é a dificuldade de acesso aos procedimentos médicos de média e alta complexidade. Isso é atribuído à alegação de falta de recursos no orçamento anual, o que viola o princípio da proibição do retrocesso social.

Gomes *et al.* (2014, p. 37), nesse sentido, realizou um estudo e constatou a omissão do Estado de Minas Gerais nos atendimentos de média e alta complexidade:

Na classificação dos procedimentos por modalidade, foram agrupadas todas as designações contendo “hospitalar”, totalizando 77%. Predominaram os procedimentos de média complexidade (51,1%) e os de alta complexidade (44,4%). Observou-se que 80,8% dos procedimentos clínicos eram de média complexidade, e 53,6% dos procedimentos cirúrgicos eram de alta complexidade (53,6%). Apesar de não ter sido utilizada nenhuma referência para identificação da complexidade dos demais procedimentos, percebe-se que houve predomínio de solicitações de internação, internação em CTI, procedimentos cirúrgicos e exames com tecnologia avançada, que poderiam ser denominados como de média ou alta complexidade.

Este cenário não se limita ao Estado mineiro. Sobre isso, Limberger (2016) observou, em sua pesquisa, que o Estado do Rio Grande do Sul ostenta praticamente quase a metade de todas as demandas do país, 113.953 ações judiciais sobre saúde. Após, em segundo lugar, está o Estado de São Paulo que possui 44.690 ações em curso.

Assim sendo, a demanda judicial pelo acesso aos serviços de saúde pública é uma realidade nacional, que varia de acordo com cada região. Isso expõe a precariedade da saúde pública brasileira. Os imigrantes, por sua vez, sofrem ainda mais com essa situação, pois além de lidarem com a falta de acesso à saúde em procedimentos simples, enfrentam barreiras adicionais, como a inacessibilidade ao poder judiciário nos casos que necessitam da judicialização, conforme se passará a expor no próximo tópico.

3. IMIGRANTES, O ACESSO À JUSTIÇA E A DESIGUALDADE

O acesso à justiça é um direito fundamental e pode ser um fator essencial para auxiliar os imigrantes a concretizarem os seus direitos sociais, dentre os quais está a saúde. Assim, o presente tópico abordará o direito à justiça e acesso dos imigrantes, a fim de observar se a judicialização da saúde contribui para a desigualdade entre brasileiros e estrangeiros.

Sobre o acesso à justiça, é necessário entender algumas questões. Inicialmente, cumpre destacar que o acesso à justiça é um princípio constitucional, alçado ao patamar de direito fundamental na Constituição de 1988, expresso no inciso XXXV do art. 5º “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

No contexto nacional, a Lei nº 13.445/17, conhecida como a nova lei de migração, em seu artigo 3º, também estabelece que o migrante tem o direito de ser informado sobre as garantias que lhe é assegurada para fins de regularização migratória. Além disso, os imigrantes têm direito ao amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral e gratuita, caso comprovem insuficiência de recursos, em igualdade de condições com os cidadãos nacionais (BRASIL, 2017).

Ainda, é necessário pontuar que o acesso à justiça é uma garantia fundamental para o exercício dos demais direitos. Sobre isso, Annoni (2007) explica que acesso à justiça é o direito fundamental mais importante que deve ser efetivamente assegurado, uma vez que é por meio do seu exercício que os demais direitos serão reconhecidos. Portanto, esse direito deve ser considerado como um instrumento para alcançar a justiça e a proteção dos

imigrantes e refugiados, já que a maior ameaça aos direitos humanos reside precisamente na incapacidade do Estado de garantir sua efetiva realização.

Além disso, sobre o acesso à justiça, Roque (2021) explica que a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão em paralelo ao Estado de bem-estar social elevaram o acesso à justiça à condição de um direito fundamental essencial. Mais do que uma simples garantia de direitos, o acesso à justiça é considerado um direito autônomo.

Assim, nota-se que o acesso à justiça possui status de direito fundamental. Esse instrumento pode ser utilizado pelos imigrantes para garantir a proteção aos seus direitos. Nesse sentido, o judiciário pode auxiliar os imigrantes a garantirem serviços de saúde complexos que não possuem a efetivação pela via administrativa. Todavia, de acordo com Limberg (2016), a judicialização da saúde pode levar a uma desigualdade, uma vez que os indivíduos que possuem recursos para acionar o judiciário, seja através de serviços de advocacia privada ou defensoria pública, têm uma vantagem em relação àqueles que não têm acesso a essas opções.

Nesse sentido, acerca da judicialização da saúde e da desigualdade, Costa, Silva e Ogata (2020, p. 157):

A judicialização tem sido associada como maximizado do acesso desigual em saúde, uma vez que é um meio desconhecido ou inviável por grande parte da população. Portanto, figura-se como estratégia excludente, usufruída por indivíduos que possuem maiores instruções e informações sobre o assunto, na sua maioria, pertencentes a elevados níveis socioeconômicos.

Surge, assim, a necessidade de se refletir acerca do acesso à justiça, pois a “A judicialização é responsável pelo acesso desigual ao SUS, favorecendo aqueles que acionam o Judiciário” (BITTENCOURT, 2016). Nesse contexto, os imigrantes ainda não conseguem acessar o direito à justiça e, assim, estão em situação de desigualdade. Sobre isso, em pesquisa realizada com mulheres imigrantes no Mato Grosso do Sul, foi constatado que:

Apesar das mulheres imigrantes terem garantia de acesso à justiça e dos órgãos institucionais que atuam em suas defesas, há obstáculo do Estado e da sociedade que são nacionalistas e muitas vezes têm um olhar sobre o imigrante internacional como um criminoso que está vindo ao território para tomar seus direitos. Outro entrave é a falta de informação dessas mulheres que chegam ao estado muitas vezes sem saber falar a língua portuguesa e são impedidas a ter acesso à justiça. (DUARTE; SILVA, 2022, p. 99).

Além disso, a linguagem também é apresentada como um fator que dificulta o acesso à justiça desse grupo. Nesse sentido, foi constatado que as demandas linguísticas dessas populações têm aumentado consideravelmente. Como consequência, o acesso dessas populações ao sistema judiciário requer a presença de tradutores e intérpretes qualificados para desempenhar seu papel profissionalmente (DOS SANTOS; POLTRONIERI-GESSNER, 2019).

A falta de fluência no idioma é a principal barreira enfrentada pelos migrantes ao chegarem ao Brasil. A habilidade de se comunicar é uma necessidade básica para esses indivíduos, e a dificuldade em compreender e dialogar coloca em risco seu acesso à ordem jurídica e aos direitos garantidos. Adicionalmente, a falta de documentação adequada, juntamente com a discriminação e a falta de sensibilização e treinamento dos servidores públicos, contribui para um cenário diário de grandes dificuldades enfrentadas pelos refugiados no país, especialmente no acesso aos direitos, serviços e ao sistema judiciário (COSTA; MENEZES; VINCENZI, 2018).

No mesmo sentido, Evarauskas e Ignácio (2021) explicam que os imigrantes possuem dificuldades em acessar a justiça devido a inúmeros fatores: barreiras linguísticas, culturais, não conhecimento de seus direitos. São casos raros de pessoas migrantes que conseguem efetivamente ter acesso à justiça, devido a diversos fatores como falta de informação sobre seus direitos, medo, barreiras institucionais e falta de incentivo.

Assim sendo, observa-se que, em que pese os imigrantes possuam a garantia de acesso à justiça e de seus órgãos, existem inúmeros obstáculos para o alcance do sistema. Observa-se que, segundo os autores, os obstáculos estão relacionadas as barreiras linguísticas, a falta de documentos e a discriminação e falta de sensibilização e treinamento dos serventuários da justiça brasileira. Dessa forma, os imigrantes não conseguem acessar à justiça de forma plena e, assim, considerando que esse direito é essencial para garantir os demais, não garantem os serviços de saúde de forma integral. Desse modo, os imigrantes estão em condições de desigualdade frente aos brasileiros que conseguem acessar à justiça sem impedimentos.

Portanto, os imigrantes encontram-se em desvantagem em relação aos brasileiros, pois frequentemente deparam-se com obstáculos ao tentar acessar o sistema judiciário e, conseqüentemente, garantir os serviços de saúde por meio da judicialização. Diante dessa realidade, torna-se importante promover debates sobre o acesso à justiça e a judicialização da saúde, visando combater a desigualdade no acesso aos serviços de saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve o escopo de refletir acerca dos imigrantes e de seu acesso à saúde por meio da judicialização. O ensaio buscou entender se os imigrantes conseguem acessar os serviços de saúde que precisam de judicialização para serem garantidos por meio do poder judiciário. Além disso, buscou entender se a judicialização da saúde promove a desigualdade existente entre brasileiros e imigrantes residentes no Brasil.

Para tanto, a pesquisa, primeiro, entendeu as dificuldades que os imigrantes enfrentam para acessar a saúde. Nesse sentido, o ensaio constatou que os imigrantes não conseguem pleno acesso aos serviços de saúde, tendo em vista as barreiras linguísticas e culturais. Além disso, os imigrantes não acessam a saúde por conta da discriminação por parte dos agentes de saúde. Assim, considerando que os imigrantes não conseguem acessar a saúde primária, as situações que exigem judicialização para serem garantidas são ainda mais complicadas.

Após, a pesquisa buscou entender a judicialização da saúde. Sobre isso, o ensaio constatou que a saúde é garantida em uma norma constitucional que possui status de direito fundamental. Desse modo, os serviços de saúde podem ser judicializados para serem concretizados. Assim, a sociedade, constantemente, aciona o poder judiciário por meio de advogados ou da Defensoria Pública para garantir a efetivação de serviços de saúde e também medicamentos.

Por fim, o ensaio adentrou na questão relativa ao acesso à justiça aos imigrantes. Nesse contexto, a pesquisa constatou que os imigrantes não conseguem acessar a justiça por questões relacionadas à cultura e à língua. Além disso, os imigrantes não conhecem os seus direitos e o funcionamento da justiça no Brasil. Dessa forma, a pesquisa observou que a falta de acesso da justiça aos imigrantes impede que esses indivíduos consigam concretizar os serviços de saúde mais complexos e esse fato contribui para a perpetuação da desigualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Portanto, o ensaio constatou que a judicialização da saúde contribui para a perpetuação da desigualdade entre imigrantes e brasileiros. Isso porque os imigrantes não possuem os mesmos recursos para acessarem o poder judiciário, comparados aos brasileiros. Muitos imigrantes não conhecem os seus direitos e o funcionamento do judiciário, além disso não possuem recursos financeiros e acabam enfrentando discriminações e barreiras linguísticas e culturais no momento em que buscam o judiciário. Assim, os imigrantes não

conseguem acessar os serviços de saúde que exigem a judicialização para serem concretizados, gerando uma desigualdade entre os cidadãos brasileiros e os imigrantes residentes no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ana Rosa; PEREIRA, Maria Cristina Ribeiro; SOARES, Maria Tereza Perez; NOGUEIRA., Neide. **Saúde**. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/pcn/livro092.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2023.

ANNONI, Danielle. **Acesso à justiça e direitos humanos: a emenda constitucional 45/2004 e a garantia a razoável duração do processo**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1-11, 17 dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BITTENCOURT, Guaraci Bragança. **O “Estado da Arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil**. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília. 2016; 5(1):102-21

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2022.

BRASIL. Lei n.13.445, de 24 de maio de 2017. **Lei de Migração**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde**. ABC do SUS — Doutrinas e princípios. Brasília: 1990. Disponível em: http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf. Acesso em: 06. jul. 2023.

CHUBACI, Rosa Yuka Sato; MERIGHI, Miriam Aparecida Barbosa. **A comunicação no processo da hospitalização do imigrante japonês**. Revista Latino-Americana de Enfermagem, Ribeirão Preto, v. 10, n. 6, p. 805-812, dez. 2002.

COSTA, Kemily Benini; SILVA, Lia Mota e; OGATA, Marcia Niituma. **A judicialização da saúde e o Sistema Único de Saúde: revisão integrativa**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 149-163, 30 jun. 2020. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitario.

COSTA, Manuela Coutinho; MENEZES, Priscila Ferreira; VINCENZI, Brunela Vieira de. O direito humano de acesso à justiça para os refugiados e os obstáculos enfrentados para sua efetivação. 2018. Disponível em:

file:///C:/Users/JO%C3%83O%20VICTOR/Downloads/valescaborges,+286-296.pdf.
Acesso em: 29 jun. 2023.

DIAS, Hélio Pereira. **A responsabilidade pela saúde** – Aspectos jurídicos. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

DOS SANTOS, Silvana Aguiar; POLTRONIERI-GESSNER, Aline Vanessa. **O papel da tradução e da interpretação para grupos vulneráveis no acesso à justiça**. Defensoria Pública, v. 1, n. 1, p. 69, 2019.

DUARTE, Francielle Pires; SILVA, César Augusto S. da. **O acesso à justiça das mulheres imigrantes no estado de mato grosso do sul**. Revista Geopantanal, [S.L.], v. 17, n. 32, p. 90-102, 5 ago. 2022. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

EVARAUSKAS, Raquel; IGNÁCIO, Renata Rossi. **Migração e os obstáculos no acesso à justiça**. 2021. MigraMundo. Disponível em: <https://migramundo.com/migracao-e-os-obstaculos-no-acesso-a-justica/>. Acesso em: 23 jun. 2023.

FERNANDES, Duval. **Projeto de estudos sobre imigração haitiana no Brasil**, diálogo bilateral - relatório de pesquisa. Puc Minas; 2014. Disponível em: http://obs.org.br/cooperacao/download/34_7a099729afe2d4aaf109503e6daf3908. Acesso em 24 jun. 2023.

GOLDBERG, Alejandro, SILVEIRA, Cássio. **Social inequality, access conditions to public health care and processes of care in bolivian immigrants in Buenos Aires and São Paulo: a comparative inquiry**. Saude Soc. 2013;22(2):1-14.

GOMES, Fernanda de Freitas Castro; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; MACHADO, Carlos Dalton; SANTOS, Viviane Cristina dos; ACURCIO, Francisco de Assis; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. **Acesso aos procedimentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização**. Cadernos de Saúde Pública, [S.L.], v. 30, n. 1, p. 31-43, jan. 2014.

GRAEME, Hugo. **Migrações internacionais não documentadas: uma tendência global crescente**. Travessia: revista do migrante, São Paulo, ano 11, n. 30, p. 11, jan./abr. 1998

MARQUES, Silvia Badim. **Judicialização do direito à saúde**. Revista de direito sanitário, v. 9, n. 2, p. 65-72, 2008.

GUERRA, Katia; VENTURA, Miriam. **Bioética, imigração e assistência à saúde: tensões e convergências sobre o direito humano à saúde no Brasil na integração regional dos países**. Cadernos Saúde Coletiva, v. 25, p. 123-129, 2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Proibição do retrocesso**. 2018. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://edicaodigital.folha.uol.com.br/index.html#/edition/7>. Acesso em: 23 jun. 2023.

LIMBERGER, Têmis. **Revisitando o dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes para efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil**. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FILHO, Gilberto Guimarães; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Orgs.). Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a

discricionarieidade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016.

MARTES, Ana Cristina Braga; FALEIROS, Sarah Martins. **Acesso dos imigrantes bolivianos aos serviços públicos de saúde na cidade de São Paulo**. Saúde e Sociedade, [S.L.], v. 22, n. 2, p. 351-364, jun. 2013.

MENEZES, Lená Medeiros. **Movimentos e políticas migratórias em perspectiva histórica: um balanço do século XX**. In: CASTRO, Mary Garcia (Coord.). Migrações internacionais: contribuições para políticas. Brasília: CNPD, 2001. p.123-124

ROQUE, Nathaly Campitelli. **O direito fundamental ao acesso à justiça: muito além da celeridade processual**. Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 1-28, 22 abr. 2021.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. **Direitos Humanos: saúde e fraternidade**. Porto Alegre: Evangraf, 2019.

WALDMAN, Tatiana Chang. **Movimentos migratórios sob a perspectiva do direito à saúde: imigrantes bolivianas em São paulo**. Revista de Direito Sanitário, [S.L.], v. 12, n. 1, p. 90, 1 jun. 2011. Universidade de São Paulo, Agência USP de Gestão da Informação Acadêmica.

VENTURA, Miriam. **Imigração, saúde global e direitos humanos**. In: Cadernos de Saúde Pública. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v34n4/1678-4464-csp-34-04-e00054118.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

VÉRAN, Jean-François; NOAL, Débora da Silva; FAINSTAT, Tyler. **Nem Refugiados, nem Migrantes: a chegada dos haitianos à cidade de tabatinga (amazonas)**. Dados, [S.L.], v. 57, n. 4, p. 1007-1041, dez. 2014.