



A SAÚDE COMO DIREITO DE CIDADANIA: UM OLHAR SOBRE SUA JUDICILIAÇÃO

HEALTH AS A CITIZENS 'RIGHT: A LOOK AT THEIR JUDICILIAZATION

Hugo De Pellegrin Coan¹

Pedro Antônio Crocetta²

RESUMO

O presente trabalho objetivou abordar o direito à saúde dentro de uma conjuntura histórica e sua constitucionalização no direito pátrio em 1988. Em outra medida, o texto constitucional brasileiro também conta com uma gama variada de promessas e objetivos para o poder público cumprir, além de princípios cuja interpretação pode ser distorcida, levando a um agigantamento do Poder Judiciário frente a outros poderes. A conjugação dessas duas realidades ocasionou o fenômeno da judicialização da saúde que merece especial atenção, sobretudo em um viés democrático e de separação de poderes, servindo o presente trabalho como contribuição salutar para esse debate.

Palavras-chave: Saúde. Constituição. Judicialização. Separação de Poderes. Democracia

ABSTRACT

The present work aimed to address the direct to health within a historical conjuncture and its constitutionalisation in the country's law in 1988. In another measure, the Brazilian constitutional text also counts on a varied range of promises and objectives for the public power to fulfill, besides principles whose interpretation can be distorted, leading to an enlargement of the Judiciary in front of other powers. The combination of these two realities led to the phenomenon of health judicialization that deserves special attention, especially in a democratic bias and separation of powers, and this work serves as a salutary contribution to this debate.

Keywords: Health. Constitution. Judiciary. Separation of Powers. Democracy

INTRODUÇÃO

A construção política moderna de Estado é cercada por diversas teorias sobre sua natureza, melhor modelo de organização, sistema político e suas finalidades, as quais

¹ Mestrando em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Especialista em Direito Público pela Unisul. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pelo INESP. E-mail: hugocoan@hotmail.com

² Mestrando em Direito e Mestre em Desenvolvimento Socioeconômico pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Especialista em Direito Processual Civil e Direito Notarial e Registral pela UNIDERP. E-mail: pedrocrocetta@hotmail.com



Cristóvam e Cipriani ainda aduzem que essa hipertrofia do Judiciário advém do fato de que as respostas apresentadas pelo Legislativo, padecendo de crise de representatividade, são tardias e que o Executivo mostra-se ineficiente para a prestação dos direitos sociais consagrados na Constituição (2017, p. 08).

Diante desse quadro, muitos brasileiros se socorrem do Poder Judiciário para ver seu direito à saúde adequadamente prestado, resultando, por consequência, em uma multiplicidade de ações judiciais. O resultado é o protagonismo judicial na concretude dos direitos fundamentais, gerando o fenômeno da Judicialização da Saúde que será objetivo desse trabalho.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

3.1 Judicialização, juridicização, ativismo, juricidização ou juristocracia

Um tema recorrente nos dias atuais tem sido o protagonismo do Poder Judiciário na vida dos cidadãos, algo palpável nos dias atuais e que de tão latente pode ser observado mesmo pelos leigos em teoria política ou conflitos institucionais.

Dentro desse campo de estudo, o fenômeno que se dará destaque é a judicialização da saúde, mas diversos são os termos que surgem a respeito do agigantamento do Poder Judiciário, como a juristocracia, o ativismo judicial e a juridicização.

Enzo Bello, Gilberto Bercovici e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima em recente artigo intitulado "*O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?*" tratam do tema juristocracia nos seguintes termos:

A noção de juristocracia percebe e procura explicar a centralidade do poder judiciário na cena política, como o que se deu nos últimos trinta anos após a Constituição de 1988, de forma crescente. Uma das primeiras perguntas que salta aos olhos é, precisamente, como se alcançou esta situação, que nem de longe representa particularidade brasileira (2018, p. 14).

A questão da juristocracia é menos trabalhada na doutrina e na jurisprudência, provavelmente pela questão pejorativa que a envolve, pois demonstra uma politização da justiça, razão pela qual é menos conhecida que a judicialização, porém mesmo assim se faz necessária sua menção no corpo desse artigo.

Bello, Bercovici e Barreto Lima aduzem que a juristocracia pode se fazer presente com fulcro na mutação constitucional instituto jurídico em que o Poder Judiciário dá nova interpretação a uma disposição constitucional com base na mudança dos tempos, os autores



analítica. E por último, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. De modo que, praticamente qualquer questão relevante pode ser levada para o Judiciário decidir.

A suplantação da teoria clássica de tripartição de poderes, mesmo que parcialmente, é assunto que interessa ao funcionamento das instituições e ao próprio sentido de Democracia, na medida em que poderes técnicos (como o Judiciário ou o Ministério Público, embora este não seja um poder em sentido estrito) se destacam em temas antes reservado aos poderes políticos (executivo e legislativo), sem que tenha sido outorgado mandato eletivo por meio do sufrágio do povo.

Entretanto, existe uma questão no aspecto democrático a se levar em consideração, pois como Cristóvam e Cipriani explicam a Constituição disciplina algumas diretrizes para o exercício do direito à saúde, contudo, não especificou como o mesmo se daria, não tratou quais políticas públicas deveria o administrador implementar ou se haveria necessidade da compra de medicamentos aos hipossuficientes, tratando-se, portanto, de matéria discricionária (2017, p. 13).

Assim, é de se ter cuidado com a invasão pelo Judiciário dos espaços da administração pública, sob pena de perversão da Democracia brasileira cuja qualidade sofre cada vez mais contestação.

Enzo Bello, Bercovici e Barreto Lima analisam que o pensamento dominante nos tribunais e práticas brasileiras é fruto da “teoria brasileira da efetividade”, cuja raiz teórica, em grande parte, remonta ao italiano Vezio Crisafulli com base na Constituição Italiana de 1947, mas que ganhou notoriedade no Brasil por sua influência na obra de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade normas constitucionais em 1968, entendendo a existência de normas constitucionais com eficácia contida ou limitada. Referia teoria teria sustentáculo em duas premissas básicas: I) a existência de uma frustração com a não realização das promessas constitucionais e que os atores jurídicos como Ministério Público, Tribunais, Defensorias e Procuradorias seriam os responsáveis por cumpri-las; II) o entendimento de que a jurisdição constitucional, ante a letargia do Legislativo e do Executivo, funcionaria como um espaço de construção e inovação dos Direitos Fundamentais, inclusive com o controle judicial de políticas públicas (2018, p. 06-07).

A mesma linha argumentativa manifestada pelos autores supramencionados é compartilhada por Cristóvam e Cipriani:



Com efeito, resta indubioso que a desarmonia entre o texto constitucional e as condições socioeconômicas vivenciadas pela maioria da população também favorece intensamente o voluntarismo judicial, que pretende buscar fazer valer o dever-ser constitucional. Não são necessários estudos aprofundados para constatar que há uma enorme discrepância entre as “promessas” da Constituição e a realidade orçamentária do país, não somente no que toca à saúde, mas também ao lazer, educação, segurança etc. (2017, p. 11).

Conclui-se, assim, com base na doutrina especializada que a falta de concretude das normas constitucionais no mundo fatos é uma das razões pela qual o Poder Judiciário tem passado por um processo de hipertrofia.

Conjuntamente com a judicialização da política e das relações sociais surge o ativismo judicial, expressões não sinônimas, embora haja grande confusão por parte dos operadores do Direito.

A origem dos processos é similar, porque conforme explica Barroso (2012, p. 25/26) o ativismo judicial que trata de uma atitude do Judiciário de interpretar a Constituição e agir de um modo proativo. O ativismo judicial é realizado para a tentativa de satisfazer demandas que não foram satisfeitas pelo Legislativo ou pelo Executivo, conforme Cristóvam e Cipriani asseveram:

No afã de implementar direitos sociais básicos, esquecemos que todo modelo (mais débil ou mais duro) de ativismo tende a flertar com a ofensa ao primado da igualdade. Ao prestar jurisdição individualizada em matéria de políticas públicas de saúde, que devem mirar a universalização, desconsideramos aquele enorme contingente de cidadãos que sequer conhece seus direitos e muito menos sabe dos meios para acessar ao Judiciário (2017, p. 16).

Enzo Bello, Bercovici e Barreto Lima traduzem a conceituação do ativismo judicial em oposição à contenção judicial, sendo o primeiro derivado do constitucionalismo norte-americano caracterizado pela exasperação do julgador e o segundo pelo respeito às instâncias democráticas (2018, p. 11).

Tanto para o ativismo como para a judicialização, são apontadas três objeções: riscos para a legitimidade democrática; politização indevida da justiça; e nos limites da capacidade institucional do Judiciário (BARROSO, 2012, p. 27 - 30).

Cristóvam e Cipriani explicam que o ativismo judicial serve como paliativo individual, passando longe de resolver o problema da coletividade, transformando o judiciário em uma espécie de serviço de atendimento ao consumidor quando o remédio não está disponível na rede do SUS ou faltam vagas em creches. Esse tipo de pleito pode ensejar que o Poder Judiciário promova uma espécie de cidadania ficta (mais cliente do que cidadão), na



de resposta judicial? Deveriam haver limites quantitativos para tais prestações judiciais? (2017, p. 17)

Em outra toada, Martini e Chaves tratam da segurança jurídica com base na confiança que pode ser entendida como a repetição da experiência a casos semelhantes e especificamente acerca da jurisprudência dos casos ligados à saúde:

No caso do julgamento dos temas ligados ao direito à saúde, toda certeza externa advinda do perigo criado pelo sistema da política é substituída pela certeza interna do sistema do direito em relação a uma possível decisão que repetirá outra decisão já tomada anteriormente. Toda complexidade externa, todo ruído é substituído pela certeza interna criada pelo próprio sistema. Essa certeza interna de que a confiança tem o condão de gerar no sistema ajuda à racionalidade deste, uma vez que ajuda a autopoiese do sistema do direito, no caso. A troca da certeza externa pela certeza interna por meio da confiança é a maneira como o sistema absorve o ruído, as irritações do entorno, processando-as por meio do código binário (2018).

Ora, se a confiança do cidadão é caracterizada pela generalização das experiências, é deduzível que o melhor caminho para o aprimoramento da judicialização da saúde passa pelos julgamentos de casos dentro da sistemática da repercussão geral, dos recursos repetitivos e dos incidentes de repercussão de demandas repetitivas.

Martini e Chaves explicam que o Supremo Tribunal Federal possui papel importante dentro do conceito de efetivação do direito à saúde, pois suas decisões reverberam em dois sistemas jurídicos simultaneamente, o do mundo do Direito sendo seguido por tribunais inferiores, defensoria e Ministério Público e para o mundo da política onde será considerada uma decisão coletivamente vinculante (2018).

Ademais, a força dos precedentes encontra guarita no novo Código de Processo Civil de 2015, vide arts. 489 e 927, além do dever dos tribunais em manter sua jurisprudência íntegra, estável e segura, conforme dispõe o art. 926 do mesmo diploma legal (BRASIL, 2019).

Dessa forma, conjugando a necessidade de segurança jurídica com as novas disposições da lei processual, os precedentes que vinculam os juízes de primeiro grau são de essencial importância.

Nesse sentido, válido mencionar precedente do Superior Tribunal de Justiça, dentro da sistemática dos recursos repetitivos, com critérios objetivos para a concessão de medicamentos não incorporados à tabela do Sistema Único de Saúde, a saber:

TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade



ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015. (REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018)

Do referido acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça se extrai uma preocupação em criar critérios objetivos para a concessão de medicamentos não padronizados pelo Sistema Único de Saúde, havendo a necessidade de comprovação médica, inexistência de recursos financeiros e registro nos órgãos competentes.

A existência de restrições para remédios fora do Sistema Único de Saúde privilegia a construção de políticas públicas, pois é dentro do SUS que o Poder Executivo direciona suas principais ações dentro do contexto da saúde pública, assim a listagem de medicamentos fornecida gratuitamente deve focar naqueles que afetam o maior número de pessoas, criando regramento específico para outros medicamentos.

De outro norte, a necessidade de registro na Anvisa é devido ao princípio da cautela, pois os medicamentos não testados podem causar danos desconhecidos pela medicina, esse entendimento também é partilhado pelo Supremo Tribunal Federal que no bojo da ADI n. 5501, suspendeu cautelarmente a Lei Ordinária Federal nº 13.269, que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer” para pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, cujo acórdão restou assim ementado:

SAÚDE – MEDICAMENTO – AUSÊNCIA DE REGISTRO. Surge relevante pedido no sentido de suspender a eficácia de lei que autoriza o fornecimento de certa substância sem o registro no órgão competente, correndo o risco, ante a preservação da saúde, os cidadãos em geral. (ADI 5501 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

Parece acertado o raciocínio jurídico do Supremo Tribunal Federal em não autorizar o uso em massa de medicamentos não testados pelos órgãos incumbidos de tal tarefa, mas também é razoável que pacientes terminais tenham acesso a tratamentos experimentais que muita das vezes podem ser a última opção, o que deve ser analisado caso a caso pelo Poder Judiciário.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina também se valeu do Incidente de Demanda de Recursos Repetitivos para criar precedente a fim de racionalizar sua jurisprudência, sendo assim ementado:



O presente artigo inicia expondo o direito à saúde no Brasil, com uma rápida explanação de sua construção histórica. Destacando três épocas na história do Brasil, a primeira do Brasil Império até a República Velha, a segunda da década de 30 até a década de 80, e por último da década de 80 em diante.

Nesses período, o direito a saúde no Brasil passou de um favor estatal, estritamente relacionado ao assistencialismo e ao direito do trabalho, para um direito fundamental e universal, sendo dever do Estado concretizar o acesso para todos os cidadãos.

A evolução do direito à saúde não foi algo isolado no ordenamento brasileiro, de acordo com os acontecimentos históricos e políticos, as tomadas de decisões eram tomadas pelo entendimento de quem estava sob o poder. E ainda, essa evolução perfaz um caminho semelhante aos demais países a qual somos influenciados.

De maneira que após um período de regime militar, a Constituição de 1988 veio com uma proposta de assegurar direitos e garantias para os cidadãos. Entre eles, o direito à saúde que passa a ser um direito fundamental e universal da pessoa humana.

Ocorre que, no Brasil a positivação de um direito na legislação não significa que o Estado através do seu Poder Executivo realizará de maneira efetiva para toda a população. Fazendo com que, quando o cidadão necessitar do direito à saúde e ser a ele negado, irá recorrer ao Poder Judiciário para que tome a medida necessária conforme assegurado na Constituição. Tal fenômeno deixa ao Judiciário a responsabilidade de analisar cada caso e decidir se o cidadão deve receber o que solicita.

O Judiciário assume assim a figura de protagonista no direito à saúde no Brasil. Anteriormente a esse período, o direito da saúde evoluía de acordo com a legislação, e agora com a judicialização da saúde, esse direito se constrói por meio da jurisprudência.

Esses fenômenos possuem consequências institucionais na organização de um Estado. Com um Estado organizado em seus três poderes (executivo, legislativo e judiciário)

O Poder Judiciário tem sido cada vez mais o local de tomada de decisões em assuntos delicados, assim como o fenômeno da judiciliação surgem outros derivados como juridicização, ativismo, juridicização ou juristocracia. A falta de efetividade dos direitos no Brasil, são levadas para os tribunais para serem supridas.

Esses fenômenos possuem consequências institucionais na organização de um Estado, como na separação dos poderes. Com um Estado organizado em seus três poderes (executivo, legislativo e judiciário), o Executivo e Legislativo não enfrentam matérias antipopulares e deixam ao Judiciário à solução de questões importantes.



A interpretação da Constituição é tarefa do Supremo Tribunal Federal, órgão da cúpula do Judiciário formado por onze ministros, para fundamentar as decisões que são requisitadas essa interpretação pode ser levada a qualquer contexto no entendimento do julgador e, ainda de difícil controle dos outros poderes. Limites as interpretações dos ministros do STF vem sendo discutida, pois a interferência do Judiciário nos outros poderes é direta. As decisões do STF complementam normas jurídicas e modificam políticas públicas.

Apesar de haver críticas ao agigantamento do Judiciário, tal fato possibilita que medidas sejam tomadas de modo mais rápido. Uma atitude que não pode ficar esperando a vontade do Estado, é o direito à saúde. Com repetidos pedidos de intervenção no direito à saúde, tem se construído jurisprudências envolvendo o tema com a finalidade de garantir a segurança jurídica e a isonomia nas decisões.

Com a infinidade de demanda, a jurisprudência começa a ser montada, não pensando somente no direito positivo, mas também nos aspectos administrativos do Estado relativo ao Poder Executivo. Como no caso da concessão de medicamentos não incorporados à tabela do Sistema Único de Saúde, na qual o Superior Tribunal de Justiça exigiu critérios para a concessão do benefício.

Na atual situação, o Judiciário terá a tarefa de dizer o direito mas deverá tomar decisões que possam ser viabilizadas pelo Estado. De nada adianta, tomar medidas sem planejar as consequências que isso pode levar aos outros cidadãos. Apesar de interferir nas políticas públicas, o Judiciário deve tomar medidas de acordo com a realidade social do país.

Planejamento entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para um mesmo objetivo é de raro alcance no Brasil, mas não obstante as medidas do Judiciário devem compreender a situação econômica e política enfrentada pelos outros poderes.

Para garantir o direito à saúde como previsto na Constituição Federal de 1988, como um direito do cidadão, fundamental, universal, e relacionado a outros direitos positivados, cumpre ao Judiciário formar a sua jurisprudência analisando os aspectos gerais do sistema de saúde no Brasil, e não fazer uma simples leitura da norma jurídica.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização?** As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis* [online]. 2010, vol.20, n.1, pp.33-55. ISSN 0103-7331. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n 1, 2012, p. 23-32.

