

## **1. Introdução**

O direito à saúde está assegurado na Constituição Federal, em seu artigo 196, quando assevera que saúde é direito de todos e dever do Estado. Esse, portanto, é um direito público subjetivo tutelado constitucionalmente, devendo ser formulado e implementado pelo poder público por meio de políticas públicas sociais e econômicas para garantir o acesso universal à assistência médico-hospitalar.

Nesta visão, o artigo a ser desenvolvido executa atividades de pesquisa sobre a saúde enquanto direito fundamental, analisando a sua importância, a atuação do Poder Executivo enquanto órgão executor de políticas públicas e a análise da atuação do Poder Judiciário diante do requerimento da temática da saúde.

Verifica-se que, sobretudo após a publicação da Constituição Federal vigente tornou-se imperativo tanto a atuação do Poder Executivo, o qual deve implementar políticas públicas quanto pelo Poder Judiciário na salvaguarda dos diferentes interesses em saúde. Essa crescente do Poder Judiciário em situações que, em primeiro plano, são da competência do Poder Executivo, enquanto órgão responsável pela implantação de políticas públicas é chamado de judicialização.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar a problemática da judicialização da saúde e suas consequências no Brasil. O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise sobre a judicialização da saúde no Brasil, considerando-se sua formação e ponderando-se a importância do estudo desse fenômeno.

Na mesma linha, também será analisada a saúde no Brasil, ponderando seu lugar na Constituição Federal de 1988, a sua classificação no âmbito dos direitos fundamentais e a necessidade de se discutir a implementação de Políticas Públicas de saúde.

Passado esse momento, inicia-se a discussão sobre o fenômeno da Judicialização, destacando-lhe a origem e ainda fazendo sua diferenciação com outros institutos, em particular com o ativismo judicial. Por fim, o último tópico destina-se a refletir a judicialização da saúde e a legitimidade de atuação do Poder Judiciário como órgão garantidor da solicitação de medidas judiciais relacionados à saúde.

## **2. O fenômeno da judicialização no Brasil**

O estudo dos aspectos do funcionamento das instituições, e em particular a análise das decisões judiciais, não é algo propriamente novo e, sobretudo percebe-se no Poder Judiciário o perfil de um magistrado que, através de seus julgados, poderá

interferir na dinâmica da interação política de uma determinada sociedade. (ZAULI, 2011). Para que esse diagnóstico seja feito faz-se necessária uma análise do Poder Judiciário e seu posterior fenômeno da judicialização.

O princípio da separação de Poderes, embora esquematizada na obra de Montesquieu, em que equiparou o princípio da separação de Poderes à preservação da liberdade, como será analisada abaixo, possuiu vários pensadores que analisaram o tema anteriormente, tanto na Antiguidade, quanto na Idade Média e nos tempos modernos. A título ilustrativo, Aristóteles trazia em seus textos uma divisão de Poderes entre assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário. Marcílio de Pádua em sua obra *Defensor Pacis*, já desenhava diferentes funções estatais. (BONAVIDES, 2014, p. 146).

Jonh Locke diferenciava os poderes em executivo, judiciário e legislativo, e ainda vislumbrava um quarto poder que ele chamava de prerrogativa. Essa prerrogativa transferia competência ao príncipe que teria a atribuição de promover o bem diante da omissão ou lacuna legal. Locke era um verdadeiro pensador político do contra-absolutismo. (BONAVIDES, 2014, p. 147)

Montesquieu, filósofo francês, grande impulsionador da teoria da tripartição de poderes, trouxe em sua obra *Do Espírito das Leis* a técnica de separação dos poderes, princípio de maior importância e prestígio na idade liberal. Montesquieu pontuou em seu texto que todo homem, que detém o poder, tende a abusar dele. (BONAVIDES, 2014, p. 148). Observou ainda que a cada poder corresponderia uma determinada função, transferindo, desta forma, funções independentes a cada poder.

O século XVIII foi marcado, em toda Europa, principalmente na França, por uma onda de cansaço ocasionada pela concentração excessiva de poder político na monarquia absoluta. Essa centralização acabava pesando em todas as camadas sociais, bi polarizada entre o monarca e seus súditos. (BONAVIDES, 2014, p.144)

O pensamento constitucional-liberal influenciou de forma muito acentuada o princípio da separação de poderes uma vez que representava garantia do cumprimento das liberdades individuais e dos direitos políticos da burguesia recentemente adquiridos em detrimento do antigo poder das monarquias absolutistas. (BONAVIDES, 2014, p. 152). Sob a influência do Liberalismo em relação ao pensamento de tripartição de Poderes, Rawls (2011, p.3) afirma que

[...] a cultura política de uma sociedade democrática sempre se caracteriza por uma diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e irreconciliáveis. Algumas delas são perfeitamente razoáveis, e o liberalismo

político vê nessa diversidade de doutrinas razoáveis o produto inevitável e de longo prazo do uso das faculdades da razão humana sob instituições livres duradouras.

O Liberalismo tem como objetivo evidenciar que é possível um regime de liberdade acomodar uma pluralidade de ideias de forma a alcançar os benefícios originados da diversidade humana. (RAWLS, 2011, p. 360). Após a revolução Francesa o Estado Liberal se destacou, realizando alterações no quadro político, econômico e social mundial, enraizado com ideias e princípios individualistas apresentando-se como uma alternativa em desfavor da burguesia e em prol da liberdade pessoal. “Foi a ascensão da burguesia contra o absolutismo que buscava proteger o indivíduo do poder do Estado” (PEREIRA, NELSON, 2012)

Somando-se a importância do Liberalismo para a conservação das liberdades, Bonavides (2014, p.153) nos ensina que dois fatores favoreceram para manter o Estado distante, tanto da monarquia absolutista derrotada pelas revoluções da nobreza na Inglaterra, quanto das revoluções burguesas na França e ainda no Estado da democracia social, a saber: a técnica horizontal da separação de poderes e a técnica vertical do federalismo.

A teoria da separação de poderes tem como linha estrutural a limitação do poder para garantir a liberdade (PIÇARRA, 1989, p. 26). As ideias centrais do federalismo foram ratificadas, sobretudo na pós- independência americana e foram constantes as suas discussões para a formação da Constituição daquele país. Essa luta para a ratificação impulsionou um movimento intenso por parte dos que idealizavam a nova Carta. Os que comandavam essa proposta foram chamados de Federalistas, e alguns de seus personagens mais importantes eram Alexander Hamilton, James Madison e Jonh Jay, os quais escreveram vários artigos em favor da ratificação do texto dos Artigos da Confederação que seriam transformados na nova Constituição Americana.

Nesse movimento ocorreu uma grande mudança de conceito que foi com o significado do termo Federação. É um termo velho para uma nova acepção. Anteriormente, federação era um dos sinônimos possíveis para confederação, e trazia consigo o entendimento de Estados com extensões menores e governos independentes e soberanos; não havia uma Constituição uniforme, mas, sim, apenas uma assembléia da confederação, porém sem poderes sobre os Estados e sobre os cidadãos.

Os Federalistas adotaram o termo Federação para sintetizar o novo ideal,

frisando o país que estava nascendo. Passava a significar nesse momento, um sistema em que mantinha a soberania dos Estados-membros para alguns assuntos tais com a legislação civil e penal, porém centralizava o governo para a União tratar sobre assuntos relacionados a tributos e relações internacionais. A Constituição Americana trouxe em seu texto, além da federação, outro importante aspecto para a organização de poder em seu território: a separação de Poderes. O federalista James Madison escreveu em seu Artigo 51, considerado por muitos como o mais importante, o adiante transcrito: “Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos”. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p.318)

No capítulo em que sistematiza o assunto sobre o princípio da separação dos Poderes, os Federalistas argumentavam que a acumulação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário concentradas nas mãos de uma só pessoa, ou de um só órgão, independentemente se foi originado por conquista ou por eleição, seria considerada uma tirania. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p.298)

A separação de Poderes não foi um instrumento criado pelos americanos, conforme anteriormente exposto, porém, houve uma aplicação das teorias expostas na Antiguidade, herdando-se a teoria política adotada por esses pensadores, porém de forma adaptada à realidade vivida pelos americanos em 1787. Nos artigos federalistas fica a separação dos Poderes algo bem definido, com regular distribuição de competências em diferentes órgãos. Além disso, também é inserido nesse contexto o sistema de freios e contrapesos.

Dessa forma, não é exigida a separação absoluta entre os Poderes, assim como também nenhum dos poderes deverá exercer sobre o outro influência preponderante, sendo preciso, pois, serem estabelecidos limites constitucionalmente prescritos. Portanto, nesse momento é importante estabelecer os limites entre os poderes com o fito de evitar usurpações recíprocas. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2003, p.305)

Percebe-se a necessidade de independência entre os poderes para evitar dependência entre poderes. Outro fator importante é oferecer para aqueles que vão exercer as funções nos poderes os meios suficientes e necessários para sua execução com a finalidade de impor resistência para as usurpações. Assim, Madison, Hamilton e Jay (2003, p.318) analisa:

[...] quando o governo é feito por homens e administrado por homens, o primeiro problema é pôr o governo em estado de poder dirigir o procedimento dos governados e o segundo obrigá-lo a cumprir suas obrigações. A dependência em que o governo se acha do povo é certamente o seu primeiro regulador; mas a insuficiência desse meio está demonstrada pela experiência.

O que se tem observado segundo Zauli (2011, não paginado) é que

[...] a evolução da doutrina de separação de poderes do Estado terminou por produzir um resultado significativamente diverso daquele proposto por Montesquieu. Diante da necessidade da criação e manutenção de um certo equilíbrio entre os três poderes, em vez de um equilíbrio natural decorrente de uma rígida e excludente separação de poderes, a resultante foi uma complexa interação entre os órgãos integrantes de cada um dos três poderes na qual cada um é chamado a desempenhar funções típicas e atípicas, ocorrendo, portanto, uma interseção entre os três poderes, em vez de uma completa separação de funções excludentes entre os diferentes ramos do Estado.

Além disso, as tensões existentes entre os poderes devem ter como eixo central sua capacidade de resolução no princípio da supremacia da Constituição pautada na rigidez constitucional, que é condição essencial para o funcionamento das atividades dos três poderes. (ZAULI, 2011)

Rawls (2011, p. 433) enfatiza que a Constituição especifica uma forma de estabelecer um sistema político justo e, nesta razão, a soberania é exercida dentro de limites para assegurar e garantir a preservação das liberdades fundamentais de cada pessoa. Para Bonavides (2014, p.157-158), não há como conciliar a soberania com poderes divididos e separados. Para esse autor, a teoria da separação dos poderes teve uma importância histórica quando os governantes utilizavam prerrogativas absolutas e pessoais em detrimento de garantias de liberdades individuais.

Além disso, modernamente, o que se percebe é a prevalência sem freio das multidões políticas, o que seria outra forma de poder que está presente no estado moderno. (BONAVIDES, 2014, p. 159). O que se observa nessa discussão é que, na maioria dos casos que se examinam, os princípios de justiça que deveriam regular uma sociedade bem-ordenada. Presume-se que cada um aja com justiça e cumpra sua parte para manter instituições imparciais. (RAWLS, 2011, p. 9)

Com o avanço do liberalismo, o Estado observou a necessidade de uma atuação maior na área social e na prestação de serviço. O aumento dessas funções fez emergir o Estado Social. Assim, para Nelson, “Nasceram, no Estado Social, as ideias basilares para a criação dos direitos sociais, aqueles enquadrados nos direitos de segunda dimensão, que se situam no plano do *ser*, direitos de cunho econômico e

social”. (PEREIRA, NELSON, 2012)

O estado liberal em muito se difere do estado social, pois, Pereira e Nelson (2012, p.63) destacam que:

Enquanto o primeiro busca a igualdade formal, a proteção da liberdade dos indivíduos que o compõem, [...] o Estado Social preocupa-se com a liberdade material, isto é, a ausência de privilégio para determinadas classes em detrimento de outras, o atendimento das promessas para a concretização do que fora prometido no Estado Liberal, o acesso a bens e serviços disponíveis na sociedade, tudo isto para que se concretize a independência e autonomia social dos indivíduos.

O Estado brasileiro está consagrado como um Estado democrático, conforme estabelece o preâmbulo Constitucional vigente em que diz assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais dentre outros previstos em seu texto. (preâmbulo da Constituição Federal de 1988)

No passado o indivíduo era apenas um sujeito passivo apenas no aguardo das concretizações de direitos por medidas Estatais, hoje esse indivíduo é um verdadeira sujeito ativo no processo. Tem-se nesse momento uma democracia participativa e uma vontade popular soberana.

O que se observa, nesse sentido, é um aumento de demandas judiciais que buscam a concretização de direitos constitucionais formalmente assegurados. O aumento desses processos crescentes é uma redescoberta dos direitos e ampliação da consciência de cidadania. Nesse sentido afirma Cappelletti (1999, p.19) que a expansão do papel do judiciário “representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do estado moderno”. Dessa forma,

[...] em que o direito e o Poder Judiciário já tinham ampliado sua presença na sociedade e na política, é que vai instalar-se, ao longo dos anos de 1970, a crise do *Welfare State*, cuja resposta radical se manifestou na emergência do neoliberalismo e suas intervenções no sentido de desregular o mercado e recriar a economia como dimensão autônoma. As reformas neoliberais afrouxam, quando não retiram de cena, as escoras que asseguravam direitos a amplos setores sociais, ao mesmo tempo em que provocam, inclusive pela reestruturação do sistema produtivo, o retraimento da vida sindical e da vida associativa em geral. Ao mundo da utopia do capitalismo organizado e do que deveria ser da harmonia entre as classes sociais, induzida pela política e pelo direito, sucede uma sociedade fragmentada entregue às oscilações do mercado, onde o cimento das ideologias e da religião, mesmo o dos laços da família tradicional, perde força coesiva. Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário [...] (VIANNA, 2007, 40)

O descumprimento dos direitos e de garantias que sejam mecanismos

assecuratórios de proteção ao cidadão enseja a possibilidade de recorrer ao Judiciário para ser efetivado aquilo que determina a Constituição Federal (PEREIRA, NELSON, 2012). Para Barroso (2013, p. 410) uma das grandes inovações no Brasil nos últimos tempos foi a enorme ascensão do Poder Judiciário. Pois, uma vez que houve uma recuperação das liberdades da democracia e das garantias da atividade judicante, o Poder Judiciário deixou de ser um Poder técnico e mudou seu comportamento institucional para dividir espaços com o Poder Legislativo e Executivo. Nesse sentido, em que pese a invasão do direito sobre o social “[...] avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário.” (VIANNA, 2007, p.41)

Essa expansão da atividade do Judiciário é ainda para Cappelletti (1999, p.31) indissociavelmente uma medida criativa da função jurisdicional que vem acontecendo, sobretudo nesse século. Relata ainda que:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. (...) Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. (CAPPELLETTI, 1999, p.42)

Tal extroversão do Poder Judiciário, sobretudo nas democracias contemporâneas, tornou bastante comum a utilização do termo judicialização relacionado à interferência das decisões judiciais, bem como da introdução de procedimentos judiciais no contexto político (ZAULI, 2011). O termo “[...] judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. (BARROSO, 2012, p. 366)

Para o mesmo autor, esses numerosos acontecimentos de judicialização “[...] ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito.” (BARROSO, 2012, p. 367). Diversas são as razões que tentam justificar a existência e expansão desse fenômeno. Barroso (2012, p. 368) enumera as causas para esse fenômeno da seguinte forma

A primeira delas é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, tanto na Europa como em países da América Latina,

particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade.

A atuação do julgador não poderá ser apenas um aplicador cego e mecânico da lei, mas também deverá alcançar a justiça e a razoabilidade de suas decisões. (BARROSO, 2012, p. 295). Nesse sentido, Ramos (2012, p. 29) enfatiza que “[...] atuar com base na Lei quer dizer a preservação do equilíbrio, a conservação do *status* dos fatores reais efetivos, o que exprime a manutenção da Constituição efetiva, a única possível e necessária”.

Alcançar a justiça de suas decisões é uma atividade incessante de todo magistrado. Rawls, na obra *Uma teoria de justiça*, expõe que na maioria dos casos, que ele examina, os princípios de justiça estes deverão regular uma sociedade bem-ordenada. Entende ainda que cada pessoa possui uma inviolabilidade estabelecida na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. (RAWLS, 2008, p. 4). A teoria de John Rawls ganhou destaque pois:

Enquanto no positivismo não havia espaço para considerações de justiça dentro do direito, a partir da obra pioneira de John Rawls, no início dos anos 70, a questão de justiça ficou enredada com o Direito, não só o direito público como também o privado. (AMARAL, 2001, p. 154)

A concepção da justiça social fornece primeiramente um padrão pelo qual se devem avaliar aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade. Assim, “[...] uma concepção completa, definidora de princípios para todas as virtudes da estrutura básica, juntamente com seus respectivos pesos quando conflitantes entre elas, é mais que uma concepção de justiça; é um ideal social.” (RAWLS, 2008, p 10)

Para Rawls (2008, p.14) a justiça deverá ser equitativa e explica que a frase “justiça como equidade” transmite a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa.

Obviamente, nenhuma sociedade poderá ser um sistema de cooperação que os homens aceitem voluntariamente num sentido literal; cada pessoa se encontra, ao nascer, numa posição particular dentro de alguma sociedade específica, e a natureza dessa posição afetará substancialmente suas perspectivas de vida. No entanto, uma

sociedade que satisfaça os princípios da justiça como equidade aproximar-se-á o máximo possível de ser um sistema voluntário, porque irá ao encontro dos princípios que pessoas livres e iguais aceitariam em circunstâncias equitativas. (RAWLS, 2008, p 14-15)

Jonh Rawls (2008, p.64) defende em sua teoria dois princípios de justiça. O primeiro deles “[...] estabelece que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras”. O segundo princípio de justiça institui que as desigualdades sociais e econômicas “[...] devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”. (RAWLS, 2008, p 64)

Os dois princípios de justiça têm uma vantagem clara. Não só as partes asseguram os seus direitos básicos, mas também se protegem contra as piores eventualidades. Não correm o risco de ter de concordar com uma perda de liberdade ao longo de suas vidas para que outros gozem de um bem maior, um compromisso que, em circunstâncias reais, elas talvez não conseguissem manter. (RAWLS, 2008, p 192). Analisando os dois princípios de justiça de John Rawls, Amaral (2001, p.155) afirma que:

[...] os princípios da justiça aplicáveis à estrutura básica formam o objeto do acordo original. Esses princípios são os que seriam aceitos por pessoas livres e racionais, colocadas numa situação inicial de igualdade e interessadas em prosseguir os seus próprios objetivos, para definir os termos fundamentais da sua associação. São esses princípios que regulamentam os acordos subsequentes.

Para uma sociedade justa e ideal, sempre na medida do possível, a estrutura básica deverá ser avaliada a partir da posição de cidadania igual. “Essa posição é definida pelos direitos e liberdades exigidos pelo princípio da liberdade igual e pelo princípio de liberdade equitativa de oportunidades”. Dessa forma, quando os dois princípios forem satisfeitos, todos serão cidadãos iguais, e, portanto todos ocuparão essa posição. (RAWLS, 2008, p. 102). Assim, para Rawls (2011, p.11),

Na medida do possível, então, a justiça como equidade analisa o sistema social a partir da posição de cidadania igual e dos vários níveis de renda e riqueza. Algumas vezes, entretanto, pode ser necessário que outras posições sejam levadas em consideração. Se, Por exemplo, há direitos básicos desiguais fundados em características naturais físicas, essas desigualdades selecionarão posições relevantes. O objetivo da justiça como equidade é, por conseguinte, prático: ele se apresenta como uma concepção de justiça que pode ser compartilhada pelos cidadãos como a base de um acordo político refletido, bem informado e voluntário.

Por fim, considerando os objetivos do estudo, a justiça como equidade de Rawls (2011, p.27), retoma a doutrina do contrato social e adota uma variante da última resposta: “[...] os termos equitativos da cooperação social são concebidos como um acordo entre as pessoas envolvidas”, isto é, a cooperação acontece “entre cidadãos livres e iguais, nascidos em uma sociedade na qual passam suas vidas”. Essas condições, nesta razão, “[...] devem situar equitativamente pessoas livres e iguais e não deve permitir que algumas delas tenham poder superior de barganha”. (RAWLS, 2011, p. 27)

### **3. O fenômeno da judicialização na área da saúde**

A evolução do Estado está ligado à crescente preocupação relacionada com as questões de implementação e proteção de direitos fundamentais. Nessa ótica, o presente tópico tem como objetivo principal analisar a judicialização da saúde e a legitimidade de atuação do Poder Judiciário como órgão garantidor da solicitação de medidas judiciais relacionados à saúde.

Nesse sentido, para o professor Canotilho (1998, p. 78), “[...] o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, o homem, a pessoa, como centro da titularidade de direitos”.

Assim, o direito à saúde é um direito fundamental assentado na dignidade da pessoa humana. Além de qualificar-se como um direito fundamental dotado de generalidade, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito a vida está, portanto intimamente relacionado com a saúde, alicerçado pela dignidade da pessoa humana, com existência digna, através de uma humanização concreta, eficiente e afetiva. É ainda, um direito público subjetivo, pois se apresenta como uma prerrogativa jurídica indisponível garantida a todos pela Constituição Federal em seu artigo 196.

Ao Poder público é reservada a competência de formular e implementar Políticas Públicas de saúde para assegurar o acesso universal e igualitário à assistência desta. O Estado deve ser o verdadeiro promotor de ações na saúde. Desta forma, o Poder Público não poderá demonstrar-se indiferente aos seus problemas. Para José Afonso Silva (2007, p. 831) o Estado deve garantir a saúde através de Políticas Públicas sociais e econômicas que visem à redução de doenças e outros gravames. Nesta razão, essa deficiência de Políticas Públicas voltada à saúde provocou o efeito da judicialização dos problemas de saúde, caracterizando uma nova dimensão da atividade social da

magistratura.

Em decorrência desse fato, quase todas as situações de importância política, social ou moral estão sendo discutidas dentro do Poder Judiciário, sobretudo no Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2012, p. 368)

A expressão judicialização da saúde é utilizada em razão das crescentes demandas judiciais envolvendo esta temática, expondo limites e possibilidades do referido setor e do sistema de justiça. Esse assunto ganhou importância e destaque nacional na Audiência Pública sobre saúde realizada no Supremo Tribunal Federal, convocada em 05 de março de 2009. A audiência envolvia aspectos atinentes ao direito à saúde entre os quais a solicitação de vagas em Unidade de Tratamento Intensivo – UTI, acesso a medicamentos, tratamento fora do domicílio, entre outras.

A Judicialização se tornou inevitável, não sendo caracterizada como opção política do magistrado. Assim,

[...] juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial. (BARROSO, 2012, p. 368 grifo nosso).

Ativismo judicial e judicialização apesar de terem origens semelhantes são expressões diferentes. “Não se pode negar que tanto uma quanto a outra são empregadas no sentido de demonstrar a ideia do acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura”. (TASSINARI, 2013, p. 27). Com base na dificuldade em encontrar um conceito objetivo de ativismo judicial, é possível estabelecer algumas probabilidades de abordagem:

[...] a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização) c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. (TASSINARI, 2013, p. 27)

Ativismo judicial teve sua origem nos Estados Unidos e tem sido bastante utilizado nas instituições e democracias contemporaneamente. “O termo tem distintas designações, como modelo ou programa para a decisão judicial, atitude ou comportamento dos juízes, ou ainda tendência das decisões judiciais em conjunto.” (KOERNER, 2013)

A discussão sobre o ativismo judicial expressa como objetivo central a

autonomia para tomada de decisões por parte do Poder Judiciário, do hiato entre os fatos e dados legais de um caso para ser julgado e a edificação do caso para a tomada de decisão. (KOERNER, 2013). O ativismo judicial é caracterizado por uma conduta de expansão da Constituição, enquanto que a Judicialização é uma questão social e

[...] a dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão julgante. Ao contrário ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos. (TASSINARI, 2013, p.32-33)

Por outro lado, muitas críticas surgem em torno dessa temática. A principal delas, de acordo com Sarlet (2001, p. 102) é que a judicialização da saúde gera um problema democrático, pois retira dos poderes legitimados a capacidade de decisão sobre o gasto com os recursos públicos. Além disso, poderá gerar uma desorganização da administração pública, uma vez que não há como fazer a previsão dos custos que a administração pública terá de suportar para custear o pagamento de demandas judiciais.

Contudo, o que se observa, conforme anota Gilmar Mendes e Branco (2014, p. 734) é que na resolução de um caso concreto, será possível que a atuação do Poder Judiciário contribua para a melhora das Políticas Públicas sociais, seja indicando eventuais correções de critérios, seja estimulando a implementação dessas políticas. Nesse sentido,

São os julgadores quem irão decidir até onde se estende essa proteção do direito à saúde quando determinarem o cumprimento das medidas necessárias para efetivação desse direito. É por este motivo, que os tribunais estão repletos de ações reivindicando, desde tratamento para HIV – que poderá proporcionar ao doente tratamento para estender o seu tempo de vida, diminuindo seu sofrimento e proporcionando uma vida mais digna -, a pedidos de aparelhos de surdez e óculos para a correção da visão. (PEREIRA, NELSON, 2012, p. 125)

A Judicialização da saúde é um tema bastante discutido no cenário judicial nacional. Sua importância é tamanha que o Conselho Nacional de Justiça criou um grupo de debates através da Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009, em decorrência dessa criação foi instituída a recomendação n. 31 em que estabelece diretrizes aos órgãos judicantes em relação às demandas judiciais que sejam relacionadas à saúde. Finalmente em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das

demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde. (CNJ, 2014)

A criação do Fórum de saúde aconteceu principalmente em razão do elevado número e da ampla variedade de ações relacionados ao direito à saúde, além do grande impacto dos gastos provocados por essas ações nos orçamentos públicos. Somado as disparidades das decisões judiciais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) “afigurou-se como protagonista na sistematização de uma política judiciária para garantir o equilíbrio entre a imprescindível concretização do direito a saúde e a reserva possível do orçamento público, em especial, os orçamentos dos Estados e Municípios”. (RAMOS; DINIZ; SENA, 2013)

Assim, no âmbito das atribuições previstas dentro do Fórum Nacional, previstas no artigo 4º da Resolução nº 107, está a instituição de comitês executivos, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça, para coordenar e executar as ações de natureza específica, que forem consideradas relevantes. Além disso, traz a previsão de que os relatórios de atividades do Fórum deverão ser apresentados ao Plenário do CNJ todo semestre.

Na presente resolução consta que o Fórum Nacional deverá ser composto por juízes, especializadas ou não, que tratem de temas relacionados ao objeto de sua atuação, podendo contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação nas áreas correlatas, especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, de universidades e outras instituições de pesquisa. Além disso,

O Comitê Organizador do Fórum Nacional constitui um comitê executivo nacional, de natureza permanente. A Comissão Permanente de Relacionamento Institucional e Comunicação do Conselho Nacional de Justiça supervisionará os trabalhos do Comitê Organizador. As atividades e ações do Comitê poderão ser desenvolvidas junto a todos os tribunais do país e em parceria com as demais instituições públicas envolvidas com o tema. (RAMOS; DINIZ; SENA, 2013)

Por fim, para que o Fórum Nacional tenha todos os instrumentos para o desempenho de suas atribuições, o Conselho Nacional de Justiça poderá firmar termos de acordo de cooperação técnica ou convênios com órgãos e entidades públicas e privadas, cuja atuação institucional esteja voltada à busca de solução dos conflitos de assistência à saúde. Nesta razão,

[...] o Fórum Nacional representa um esforço para dotar os magistrados de conhecimentos específicos para a melhor solução dos casos que são levados ao Poder Judiciário, garantindo a eficiência da prestação jurisdicional e a

qualidade das políticas públicas existentes. Além disso, com o Fórum o CNJ procura prevenir o surgimento de novas demandas judiciais, através da proposição de estratégias para as questões de direito sanitário. (RAMOS; DINIZ; SENA, 2013, p.20)

O crescente número de ações judiciais propostas em face do Poder Público também tem sido motivo de preocupação para os gestores da saúde em todos os níveis federativos, principalmente em decorrência do impacto com esses gastos no orçamento público. Por sua vez, apesar da crescente preocupação com a temática, inexistiu um levantamento, em âmbito nacional, do fenômeno da judicialização da saúde, como também do seu impacto para todo o Sistema Único de Saúde e de seus usuários.

As demandas judiciais relacionadas à saúde são relacionadas principalmente em relação ao fornecimento de medicamentos, a realização de cirurgias e procedimentos, incorporação de novas tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde e de internação em leitos de Unidade de Tratamento Intensivo.

A solicitação de medicamentos através de medidas judiciais é a mais utilizada. Assim,

Por um lado, estudos (23–25) apontam que o aumento desse tipo de demanda pode estar relacionado à implementação insatisfatória do direito à assistência farmacêutica. Por outro lado, chamam atenção também para as graves distorções que podem causar as ordens judiciais no sistema de saúde, quer do ponto de vista ético, técnico, organizacional e da saúde do reivindicante, quando, por exemplo, as demandas não são individualizadas adequadamente”. (SANT'ANA et al., 2011, p.140)

Apesar de constantes epidemias e endemias que provocam a morte de milhares de pessoas no Brasil, a temática sobre tratamento de doenças aconteceu, sobretudo com a AIDS, o câncer e doenças relacionadas com a miséria. A AIDS surgiu com características de epidemia e colocou muitas pessoas sob uma situação de sentença de morte vagarosa e degradante, sobretudo jovens. (AMARAL, 2001, p. 23-23)

Os magistrados se vêem nesses casos em uma situação muito difícil. De um lado com a possibilidade de negar um tratamento indispensável para a sobrevivência de uma pessoa e de outro provocar um impacto ainda maior no já desarranjado orçamento para saúde.

Em 2005, o valor utilizado com aquisição de medicamentos oriundos de demandas judiciais foi de 2.441.041,95; em 2012 o gasto subiu para 287.844.968,16. Cumpre observar-se que, não obstante o dispêndio ter aumentado vertiginosamente o total ainda desconsidera o custo com as despesas relativas a entrega de medicamento, tais como publicação em Diário Oficial, pagamento de transportadora para entrega do

medicamento em domicílio, pagamento de seguro para o transporte do medicamento, e, quando necessário, os gastos com a importação.

O Ministério da Saúde, a título ilustrativo, pagou em razão de contrato de transporte aéreo, no ano de 2010, o valor de R\$ 962.333,88 (novecentos e sessenta e dois mil, trezentos e trinta e três reais e oitenta e oito centavos) no ano de 2011 custou R\$1.620.841,62 (um milhão, seiscentos e vinte mil, oitocentos e quarenta e um reais e sessenta e dois centavos) e no ano de 2012 foi de R\$ 1.965.435,39 (um milhão novecentos e sessenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e trinta e nove centavos).

Existem verdadeiras distorções no alcance judicial de medicamentos. Nesse sentido,

As diretrizes e critérios gerais existentes, por sua vez, não devem representar um empecilho à efetivação do direito à saúde em casos individuais extraordinários. O que se exige é que haja diretrizes claras, inclusive para melhor atender esses casos. Vale reafirmar que a seleção de medicamentos, tal qual preconizada pela OMS, tem como finalidade orientar a prática, e não limitá-la. O que pode ser questionado não é a legitimidade da seleção enquanto instrumento racionalizador da clínica e da gestão, mas seu uso, de forma impeditiva, pelos atores que detém o poder institucional de decidir. (SANT'ANA et al., 2011, p.141)

De acordo com dados do Ministério da Saúde, em 60% (sessenta por cento) dos processos que envolvem a judicialização da saúde, a ação tem como pedido principal medicamentos não disponíveis pelo SUS (Sistema Único de Saúde), no entanto os autores dessas demandas tem a possibilidade de serem tratados com remédios já oferecidos pelo SUS. As demais ações são referentes a medicamentos de última geração tecnológica, e que, na maioria das vezes, ainda não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não possuindo, desta forma, comprovação científica de sua eficácia e segurança para o usuário. (BRASIL, 2009)

Além disso, o Ministério da Saúde pondera que a maioria dos medicamentos, que são objeto de ações judiciais, ainda carrega um baixo ganho no tratamento quando comparado aos que são oferecidos pelo SUS. Somado a esse fator, os medicamentos solicitados por demandas judiciais tem um custo mais alto não justificando sua opção de acordo com o princípio do custo X efetividade. (BRASIL, 2009). Assim sendo, alguns fatores podem contribuir para reduzir a intensidade do fenômeno assim como das conseqüentes distorções, dentre as quais poderão ser elencadas que,

A estruturação adequada do sistema público de saúde, garantindo acesso

regular aos medicamentos por ele selecionados, bem como a sua concentração no real objetivo da seleção de medicamentos essenciais, de modo a considerar as peculiaridades das demandas dentro de uma ótica de racionalidade clínica e não apenas financeira, são bons exemplos. Para tanto, faz-se mister a atualização das listas de medicamentos e dos protocolos de tratamento e a expansão concreta da cobertura por meio da criação, no sistema de saúde, de espaços dedicados à consideração técnica dos casos não previstos nas mesmas listas e protocolos. (SANT'ANA et al., 2011, p.141)

O segundo grande fator que envolve demandas judiciais sobre saúde está relacionado à solicitação de cirurgias e procedimentos. Em primeiro plano, a solicitação de cirurgias relaciona-se à falta de leitos em hospitais, quantitativo de médicos especialistas e de material necessário para procedimento. Além disso, existem muitos programas de média e de alta complexidade exigindo cada vez mais do Ministério da Saúde de uma organização para receber as demandas desses pacientes.

Outro tópico levantado como um dos fatores que provocam a judicialização da saúde é a solicitação de incorporação de novas tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Além disso, o que se observa, no entanto, é que os leitos hospitalares não são suficientes para atender à população. Todos os dias pacientes com risco de morte, sobretudo os mais carentes, procuram a rede pública hospitalar para internação e são surpreendidos com a ausência de vagas em tais casas de saúde. O resultado é uma superlotação nesses hospitais e pacientes amontoados nos corredores em total descaso com a sua peculiar situação.

Ainda hoje não se tem conhecimento de um estudo que aponte o quantitativo de leitos em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI) e demanda de atendimento, distribuição e regionalização desses leitos, características da população atendida e ações judiciais em que tenham por objeto a internação em leito de UTI e em especial nas UTI's neonatais.

Um dos grandes obstáculos na solicitação de internação em leitos de UTI's neonatais é o fator tempo. Os neonatos, quando precisam de UTI e não encontram vaga para sua internação, não dispõem de tempo suficiente de, após a negativa de internação, promover uma demanda judicial e, se concedida, ter efetividade no cumprimento da sentença. E, na maioria das vezes, acabam em óbito.

E qual deveria ser a postura do magistrado diante de uma solicitação dessas? “A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a

isonomia.” (AMARAL, 2001, p. 23-23). Nesse sentido,

[...] questionar a legitimidade da tutela judicial, em casos de omissão estatal ou resposta inadequada à necessidade de determinado cidadão, é pôr em cheque a própria legitimidade dos avanços alcançados pelo sistema jurídico brasileiro no processo de redemocratização. O grande desafio para a gestão da saúde e para o sistema de justiça, em especial o poder judiciário, é o ambiente de desigualdade onde se desenvolvem esses avanços — um ambiente de pobreza e de necessidades essenciais de saúde não satisfeitas por longa data. É evidente, portanto, que a simples judicialização da demanda não é suficiente para reduzir as desigualdades em saúde. O potencial da reivindicação judicial se assenta na possibilidade de dar acesso imediato ao cidadão a um direito garantido e de impelir os gestores da saúde a ampliar e adequar as políticas à demanda social, melhorando assim o acesso e a própria qualidade da assistência farmacêutica. (SANT'ANA et al., 2011, p.140)

#### **4. Conclusão**

Esse estudo buscou analisar um problema extremamente relevante no cenário atual: a judicialização da saúde. São notórias as grandes dificuldades que esse tema enfrenta para ser garantido.

Nesse sentido, o aumento de demandas judiciais que buscam a concretização de direito à saúde apresenta-se como uma redescoberta dos direitos e ampliação da consciência de cidadania. A Judicialização da saúde expõe os limites e possibilidades do referido setor e do sistema de justiça. As demandas judiciais em âmbito sanitário são relacionadas principalmente em relação ao fornecimento de medicamentos, a realização de cirurgias e procedimentos, incorporação de novas tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde e de internação em leitos de Unidade de Tratamento Intensivo.

Ante o exposto, a presente abordagem não possuiu como objetivo analisar sobre a legitimidade da Judicialização da Saúde, mas, sobretudo chamar a atenção do Poder Executivo e Legislativo de que essa ação acontece diante da lacuna deixada, em maior ou menor medida, nas mãos do Poder Judiciário, que acaba por efetivar o direito fundamental à saúde.

Por fim, vale lembrar, que não se pretende demonstrar que o Poder Judiciário é o melhor caminho para que se possa conseguir uma eficácia no acesso a um tratamento de saúde, mas, sobretudo, procurar alternativas viáveis para que se possa alcançar um acesso universal e igualitário constitucionalmente assegurado.

## 5. Referências

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2014a.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Portal da saúde. MS apresenta ao STF argumentos contra a judicialização da oferta de medicamentos e insumos. 2009. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/noticias-antiores-agencia-saude/3550>>. Acesso em: 20 abr. 2014

\_\_\_\_\_. **Painel de Monitoramento da Mortalidade Infantil e Fetal**. Coordenação Geral de Informações e Análises Epidemiológicas (CGIAE/SVS/MS). Disponível em: <<http://svs.aids.gov.br/dashboard/mortalidade/infantil.show.mtw>>. Acesso em: 20 mar. 2014c.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Fórum da saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>. Acesso em: 18 out. 2014.

KETCHAM, Ralpf. Escritos antifederalistas. Editorial Hacer - Fundació Rafael Campalans 1996.

MADISON, A.; HAMILTON, J.; JAY, J. 2003. **Os federalistas**. Brasília: UNB.

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

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **A Constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da Norma Constitucional**. 2012. Disponível em: <<file:///D:/DOWNLOADS/3930-27604-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2014.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; DINIZ, Isadora Moraes; SENA, Jaqueline Prazeres de. O conselho nacional de justiça e o direito à saúde: breves anotações sobre o fórum nacional do judiciário para monitoramento e resolução de demandas de assistência à saúde. **Cadernos ibero- americanos de direito sanitário**. v. 2, n. 2 (2013). Disponível em: <file:///D:/DOWNLOADS/23-83-4-PB.pdf>. Acesso em: 22 out. 2014.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Rev. Técnica Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo Político**. Rev. Técnica Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SANT'ANA, João Maurício Brambati; et al. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. **Rev Panam Salud Publica**, vol.29, n.2, Washington. Feb. 2011. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v29n2/a10v29n2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro / outubro / novembro, 2007. Disponível em: <http://www.Direitodoestado.Com.Br/Rere.Asp>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, Liv. do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da Silva. **Poder Constituinte e Poder Popular**: estudos sobre a Constituição. 1. ed. 3. tir. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 168.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo soc.**[online]. 2007, vol.19, n.2, pp. 39-85. ISSN 0103-2070. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da Política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil. **Rev.Sociol. Polit.** Vol. 19 no. 40 Curitiba Oct. 2011. ISSN 0104-4478.