

FACULDADE CATÓLICA DOM ORIONE

CURSO DE DIREITO

VITÓRIA DE SOUSA MENDES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

ARAGUAÍNA

2022

VITÓRIA DE SOUSA MENDES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Católica Dom Orione como requisito parcial
à obtenção de grau de bacharel em Direito

Orientador: Dr. Luiz Henrique Milaré de Carvalho

ARAGUAÍNA

2022

VITÓRIA DE SOUSA MENDES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Grau de Bacharel em Direito do curso de Direito da Faculdade Católica Dom Orione e aprovado em sua forma final em: _____ de _____ de 2022.

Apresentado à Banca Examinadora composta pelos professores:

Profº. Orientador: Dr. Luiz Henrique Milaré de Carvalho

Profª Examinadora

Profª Examinadora

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Vitória de Sousa Mendes¹
Luiz Henrique Milaré de Carvalho²

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como meta principal discutir sobre a judicialização da saúde. A escolha por tratar deste tema, se afirma, especialmente no fato de que este assunto nos últimos anos tem ganho um grande destaque e também devido ao fato de que com a grande procura por amparo legal para a promoção da saúde tem se tornado comum entre as pessoas, procurar fazer com que a justiça faça com que cada um que a procure, tenha seus direitos garantidos por meio de liminares e decisões que compelem a unidades de saúde a acatar a decisão judicial e assim, realizar o procedimento necessário e com isso, sanar a necessidade da pessoa. Trata-se de um trabalho de revisão de literatura que procura em livros, artigos, periódicos e em sites especializados, fontes que embasam o assunto aqui discutido de forma completa. Quanto à divisão do trabalho, reforça-se que os capítulos que compõem o mesmo procuram dissertar sobre aspectos relevantes que integram a judicialização e que são necessários e indispensáveis para a compreensão da temática. Assim, o texto que se inicia agora, possui informações que são essenciais para a formação acadêmica do indivíduo e que mostram de forma como a judicialização acontece e quais são os seus efeitos dentro do cenário nacional.

Palavras Chave: Direito. Judicialização. Princípios.

ABSTRACT

This course conclusion work has as main goal discuss the legalization of health. The choice of dealing with this issue, it ensures, especially the fact that this subject in recent years has gained a high profile and also due to the fact that with the high demand for legal support for health promotion has become common among people, seeking to make justice causes each of the look, have their rights guaranteed under court injunctions and rulings that compel health units to abide by the court decision and thus perform the necessary procedure and thus, remedy the necessity of the person. This is a literature review of work you are looking for in books, articles, periodicals and specialized sites, sources underlying the subject here discussed comprehensively. As for the division of labor is reinforced that the chapters of the same look lecture on relevant aspects that make up the legalization and which are necessary and indispensable for understanding the subject. Thus, the text beginning now has information that is vital to the academic training of the individual and that show how the legalization happens and what are its effects within the national scene.

Keywords: Right. Legalization. Principles.

¹ Aluna da FACDO

² Professor orientador – Mestre e Doutor em Direito

1 INTRODUÇÃO

O trabalho que ora se inicia discute em todo o seu decorrer sobre a judicialização da saúde. A escolha por este tema se ancora especialmente na observação constante da oferta deste direito por parte do poder público à comunidade que carece de serviços de saúde pública e que encontra obstáculos diversos para ver cumprido, algo que é seu de direito.

Com base nesta observação, designa-se que o objetivo geral deste trabalho se estabelece como sendo o seguinte: Conceituar a judicialização da saúde, mostrando o cenário em que esta acontece, descrevendo a principiologia equivalente ao tema, e enfatizando seus principais pontos. No que diz respeito aos objetivos específicos, destaca-se que estes podem ser enumerados da seguinte forma: conceituação da judicialização da saúde, fundamentação dos princípios que regem os direitos sociais, análise da judicialização do orbe nacional.

Quanto aos requisitos metodológicos, é preciso enfatizar que o trabalho será construído sob uma abordagem dedutiva, que forma posicionamentos, com base na fundamentação utilizada, assim, constrói-se uma revisão de literatura que reafirma, posicionamentos, entendimentos e conceitos já existentes reforçando os mesmos e ratificando as suas vertentes de pesquisas.

Quanto à divisão do trabalho, pode-se dizer que o mesmo está dividido em cinco partes, sendo a primeira a parte introdutória, na segunda é vista uma análise sobre os direitos fundamentais, seus conceitos e fontes históricas, na terceira parte, é tratada da principiologia que rege a matéria, e na quarta parte traz-se uma discussão sobre o objeto de estudo deste trabalho que é a judicialização, na quinta parte, fecha-se o trabalho com as considerações finais sobre o tema discutido.

Justifica-se que a discussão deste tema é viável, para a formação acadêmica pois, o profissional do direito, enquanto conhecedor dos direitos do cidadão, precisa de forma contínua zelar para a garantia destes direitos, ainda que para isso, seja necessário o apoio judicial. Assim, o presente estudo, com certeza serve como base para o conhecimento acerca da judicialização e a fundamentalidade dos direitos básicos do cidadão, tornando-se assim mais uma fonte de estudo e pesquisa que é atualmente muito debatido.

2 CONSTITUIÇÃO PRINCIPOLÓGICA FUNDAMENTAL.

Para Sarlet (2018), ao se referir aos termos, “direitos humanos” e “direitos fundamentais” refere-se também sob uma ótica puramente material a uma equivalência de conteúdo destes dois termos uma vez que os dois se referem especificamente à uma série de preceitos que tem como meta a proteção específica de direitos e bens jurídicos que são essenciais para preservação integral da dignidade de cada ser humano.

Neste ponto, Castro (2019) explica que os direitos humanos fazem referência direta á direitos de natureza básica de cada indivíduo e que estes direitos são reconhecidos dentro da esfera jurídica. Desta forma, cada ser humano tem direito a estes direitos que de acordo com a Declaração Universal dos Direitos humanos não devem ter nenhuma imposição de fronteiras, culturas e nem tampouco limites físicos.

Com isso, de acordo com o entendimento de Comparato (2020), pode-se retomar a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 junto com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que colocaram os Direitos Sociais no nível de Direitos Humanos, com abrangência universal, sem que para isso, seja necessário que estes sejam tacitamente reconhecidos por demais constituições, esta independência de reconhecimento constitucional específico, faz menção ao fato de estes direitos estarem diretamente ligados à preservação da dignidade da raça humana.

Na esfera nacional, é possível dizer que a Constituição de 1988 é tida como o marco principal de uma abordagem dos direitos humanos. Com isso, ao considerar que este elemento como sendo, o principal na construção e edificação de uma nação democrática, acolhedora e soberana na garantia de direitos fundamentais dá-se ao Brasil o status de país que se preocupa com a condição de vida de seus cidadãos.

Partindo então a uma análise sistêmica sobre o direito da saúde, como sendo um direito que integra o rol de direitos fundamentais e que é essencial à sobrevivência humana, pode-se dizer, conforme Magalhães (2019) que o direito à saúde não pode ser limitado ao acesso puro e simples a uma medicina curativa, mas sim, a uma garantia de condições que garantam a saúde total do cidadão.

Para Liberato (2018), o direito à saúde inclui uma serie de fatores que de forma geram, criam um todo equivalente que faz com que a saúde seja garantida, trata-se de saneamento básico, campanhas de conscientização, medicina preventiva realizada através de palestras, promoção de um meio urbano adequado à sobrevivência humana, redes de esgoto,

saneamento básico e demais ações que juntas protegem, informam e deixam o cidadão à par de como zelar por seu maior bem imaterial, a saúde. Fazendo uso destas ações o que se tem é a certeza de que a atuação do cidadão será voltada para a prevenção de doenças, para o zelo do ambiente onde ele vive e para a manutenção de seu bem-estar físico.

Então, ao evidenciar as ações que são responsáveis pela preservação da saúde do cidadão, reforça-se o fato de que esta, para ser mantida depende não somente do auxílio médico, mas sim, da observação e da garantia de demais direitos tidos como fundamentais que corroboram para a qualidade de vida do cidadão. Deste modo, o cidadão tem acesso irrestrito aos seus direitos, como educação, lazer, meio ambiente saudável, trabalho digno, renda compatível com as suas necessidades e de modo geral um bem-estar que propicie ao ser humano a capacidade de se sentir integrado e assistido à comunidade onde ele vive.

Também Gusmão (2018) explica que o Estado precisa agir de forma continua para que estes direitos sejam promovidos e assegurados e que a realização de políticas públicas é o que faz com que cada indivíduo tenha estes direitos assegurados.

Tendo como base este pensamento, é possível dizer que a relevância destes direitos dentro da esfera social é tão abrangente que ganha status de centro da constituição material. Neste ponto, Cezarino Júnior (2014) persiste em dizer que “todo o direito é naturalmente social, por isso que não pode haver direito senão em sociedade: *Ubi societas, ibi jus*”. Então, obviamente os Direitos Sociais são de ordem fundamental do homem, e afirmam-se como posses absolutas, que devem estar sempre sob a observação obrigatória do Estado, fazendo com que todos, irrestritamente tenham acesso a estes, e que ninguém seja tratado de modo inferior, fazendo com que assim, se obtenha de fato a igualdade social.

2.1 A PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA

Dentro do ordenamento jurídico, os princípios representam as fontes essenciais, independente de qual seja o ramo do direito a ser tratado, esta deverá ter uma base principiológica que servirá de alicerce a sua conjuntura e posteriormente será vista como referência na tomada de decisões. Indo ao campo do Direito Processual Civil, pode-se dizer que este não poderia deixar de ser referente, e com isso, existe nesta esfera os princípios que o regem e que servem como base para a tomada de decisões, na sua formação e na execução de suas normas.

Do ponto de vista etimológica, Miguel Reale (2020 p. 32) explica que "os princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais

asserções que compõem dado campo do saber". De acordo com a conceituação anterior, os princípios podem ser entendidos como a base de um sistema, o alicerce que sustenta as decisões e as medidas que orientam a postura profissional mediante ao problema que se tem exposto. De modo generalizado é preciso dizer que sem princípios basilares as ações do profissional de direito ficam limitadas a convenções pessoais, a opiniões e referências próprias, e desta forma, não iram contemplar a essência da matéria que representam. Neste ponto, fica clara a indispensabilidade dos princípios como forma de orientação nas decisões que precisam ser tomadas.

2.1.1 Princípio fundamental da dignidade humana

Para começar a análise dos princípios que embasam a prestação de direitos sociais tidos como fundamentais começa-se esta análise com a observação do princípio fundamental da dignidade humana pode ser entendido segundo o ponto de vista de Teixeira (2019) que ensina que este princípio pode ser entendido como um valor material e imaterial da pessoa, isto é, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito.

Para Novelino (2018) a dignidade da pessoa humana alcança todos os valores que permeiam a sociedade brasileira, de modo geral, o que o autor procura mostrar é que quando se trata de dignidade humana o que deve imperar sem dúvida é a universalidade deste princípio e a sua total abrangência, independente de contextos sociais e de evoluções.

O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, é o mais amplo princípio constitucional, e quando se refere aos direitos sociais este faz menção à garantia total de desenvolvimento e preservação de bases que garantem a dignidade da pessoa humana.

Por ser um princípio que garante um direito imaterial, a dignidade humana se consolida como algo que carece de zelo constante. Este zelo se fundamenta no fato de que o ser humano, não pode de forma alguma, ter o seu caráter a dignidade sobrepujada por a égide do descaso, do desmazelo da comunidade e por a não preocupação com o cidadão. É com base na manutenção deste princípio que se tem a certeza de que a comunidade está sendo servida por quem a governa e que os direitos que figuram na Constituição Federal deste país, tem validade e são cumpridos de forma íntegra.

2.1.2 Princípio fundamental do direito à saúde

De acordo com Moraes (2019), a promoção do direito à saúde e a sua garantia, são garantidas por meio do texto constitucional que reza em seu art. 196 a 200 que é assegurado ao cidadão, o acesso pleno a uma saúde de qualidade. Com isso, é possível se constatar que há no Estado a necessidade de observação sobre o cumprimento deste direito, e a concomitante validação do princípio fundamental do direito à saúde.

Conforme se vê em Bonavides, a oferta de uma saúde de qualidade, é um dever do Estado e o que se pode apreender com esta designação, é que por ser este, um direito tido como fundamental, é indispensável que o cidadão, tenha total acesso a este de forma plena e sem a exigência de requisitos ou de suportes judiciais para o alcance deste direito.

Assim, para Mendes (2019), entendível que a principal ferramenta para a garantia Constitucional do direito a saúde no Brasil é o Sistema Único de Saúde (SUS), este sistema é responsável por a saúde pública no Brasil e pode ser visto como um programa que é direcionado para a organização de ações e serviços públicos de saúde, com o objetivo de proteger, recuperar e tratar as pessoas que precisam da saúde pública. Com a implantação do SUS foi reafirmada a obrigação do Estado de assegurar a saúde por meio de políticas públicas, econômicas e sociais.

2.1.3 Princípio fundamental do direito a vida

O princípio fundamental do direito à vida, figura como o mais comum e básico direito dentro do rol de proteção à pessoa humana, ele pode ser entendido de acordo com Tsutiya (2017 p. 92 – 93) da seguinte maneira:

Assim, o direito à vida é um direito natural, nasce com o homem, é garantido e protegido pelo ordenamento jurídico pátrio. Além de o legislador constituinte expressar claramente a sua inviolabilidade no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o Brasil também é signatário de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, onde são tutelados, dentre outros, o direito à vida.

Com a exposição conceitual de Bonavides (2019), é possível entender que o direito à vida se constitui como algo essencial e primordial à valorização dos demais princípios, a sua condição basilar é extremamente delicada e serve de suporte para o seguinte entendimento: se não há o cumprimento deste princípio então não há como haver valorização de demais princípios nem de demais direitos. Sem a valorização da vida, não dignidade, não há a

possibilidade de haver saúde e nem a possibilidade de se ter dignidade. Assim, a valorização da vida, cumpre taxativamente os demais princípios.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A procura por meios judiciais como forma de viabilizar, facilitar e promover a saúde de si próprio e de pessoas próximas tem aumentado sistematicamente nos últimos tempos. A procura de recursos legais como pressupostos ao acesso de medicamentos, internação, tratamentos diversos e até próteses têm feito com que as secretarias de saúde e demais de representação do SUS tenham que lidar com o fenômeno da judicialização agregada às condições precárias de oferta da saúde pública que se configuram como um direito básico do cidadão representada nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988.

Consta nos supracitados artigos o direito à saúde pública, por meio do fornecimento de medicamentos e demais tratamentos e são reconhecidos nestes artigos a saúde como um direito ao qual toda a comunidade deve ter acesso e onde a oferta da mesma é representada como uma obrigação do Estado.

Para que a oferta destes atendimentos aconteça de forma regular e coerente com a demanda do público que a procura é necessário que a máquina do governo esteja em pleno funcionamento quanto à oferta destes serviços. Assim, o primeiro passo, para a garantia deste direito do cidadão é a fiscalização de recursos e a administração de cada quantidade de dinheiro que entra e que sai para que se evite consideravelmente um déficit financeiro e um conseqüente colapso na oferta dos serviços de saúde.

A administração regional dos representantes do SUS pode fazer com que a administração da saúde pública se torne mais coerente com a necessidade de cada comunidade. Tendo em vista que cada comunidade possui uma necessidade, a administração descentralizada pode conduzir a uma melhoria taxativa dos seus serviços.

Neste ponto, a descentralização já se configura como uma implantação de política pública que visa à melhor administração dos recursos do SUS como um requisito ao avanço na oferta dos direitos da comunidade. Entender que se pode implantar melhorias na oferta de direitos com a finalidade de melhorar a oferta dos serviços do SUS é o primeiro passo para a saída definitiva de uma situação desagradável em que se encontra agora.

Segundo a definição de Aguilar (2019) o que se tem como possíveis melhorias de uma possível descentralização é a melhoria na oferta de recursos e na promoção da saúde pública ao cidadão. A conseqüente melhoria sem dúvida tem o potencial de diminuir ou de retroceder

à judicialização da saúde pública tendo em vista que com isso a melhoria na oferta de recursos diversos bem como do atendimento avançará.

Ao se pregar medidas de contenção, automaticamente, se intenciona uma evolução de um direito básico e um processo de oferta de serviços mais humanizados e mais acessíveis a todos. Dessa forma podemos entender que a judicialização nada mais é do que uma consequência da má administração de recursos que se tem e da estagnação de um sistema que nasceu com a intenção de melhorar e humanizar a saúde pública nacional.

Com isto, pode-se entender que em alguns casos é primeiramente preciso que a análise da judicialização aconteça, embasada na resolução dos problemas que já permeiam o SUS, observar a oferta de serviços e constatar de que forma evolui a judicialização da saúde é um caminho para avaliar a eficácia do sistema e a viabilidade da ação judicial.

Obviamente, há que se considerar que apesar de falhas e de pontos deficitários, o SUS já atendeu um número muito grande de pessoas e já trouxe inúmeros benefícios a seus usuários, ou seja, é um sistema viável, o que precisa ser levado em conta neste caso é que, desde a sua criação, não houve um avanço significativo nem uma aprimoração da oferta de serviços considerando a sua disponibilidade orçamentária e o aumento populacional.

Todo sistema, programa, projeto e plano carece de adaptações ainda na sua implantação e esta necessidade se estende até a sua progressão, isto é, para considerar a viabilidade de um projeto implantado, é preciso a administração de seus recursos e o cumprimento de suas etapas para que o sucesso almejado na elaboração do plano seja alcançada.

Aguilar (2019) defende que a judicialização da saúde como consequência da má administração apenas comprova que o maior defeito na implantação do SUS é a deficiência na sua gestão. Ações de cunho administrativo são necessárias principalmente para fazer com que se implante um método coerente de viabilidade e funcionamento do SUS, com isso, quando não ocorre a administração correta destes recursos a comunidade sofre diretamente com os efeitos destas ações. Drasticamente não são efeitos que podem ser escondidos, e que aparecem automaticamente.

Certamente, a correta gestão é o que preserva a qualidade dos serviços oferecidos, garantindo a humanidade na oferta dos recursos que são integrados ao sistema de saúde. Obviamente, reforça-se que não é correto que um cidadão tenha que recorrer a vias judiciais para ter um direito seu cumprido, tendo em vista que isto já é assegurado em lei. A defesa destes direitos se inicia justamente com uma análise das condições da oferta deste direito à

comunidade. Estudar situações como esta é sim o primeiro passo para que seja melhorado algo que está deficiente e que é essencial para a comunidade.

Ao recorrer ao apoio judicial fere-se um princípio que é o de que todos devem ter acesso a saúde de qualidade, e seguidamente comete-se um equívoco, que é solicitar por vias judiciais sem antes analisar qual a condição dos que esperam atendimentos a um tempo considerável.

O distanciamento no processo administrativo é um dos maiores fatores que prejudicam e travam a progressão e atuação do SUS e de seus agentes, é preciso que se considere o fato de que, o não conhecimento das particularidades de uma região evolui para a estatização na distribuição de recurso financeiros, na dispensa de funcionários aptos e qualificados à promover um atendimento a quem necessite e até mesmo no recrutamento de profissionais para atender a demanda dos usuários.

O destaque aos fatores citados acima se faz necessário justamente pelo fato de que o colapso no sistema de saúde ocorre devido não só a ausência de recursos financeiros e de dívidas que já constam no sistema, mas também na incapacidade de se manter funcionários habilitados e capacitados para realizar o atendimento necessário.

Daí a necessidade de preservar a integridade do SUS e cuidar para que o mesmo funcione de modo correto, a fim de evitar que a judicialização torne-se um hábito, um pré-requisito a quem precise ser atendido e que carece sistematicamente de recorrer à saúde pública. Deste modo, é entendido que ao defender que sejam implantadas melhorias no acesso a um direito que é fundamental, que priorizem a viabilidade de funcionamento do SUS o que se defende é que o cidadão tenha acesso ao seu direito básico sem que para isso seja necessário a procura por recursos que iram facilitar ou viabilizar o seu atendimento.

O fator principal na redução da judicialização é primeiramente uma administração que fiscalize a aplicação de recursos e que valorize a correta e sistemática segmentação de suas normas, fazendo com que todos os detentores do mesmo direito tenham acesso igualitário a algo que já é seu. Resta dizer que a busca por saúde de qualidade não pode ser tratada como uma luta desigual onde a necessidade não é priorizada, mas sim o recurso utilizado para alcançar o que se procura, a saúde precisa retornar ao status de direito e ser ofertada de uma maneira mais democrática para todos.

3.1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Conforme tudo que já foi dito neste trabalho, a saúde é considerada como um direito social, e em consequência disso, essencial para a condição humana. A semelhança entre essencialidade e fundamentalidade é grandiosa, pois, o caráter essencial de um direito o torna indispensável ao cidadão e o fato de ele ser fundamental implica na mesma significância.

É provável que a afirmação e reafirmação sobre a importância e a indispensabilidade deste direito se torne em alguns momentos repetitiva e até mesmo cansativa, contudo, se não há a garantia efetiva destes, se não há como o cidadão gozar deste direito – no caso o direito à saúde – de forma plena, então a discussão se faz sim, necessária, pertinente e conveniente.

Para Graus (2021), a oferta de uma saúde adequada e capaz de dar ao cidadão uma base concreta estável e bem articulada da sua vivência em comunidade. Sem a oferta de uma saúde de qualidade, o que impera é a desigualdade, o descaso e um alto índice de mortes. Isto porque, a oferta de uma saúde pública, minimamente decente se ancora na necessidade de amparo, à comunidade mais carente, que sobrevive com um salário mínimo e que não foi agraciada com condições de vida mais dignas.

O pensamento de Cesarino Junior (2014), mostra que a efetivação do direito à saúde, só é possível se outros fatores que integram a mesma, ou seja, se não há a promoção de recursos que são tidos como básicos, não há como promover a saúde que se ambiciona.

Neste ponto, chega-se ao entendimento de que a fixação destes direitos leva à reafirmar o que foi dito e assim a formar um círculo viciosos que se concentra especificamente na observação, na cobrança e necessidade de se lembrar que a saúde é um direito fundamental. No entanto, é preciso lembrar que direitos quando são exposto em um texto legal, precisam ser cumpridos, precisam ser levados a sério, e não podem de forma alguma serem considerados como simples designações.

Destarte, Coelho e Branco (2018), ensina que a redação de um direito em um texto como a Constituição Federal, exige que este seja efetivamente cumprido, é preciso entender que os direitos que figuram em textos legais, não possuem função alegórica, eles têm que ser oferecidos a comunidade de forma plena, o cidadão carece destes sendo executados em sua integralidade, sendo assim, a função do Estado é fazer com que cada pessoa que busca um serviço de saúde pública, tenha acesso a este de forma plena, sem que para isso seja necessário recorrer a auxílio judicial.

Arnaud (2020) é assertivo, ao dizer que a promoção da saúde é dever do Estado e este por sua vez, precisa encontrar formas de fazer com que este direito seja promovido. Ora, se a ineficiência na promoção de uma saúde pública de qualidade advém de má administração, então a deficiência administrativa precisa ser sanada. Se há qualquer fator que ratifique a oferta deficitária deste direito, então que estes fatores sejam observados e corrigidos, para que, com isso, se tenha formas de dar ao cidadão que depende do serviço de saúde pública um serviço de qualidade.

Destarte a amostra do artigo 196 ressalta que é assegurado que ele mostra de modo concreto que existe a garantia deste direito, e com isso, é indispensável que seja garantido de modo pleno e bem articulado. Devido a sua natureza fundamental é essencial que este direito seja ofertado de modo pleno para que com isso o cidadão tenha acesso a uma saúde de qualidade e de fácil acesso.

3.2 DIREITO A SAÚDE E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De acordo com Albuquerque (2021), para que haja a promoção total do direito à saúde é necessária a descentralização de forças e a reorientação de atividades para que deste modo seja alcançada de forma plena as vantagens que se almeja na promoção da saúde. A delegação de atividades se faz útil e necessária para que se consiga uma melhoria na oferta de saúde pública.

No início deste capítulo, afirmou-se o item quatro que todo processo de implementação, todo projeto ou plano de ação, carece de adequações específicas, deste modo, é prudente que se diga que, a reestruturação do Sistema Único de Saúde - SUS, é o caminho mais aparentemente, mais a ser percorrido, na busca por a melhoria do quadro de saúde pública do país.

De acordo com a citação acima, é possível notar que o primeiro passo para a melhoria na oferta de saúde pública foi a divisão de atividades entre Estado e Ministério Público, com esta divisão, criou-se um contexto de mecanismos que funcionam de forma articulada e mútua.

Humenhuk (2017), diz que no que se refere à descentralização e à divisão de responsabilidades para a promoção de uma saúde pública de qualidade, ainda não se tem um quadro agradável, ou promissor deste processo, o que se tem é a atuação com base em uma subordinação com ares de democrática que compromete o funcionamento do Sistema Único

de Saúde e faz com que a oferta deste direito que deveria acontecer de forma íntegra e competente seja comprometida e faça com que o ser humano tenha que recorrer a vias judiciais para ter seu direito cumprido. .

Para Matos (2020), quando se fala em judicialização da saúde, o princípio da separação de poderes é usado de forma ampla especialmente por entes políticos como União, Municípios e Estados. Neste ponto, cabe observar que quando acontece a opção por auxílio judicial para a aquisição de medicamentos ou qualquer tipo de tratamento, estes entes costumam estampar a condição de réu dentro do processo e de forma geral tentam empurrar funções aos outros órgãos, por exemplo, se o município é colocado obrigado a prestar um auxílio, este tenta responsabilizar o estado, se o estado é obrigado a prestar um serviço, este por sua vez tenta colocar como responsável por a situação a União e assim, sucessivamente.

Na definição de Dinamarco (2021), a responsabilidade é primeiramente generalizada, ficando todos os entes responsáveis pela promoção da saúde pública, neste aspecto, da União ao Município, existe o dever de se prestar assistência médico-hospitalar à população e assim, fazer com que este direito que figura como fundamental seja cumprido de forma íntegra.

Com a criação do SUS no ano de 1988, designou-se que há a possibilidade de cooperação entre União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com isso, o que se ambicionava era uma coligação de ações coordenadas responsáveis por fazer com que todos estes entes fossem capazes de promover uma saúde pública de qualidade e assim, prestar um serviço de excelência ao cidadão.

Weichert e Mazzuoli (2019), defende também que segundo o que consta na Lei n. 8.080/90, é de responsabilidade da União, promover a divisão de obrigações e fazer com que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios tenham também participação direta na efetivação deste direito.

Pode-se então perceber que todos os entes ficam encarregados de promover ao cidadão uma saúde pública de qualidade, ficando a esfera estadual, junto a União, com o jugo de promover atendimentos de maior complexidade e possibilidades de atendimento regionalizado para quem possa precisar. Aos municípios, fica a responsabilidade de promover atendimentos de natureza clínica, apoio a gestantes, acompanhamento de pacientes crônicos, como diabéticos e hipertensos, realização e acompanhamento de campanhas de vacinação e acompanhamento de crescimento infantil.

Para Dallari (2021), com esta separação o que ocorre em teoria é uma fragmentação de obrigações e uma considerável diminuição nas obrigações de cada ente. Contudo, no âmbito prático, o que se visualiza é uma oportunidade concreta para que cada órgão aponte uma

dependência em relação aos outros entes responsáveis e assim, não cumpram com sua obrigação. Esta anunciada carência, ou incapacidade, faz com que a procura por recursos judiciais se amplie de modo avassalador e deixe de ser uma exceção para se tornar regra ou pré-requisito para um atendimento médico-hospitalar em uma unidade de saúde pública.

É evidente que a repartição de competências, gera controvérsias e cria debates calorosos sobre a promoção da saúde pública. Entretanto, a repartição de competências, já é um resultado da má administração que pode ser visto a olho nu. Ou seja, a má administração, a desatualização do Sistema Único de Saúde e em muitas vezes o descaso para com a oferta da saúde faz com que as repartições sejam comprometidas.

3.3 OMISSÃO DO ESTADO FACE A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Sendo a saúde um direito fundamental e sendo a prestação deste direito de obrigação do Estado, o que se espera é que este não se omita de forma alguma quanto à oferta deste. Quando se constata esta omissão por parte do Estado, o que se tem é a certeza de que o caos, será instalado e de modo concreto será percebido que a deficiência em sua garantia irá comprometer de modo taxativo o bom andamento da sociedade.

De acordo com o entendimento de Albuquerque (2021), a omissão do Estado, pode ser observada do ponto de vista de que, devido ao fato de o SUS ter a discriminação de todas as patologias que deveram ser atendidas pelo sistema, torna-se plausível a explicação de que, com o surgimento de novas patologias e com a criação de novos tratamentos, é comum que o sistema não tenha disponibilizado a seu alcance, tais recursos.

Neste ponto, o Estado se ancora no fato de que se não consta na lista que da qual o sistema dispõe, então não deve ser atendido. Este problema, mostra a necessidade de atualização do sistema e a precisão que este tem de se manter conectado com as adaptações referente à saúde que existem no mundo.

De acordo com Cesarino Junior (2014), no ano de 2013, a Organização Mundial da Saúde – OMS, divulgou uma atualização sobre novas formas de tratamento para exatamente 30 novas patologias, entre elas, variações de viroses, novos tipos de gripes, doenças como, dengue, ebola, malária, etc., no que se refere aos tratamentos, foram registrados tratamentos alternativos e novas formas de atendimento que humanizam e agilizam a oferta de saúde em todo o mundo.

Sendo assim, assimila-se de forma prática que a não atualização do SUS faz com que a oferta de seus serviços seja reduzida.

Conforme se vê em Albuquerque (2021), consta no texto oficial da CF de 88 que a oferta de saúde é dever do Estado e de forma alguma esta pode ser burlada. Lugar comum dizer que a omissão gera distúrbios na organização, causa prejuízos reais à vida do ser humano e em alguns casos até mesmo a morte.

Neste ponto, torna-se pertinente mostrar que de acordo com uma reportagem do Jornal Nacional que a saúde tem sofrido déficits significativos e que estes cortes têm feito com que várias pessoas sentissem a real ausência de prestação deste direito. Novamente o que se constata é que o descaso com a prestação da saúde é evidente e que isso fomenta de forma coerente a busca por recursos judiciais para o alcance de atendimento na área da saúde.

3.4 A ISONOMIA E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Difícil se torna falar de Isonomia e Judicialização, tendo em vista que os dois termos não são correlatos, isonomia está diretamente ligada à igualdade enquanto à judicialização auxilia a quem recorre a esta, é preciso salientar que a judicialização da saúde não beneficia a todos e uma decisão judicial não respeita uma lista de espera, apenas decide que tal atendimento deve ser feito e pronto.

Dentro do contexto humanitário, a judicialização não faz jus ao que se quer colocar como válido para o sistema de saúde, pois, quem julga uma decisão, acreditando ser esta viável não considera quem continua a esperar em uma fila, ou em um corredor por atendimento médico, por vagas em uma unidade de saúde ou mesmo por uma cirurgia. O contexto da judicialização é desumano justamente por seu caráter prático, por seu providencialismo em atender a quem recorre a ela.

Neste ponto, pode-se dizer de acordo com Mello (2019), que a judicialização da saúde não é o problema em si, e sim a consequência de uma má administração e de descaso contínuo em relação ao cidadão, ou seja, o ato de recorrer à justiça, é relativo à inexistência de recursos que impedem a promoção de uma saúde de qualidade.

Para tratar então de Isonomia, observa-se a opinião de Humenhuk (2017) que diz que, quando aplicado corretamente, o princípio da isonomia tende a atender a todos de forma igualitária, faz com que todos tenham acesso aos mesmos direitos e que tenham a seu alcance formas de exigir que estes sejam cumpridos em sua plenitude. Sendo assim, é preciso dizer que na judicialização da saúde tal ação não é possível, pois como se viu anteriormente a

mesma possui caráter individualista e só privilegia a quem a procura, quando julga viável o requerimento.

Daí a disparidade conceitual e prática existente entre isonomia e judicialização, a judicialização não pode de forma alguma se tornar regra, pois, caso isto aconteça o que teremos será a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais, se a judicialização vira uma regra na busca por uma saúde de qualidade, então o que irá imperar é o total descaso, e repúdio aos princípios que foram aqui apresentados.

Neste passo, é prudente que se especifique que a atuação dos agentes legais que procuram fazer com que o atendimento de saúde seja garantido ao cidadão, não é exatamente errônea, é perceptível que a ação do ente legal se consolida apenas coerente à solicitação que lhe foi feita, e compatível com a sua profissão. A falha, neste caso, provém do Estado que deveria ser o agente responsável por garantir o acesso destes direitos a toda à comunidade.

Com isso, pode-se dizer que a judicialização, fere taxativamente o princípio da isonomia pelo fato de que, nem todos que utilizam o SUS possuem conhecimento ou acesso às vias judiciais, na maioria dos casos não existe nem mesmo a consciência de que é possível recorrer de um não-atendimento e solicitar o cumprimento de seus efetivos de seus direitos, é esta inconsciência que desenha o quadro atual de pessoas tendo prioridade imediata de atendimento enquanto outros esperam semanas, meses e até anos para serem atendidos, é esta a situação antagônica que se quer evitar é exatamente isto que não pode acontecer e para que não aconteça de fato, é imperativo que a igualdade de direito de todos seja mantida e que a busca por um recurso judicial seja algo, esporádico quase inexistente no cenário nacional.

3.5 PRINCÍPIO DO RETROCESSO SOCIAL E PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Para que se trate de modo integral sobre a judicialização da saúde é preciso que se leve em conta primeiramente dois princípios judiciais que fazem referência direta aos direitos do cidadão e a condições sociais de convivência e de sobrevivência minimamente dignas. O primeiro item a ser analisado é o princípio do retrocesso social que nada mais é do que a constante vigilância de órgãos públicos, de agentes sociais e da própria comunidade para que os direitos adquiridos não sejam feridos, ignorados e invalidados.

Dentro da defesa dos direitos fundamentais, encontra-se também a defesa sistemática dos direitos já adquiridos pela comunidade. Neste caso, o retrocesso por meio da invalidação, rejeição e não cumprimento destes direitos é no mínimo inaceitável, tendo em vista que

rejeitar algo já conquistado pela comunidade é promover o retorno a um estado não democrático.

No que se refere à saúde, deve-se considerar que os direitos adquiridos como a oferta de saúde pelo poder público, a declaração de que o acesso à saúde é um direito de todos e já consta na Constituição Federal e na Declaração de Direitos Humanos deve ser mantida sistematicamente com um reconhecimento ao comprometimento da comunidade em arcar com seus compromissos que podem ser representados por seus impostos pagos, ainda que de forma involuntária.

Considerando então que a Saúde é um direito básico do cidadão, e que se trata de um direito declarado, é inaceitável que pessoas tenham que recorrer a vias judiciais para que sejam atendidos. Certamente não é objetivo deste trabalho, apontar culpados, afinal, os que atendem as ordenanças judiciais estão simplesmente cumprindo o que lhe é mandado, o que se cita neste caso é a situação caótica a que se chegou e ao colapso da saúde pública que chega a fazer com que o usuário busque apoio judicial para ser atendido.

De acordo com Figueira e Marques (2020) a judicialização da saúde mostra apenas o que já vinha ocorrendo nos últimos anos, ou seja, o descaso pelo Sistema Único de Saúde e por os serviços que este oferece.

Conceitualmente, o Princípio da Reserva do Possível diz respeito a um limite exponencial de recursos na reserva do Estado que serve como apoio à comunidade quando ocorre alguma catástrofe, ou indisponibilidade financeira para a compra de medicamentos ou atendimento médico seja ele de qualquer natureza.

Ao procurar uma referência, apoio e suporte judicial o indivíduo requerente automaticamente faz menção ao princípio da reserva do possível como item de ajuda e recurso necessário a seu auxílio. O problema neste caso é a disponibilidade de recursos do estado para deferir tal ação e as análises dos casos que não recorreram ao sistema judicial para ser atendidos e continuam a esperar na fila por atendimento médico.

Conforme os dizeres de Aguilar (2019) a procura por recursos estaduais por meio de vias judiciais é complexo justamente pelo fato de que a situação do SUS já se encontra caótica, isto constatado resta ver, o numero de pessoas que aguardam por um atendimento por um período que vai de meses chegando a anos de espera. Certamente atalho judicial é um meio de se alcançar mais rápido o atendimento, medicamento ou que quer que seja, mas este deixa de beneficiar os que aguardam na fila a mais tempo.

Novamente se diz que não se apontará culpados aqui, mas há que se constatar que é minimamente indecente para com todos – tanto com quem tem que recorrer à justiça para ser

atendido quanto com os que apenas esperam – não ter a sua disposição um direito que já é seu.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se concluir este trabalho, chega-se ao entendimento de que, a deficiência na oferta da saúde pública, gera a procura por amparo judicial para se ter acesso a atendimento, medicamento, tratamento, internação e qualquer outro serviço que seja oferecido pela rede de saúde pública. Tendo como base este pensamento, o que se entende é que, ao se falar em judicialização da saúde, o que vem a mente primeiramente é a certeza de que a justiça tem que agir, cada vez mais, para que alguns tenham seus direitos garantidos.

Contudo, é necessário que se diga que há também o entendimento – em algumas situações - de que a interferência judicial fere a isonomia de todos e delega a quem recorre a ela um foro privilegiado, fazendo com que suas necessidades sejam atendidas por meio de liminares e de decisões que induzem a administração de unidades de saúde, de Municípios, Estados e a própria União, a servir a quem a justiça manda. Neste caso, é preciso lembrar que a atuação judicial, por meio do amparo legal prestado, apesar de seus empecilhos, possui caráter imparcial.

Sendo assim, qualquer decisão judicial, não tem como meta ferir o direito de terceiro, mas sim, de atender a quem recorre à vias legais para ver seu direito cumprido. Neste ponto, é interessante enfatizar que como foi dito neste trabalho, a judicialização é tão somente a consequência de uma má-administração, somada ao descaso e à desatualização do maior sistema de saúde do país, o Sistema Único de Saúde – SUS.

É preciso reconhecer que a busca constante por auxílio judicial não deveria acontecer, nem tampouco, a justiça deveria ser necessária para auxiliar no cumprimento de um direito fundamental que consta claramente no texto da Constituição Federal. Porém, se solicitado para fazer valer um direito que é assegurado ao cidadão, o advogado, ou qualquer outro agente legal que venha a representar a necessidade do cidadão, não pode se furtar ou se omitir, pelo contrário, deve fazer com que este direito seja cumprido, e a pessoa tenha acesso irrestrito ao mesmo.

Obviamente, entende-se que a judicialização vem acontecendo com uma frequência assustadora e que tal situação não está de acordo com a CF. Entretanto, com o cenário atual que se vê, onde o corte de verbas e o baixo investimento na saúde está cada vez mais presente, é provável, que mais pessoas tenham que recorrer à vias legais para receberem seus

atendimentos médicos, se isso ocorre, os entes legais não podem se omitir a buscar a garantia de direitos fundamentais do cidadão, da mesma forma que o Estado se omite em muitos casos. O que se espera é que a judicialização não se uma via de regra, um caminho necessário por onde o indivíduo tenha que passar para ter seu direito assegurado.

Ao término deste trabalho de conclusão de curso, o que se espera é que os princípios que embasam o rol de direitos fundamentais sejam cumpridos de modo efetivo, sejam levados a sério e que desta forma o cidadão, não tenha que passar por mais nenhum constrangimento ou dificuldade de ter o que saúde de qualidade garantida e que a justiça tenha que se preocupar com ações que aumentem a qualidade de vida de seus cidadãos e não com a busca circular para fazer valer algo que já deveria ser cumprido sem nenhuma dificuldade.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, José Alves de Oliveira. **O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1422, 24 maio 2019.

ALBUQUERQUE, Mário Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2021.

ARNAUD, André Jean, CAPELLER, Wanda. **Cidadania e direito à saúde**. Disponível em www.direitonet.com.br. 2020

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL, **Vade Mecum** (Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto ET all.) 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Constituição. **Constituição federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CASTRO, Marcus Gonçalves. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CESARINO JUNIOR, A. F. **Direito Social Brasileiro**, São Paulo, Ed. Companhia das Letras. 2014.

COELHO E BRANCO, Daniel Roberto. **Reflexos do princípio da isonomia no direito processual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 761, 4 ago. 2018. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7112>>. Acesso em 12 de Agosto de 2022

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 2020,

- DALLARI, Dalmo. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2021.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: Os Fundamentos e as Instituições Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2021
- FIGUEIRA, Antonio Alves; MARQUES, Sílvia Bodim. **O direito à saúde deve ser garantido por políticas públicas e não por decisões judiciais**. 2020.
- GRAUS, Euros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª Ed, 2021.
- GUSMÃO, Pedro Melo. **Instituições de Direito Público e Privado**. São Paulo: Atlas, 2018.
- HUMENHUK, Hesterston. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2017.
- LIBERATO. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MAGALHÃES. Rangel Cândido. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. ed. 6. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.
- MATOS, Bruno Florentino de. **O direito à saúde a luz da Constituição Federal**. Disponível em <http://www.webartigos.com>. 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Ed. 22ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2019.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2019.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2018.
- REALE, Miguel. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo. Saraiva, 2017.
- WEICHERT, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, Coordenação: Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha.
2019