

## A judicialização das políticas públicas de saúde

**GUSTAVO SILVEIRA BORGES\***

**ANNA FREITAS FONSECA\*\***

### Resumo

O direito à saúde é consagrado em nossa Carta Magna como um direito fundamental social. O objetivo do presente artigo é o de estudar o fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde. Dessa forma, a efetivação do que é previsto na Constituição deve ser levado como prioridade pela Administração Pública, carecendo de políticas públicas de saúde que realmente sejam organizadas e eficazes. Assim, verifica-se, em nosso país, o aumento da judicialização do direito à saúde, mostrando-se o Poder Judiciário legítimo ao garantir o que está previsto constitucionalmente, analisando cada caso com suas peculiaridades.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Judicialização; Políticas públicas; Saúde.

### Abstract

The right to health is enshrined in our constitution as a fundamental social right. the aim of this article is to study the phenomenon of judicialization of public health policies. thus, the realization of which is foreseen in the constitution should be taken as a priority by the public administration, lacking public health policies that are actually organized and effective. so there is, in our country, the increase of the justiciability of the right to health, being the legitimate judiciary to ensure that provided for constitutionally by analyzing each case with its peculiarities.

**Key words:** Fundamental rights; Judicialization; Public policy; Health.



\* **GUSTAVO SILVEIRA BORGES** é Pós-Doutor em Direito na UNISINOS. Doutor em Direito pela UFRGS. Professor da Faculdade de Direito da UNESC. E-mail: [gustavoborges@hotmail.com](mailto:gustavoborges@hotmail.com)



\*\* **ANNA FREITAS FONSECA** é Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. E-mail: [annafonseca.advocacia@hotmail.com](mailto:annafonseca.advocacia@hotmail.com)

## Introdução

A Constituição Federal de 1988 consagrou especial relevância ao direito à saúde, em seu artigo 6º. Assim, para que este direito fundamental seja protegido, a elaboração de políticas públicas através da Administração Pública torna-se essencial. Mas, apesar destas políticas terem sido implementadas em nosso país, ainda há a exclusão de uma grande parcela da população ao acesso dos serviços de saúde, se tornando frequente a estes buscarem a intervenção do judiciário.

Dessa forma, através do ajuizamento de ações, com o objetivo de requerer procedimentos cirúrgicos, fornecimentos de medicamentos ou outro tipo de serviço relacionado ao cumprimento deste direito fundamental, o povo encontra uma via de acesso à saúde.

A problemática deste artigo funda-se em ilustrar como o direito à saúde vem sendo exercido e, conseqüentemente, como ocorre o acesso à justiça frente a não atuação da Administração Pública. O método adotado para desenvolvimento desta pesquisa pautou-se pela revisão bibliográfica, com estudos jurisprudenciais, com predominância do método indutivo.

Neste sentido, primeiramente apresentam-se as diretrizes do direito à saúde no Brasil, em especial o direito à saúde como direito fundamental, para, ao depois, tratar da questão da doutrina da efetividade e o fenômeno da judicialização.

### 1. O direito à saúde no Brasil

A saúde é um tema bastante complexo, que envolve os aspectos da promoção, proteção e recuperação. O conceito atual de saúde é fruto da evolução da sociedade como um todo, em especial do desenvolvimento da ciência e da tecnologia, fato que gerou importantes

transformações no conteúdo do conceito jurídico de saúde. (CARLI, 2006).

Historicamente, a definição de saúde era dividida em dois grupos: de um lado, era entendida pelos que viviam em situações precárias como sendo diretamente ligada às condições de vida, do meio ambiente, do trabalho, da alimentação e de outro lado, havia uma nova corrente, que via na saúde a ausência de doenças. Assim, com a criação da Organização Mundial da Saúde - OMS, através da ONU, complexificou-se o conceito de saúde, passando a abranger além do aspecto da ausência de doenças, que envolve a questão da prevenção e da cura, a promoção do bem-estar. (CARLI, 2006)

O Conselho Nacional de Saúde ao emitir o relatório da 12ª Conferência Nacional de Saúde, que ocorreu no ano de 2013, assim definiu:

O conceito ampliado de saúde elaborado na 8ª Conferência Nacional de Saúde define que “saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde”. Essa definição envolve reconhecer o ser humano como ser integral e a saúde como qualidade de vida. O conceito de cidadania que a Constituição assegura deve ser traduzido nas condições de vida e da participação social da população. Essas condições que são historicamente determinadas devem, por sua vez, considerar as desigualdades, diversidade étnico-racial e cultural presentes na sociedade brasileira. Entretanto, no Brasil é histórica e estrutural a divergência entre o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento humano e social. (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2013, p. 25)

Desta forma, será analisado como o direito à saúde é previsto constitucionalmente e qual a participação dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) na efetivação deste direito.

### 1.1. O direito à saúde como direito fundamental

O direito à saúde como direito fundamental baseia-se historicamente no constitucionalismo contemporâneo. As primeiras constituições modernas exigiam uma postura negativa do Estado, ou seja, tinham como base um modelo liberal que visava o mínimo de intervenção Estatal nas relações privadas, acreditando que a lei supria a necessidade de regulamentar as relações, sendo aplicada de maneira igualitária, não distinguindo ninguém perante a norma. (ASENSI, 2012)

No início do século XX, a sociedade transformava-se e em meio à luta por direitos trabalhistas, o indivíduo clamava pelo reconhecimento das desigualdades sociais, o que culminou na inclusão dos direitos sociais aos direitos fundamentais, exigindo-se assim a atuação positiva por parte do Estado para que, através de políticas públicas, preste a efetivação desses direitos. Deste modo Sarlet (2007, p.97) leciona que:

Acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regrados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917 e com particular relevo, na Constituição alemã de 1919. (SARLET, 2007, p. 97)

A Constituição Federal de 1988, prevê expressamente no Título II, os direitos e

garantias fundamentais, subdividindo-se em cinco capítulos: Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Capítulo II - Dos Direitos Sociais; Capítulo III - Da Nacionalidade; Capítulo IV - Dos Direitos Políticos e Capítulo V - Dos Partidos Políticos.

As normas de direito fundamental se classificam através da ordem histórica em que foram reconhecidas, podendo ser de primeira geração, segunda, terceira ou quarta. Os direitos sociais, que estão descritos no artigo 6º da Constituição Federal, “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” são classificados como direitos fundamentais de segunda geração.

Os direitos sociais previstos constitucionalmente no Brasil a partir de 1988 foram um marco histórico no que tange à saúde, pois foram elevados à um direito fundamental. Assim, tanto as normas que regulam o direito à saúde como quaisquer direitos fundamentais estão incluídas no rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, §4º da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder constituinte derivado (SARLET, 2007).

O direito à saúde deve ser prestado pelo Estado, de forma que garanta a todos as pessoas a sua concretização, sem nenhuma desigualdade, dando a característica de universalização a este preceito. Assim, está positivado no Título VIII da Constituição Federal, notadamente em seu capítulo II que trata sobre a Seguridade Social, o direito à saúde, mais precisamente nos artigos 196 e seguintes:

Direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução

do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, o artigo 196 da CF/88, ao tratar do direito à saúde como dever do Estado, assegura que será garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Já o artigo 198 da Carta Magna prevê:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

O referido artigo dá surgimento ao Sistema Único de Saúde (SUS), que “reforça a política de saúde brasileira como um direito de todos de forma indistinta, e possui não somente regras formais de organização, mas também princípios que orientam o seu desenvolvimento” (ASENSI, 2011, p. 4-5). Deste modo, a Lei 8080/1990, que regulamenta as ações e serviços de saúde, em seu art. 7º dispõe que além dos princípios elencados no art. 198 da CF<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

De acordo com o Ministério da Saúde (2000), os princípios que dão base ao SUS são a universalidade, a equidade e a integralidade nos serviços e ações de saúde. Já os princípios organizacionais são a descentralização, a regionalização e a hierarquização da rede e a participação popular.

Em seu artigo 199, a Constituição Federal preconiza que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, o que já havia sido esclarecido no artigo 197, ao tratar que a execução da saúde pode ser “feita diretamente ou através de

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

O artigo 200 do aludido diploma preceitua em seus parágrafos as atribuições do Sistema Único de Saúde, que representa um importante referencial para se aferir sobre o conteúdo e o alcance do conceito jurídico de saúde. Segundo esse preceito constitucional, são atribuições do Sistema Único de Saúde, dentre outras:

controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988).

A saúde no Brasil será exercida de forma universal e gratuita ao povo, garantindo assim o acesso de todos a este direito, através do Sistema Único de Saúde. Todavia, nada impede que se tenha assistência à saúde pela iniciativa privada, podendo esta ser prestada de maneira complementar, mediante convênio ou contrato de direito público com o SUS ou através de contratação

direta pelos interessados com o plano de saúde. (FIGUEIREDO; SARLET, 2012). Para estes autores citando Raeffray, o direito fundamental à saúde é importante frente à Constituição de 1988 para:

a) conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo a saúde compreendida como estado de completo bem-estar físico, mental, social; b) o alargamento do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger os aspectos protetivo e promocional da tutela devida; c) a institucionalização de um sistema único, simultaneamente marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; d) a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, alargando o acesso até então assegurado somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários; e) a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde; f) a submissão do setor privado às normas do sistema público de saúde. (FIGUEIREDO; SARLET, 2012, p. 28)

A Constituição Federal incorporou o conceito de saúde formado pela OMS - Organização Mundial de Saúde como um bem-estar físico, mental e social, não sendo apenas a falta de doenças, mas também um cuidado para que houvesse um equilíbrio entre o bem-estar do homem e sua relação com o meio ambiente e a sociedade. Assim, conforme elucidamos anteriormente, a inclusão dos direitos sociais aos direitos fundamentais ocorreu no século XX, quando apenas os trabalhadores tinham a saúde assegurada, ou seja, parte da população que tinha seu trabalho

regularizado frente à Previdência Social, deixando de fora os trabalhadores informais, por exemplo. Na luta pela igualdade, ganhou-se um direito à saúde universal e de amplo acesso para todos.

Deste modo, tem-se que a Constituição Federal de 1988 gerou um grande passo em relação ao direito social da saúde, quando o consagrou como direito fundamental, positivando normas e princípios para sua concretização. Quanto a efetivação deste direito e intervenção judiciária para sua concretização, este será tratado no próximo tópico.

### 1.2 A doutrina da efetividade e o fenômeno da judicialização

O artigo 5º, §1º da Constituição Federal prevê expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL,1988). Assim, conforme explica Alessandra Gotti (2012, p. 65) “o princípio plasmado no referido artigo não abrange tão somente os direitos anunciados nos incisos do art. 5º, mas também os direitos sociais, de nacionalidade e políticos”.

Pode ser aplicado integralmente, aos direitos fundamentais, o princípio da aplicabilidade imediata, visto que o art. 5º, §1º, é claro em garantir não apenas aos direitos e deveres individuais e coletivos, mas a todas as normas que regulam direitos fundamentais. Nesse sentido, elucida Sarlet (2007, p. 282):

Que este preceito se aplica tão-somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas constitucionais, como aparentemente quer fazer crer parte da doutrina, constitui, por si só, conclusão que assume relevância não meramente secundária. Em hipótese alguma o significado do art. 5º, §1º, da CF poderá ser reduzido ao que se atribui ao

princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais. (SARLET, 2007, p. 282)

Todas as normas constitucionais possuem um mínimo grau de eficácia, mas sendo positivada no artigo supracitado, a eficácia dos direitos fundamentais foi privilegiada quanto à sua aplicabilidade. Assim, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível (SARLET, 2007).

Isto não permite dizer que todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal terão esta aplicação imediata absoluta, mas significa dizer que “eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada” (SARLET, 2007, p. 285).

No que tange ao direito fundamental à saúde, Figueiredo e Sarlet (2012 p. 36) fundamentam que há um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e direito a prestações:

Como direito de defesa (ou direito negativo), o direito à saúde visa à salvaguarda da saúde individual e da saúde pública contra ingerências indevidas, por parte do Estado ou de sujeitos privados, individual e coletivamente considerados. Na condição de direito a prestações (direito positivo), e especificamente como direito a prestações em sentido amplo, o direito à saúde impõe deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental [...] Por sua vez,

como direito a prestações em sentido estrito, o direito à saúde abarca as mais variadas pretensões ao fornecimento de prestações materiais [...]. (FIGUEIREDO; SARLET, 2012 p. 36)

Assim, exige-se que o ente estatal ao tratar dos direitos sociais, foque na efetivação desses direitos, baseando-se na aplicação correta de recursos a partir de políticas públicas. Leciona Alessandra Gotti (2012, p.83) que para “a realização de ações coordenadas para a implementação, no mínimo, do núcleo essencial de cada direito social é imprescindível que seja alocado o máximo dos recursos disponíveis para tanto”.

Com relação à saúde como direito negativo, o Estado não está obrigado a prestar nenhum tipo de serviço, como por exemplo, tratamentos ou fornecimento de medicamentos. Apenas deve zelar pela saúde do cidadão, não interferindo na sua saúde, o que quer dizer também em seu bem-estar físico e moral, pois para preservar a saúde de todos é necessário que ninguém impeça outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. (DALLARI, 2012)

Já a saúde como um direito positivo, ou seja, como uma dimensão prestacional por parte do Estado, está diretamente vinculado à “um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e implementação” (SARLET, 2007, p. 302).

Figueiredo e Sarlet (2012) notam que não há tantos problemas passíveis de discussão no que tange a eficácia e efetividade das obrigações negativas e também das obrigações protetivas, sendo estas de cunho originário, possuindo aplicabilidade imediata. Já as referidas obrigações positivas em sentido amplo,

quando diz respeito a organização e procedimentos que tratam de assuntos como formas de acesso ao sistema, distribuição dos recursos financeiros, dependem de regulações, o que se pode chamar de direito derivado, pois sua eficácia se dá através da implementação de políticas públicas.

No que diz respeito às prestações positivas em sentido estrito, que compreendem ações materiais, como fornecimento de medicamentos, realização de exames, consultas e internações, a sua eficácia sofre grandes debates. Sobre nosso enfoque, importante ressaltar duas problemáticas, a primeira funda-se na limitação dos recursos a serem implementados para realização do direito fundamental em questão. Assim, Alessandra Gotti (2012), citando Ana Paula de Barcellos elucida que:

A expressão “reserva do possível”, segundo observa Ana Paula de Barcellos, descreve o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da infinidade de necessidades a serem por eles supridas. Nesse fenômeno convivem duas situações distintas: a reserva do possível fática, que corresponde à inexistência fática de recursos (a exaustão orçamentária), e a reserva do possível jurídica, que descreve a ausência de autorização orçamentária para uma despesa em particular. (GOTTI, 2012, p. 92)

Cabe trazer à discussão sobre as ideias do autor Canguilhem sobre o conceito de saúde, aludem Rodrigues e Peixoto Júnior, que o ato de subjetivar as normas sociais e inventar normas próprias de vida é um dos caminhos que indicam na direção dos estados de saúde (2014, p.306).

Limitações de cunho orçamentário, mas também quanto aos recursos da saúde (aparelhamento, médicos, leitos). A

reserva do possível jurídica, por outro lado, baseia-se em dois argumentos distintos, de um lado a interpretação de que seria inviável haver o controle judicial das políticas públicas e a realocação dos recursos públicos através de decisões judiciais, de outro lado, fundamenta-se a garantia prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, positiva a legitimidade do judiciário garantir o direito em tela, quando o Estado não estiver cumprindo o que está disposto constitucionalmente. (FIGUEIREDO; SARLET, 2012).

A segunda problemática, traz-nos Asensi (2012) ao questionar a norma de eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional como sendo subjetiva, vez que o art. 196 dá um caráter programático à sua redação. Certo que, por maior parte da doutrina e da jurisprudência, assegura-se ao direito à saúde a característica de um direito autoaplicável diante do Estado, caracterizando assim a exigibilidade frente ao judiciário, fazendo com que o julgador torne efetivo o conteúdo presente na norma, “seja nas hipóteses de iminente risco para a vida humana, seja naquelas em que a prestação possa ser reconduzida à noção de mínimo existencial” (FIGUEIREDO; SARLET, 2012, p. 60). Asensi (2012) ainda ilustra que o artigo 196 da Carta Magna é claro em estabelecer um direito-dever por parte do Estado com relação à saúde. Deste modo, imperioso que os usuários do SUS conscientizem-se da saúde enquanto direito-dever, pois:

(...) tão importante quanto os instrumentos jurídico-institucionais associados à saúde é a superação da cultura política passiva de muitos cidadãos, o que enseja desafios na concepção do que consiste o direito

à saúde e quais os limites e as estratégias para sua efetivação por parte dos seus titulares. (ASENSI, 2012, p. 4)

Assim, o cidadão não mais é sujeito passivo desta relação, ou seja, pode-se exigir do Estado a prestação do direito à saúde, primeiramente, através de políticas públicas e orçamentárias. Porém, pela falta de efetividade das normas fundamentais constitucionalmente previstas, o que ocorre faticamente é a crescente procura ao judiciário pela prestação do direito à saúde.

A Carta Magna assegura que o direito à saúde irá ser oferecido a todos, mediante políticas sociais e econômicas, para que concretizem o que está descrito na norma. A realidade do país é inversa, sendo cada vez mais comum a procura por medicamentos que não são disponibilizados por não estarem incluídos em listas específicas do Sistema Único de Saúde, leitos em UTIs que estão em falta, tratamentos de alta complexidade que não são fornecidos e diversos outros produtos de saúde que sofrem defasagem em sua prestação, fazendo com que o Judiciário seja a última solução destes conflitos, pois este garante às pessoas, que levam à sua apreciação o direito fundamental em tela, que não está sendo assegurado pelo Estado.

Por outro lado, importante frisar que a Constituição é ampla ao definir os conceitos de universalidade e integralidade da assistência, problemática trazida por Sarlet (2007) quando contesta qual o limite da prestação reclamada do particular perante o Estado. Assim, não fora definido em normas infraconstitucionais se o dever do Estado seria atender a todos indistintamente ou poderia limitar os usuários.

Diante de tais divergências, surge no Brasil o que se chama de fenômeno da judicialização, que tem como escopo de assegurar ao indivíduo o que não está sendo prestado materialmente pelos poderes públicos, fazendo com que o Poder Judiciário assegure os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Dessa forma, temos de um lado o Estado, que possui limites orçamentários, afinal, tanto o direito fundamental da saúde quanto todos os outros direitos fundamentais devem ser efetivamente cumpridos perante a sociedade, enquanto que de outro lado há o cidadão em busca de um dos direitos fundamentais mais importantes: o direito à saúde, que engloba o direito à vida, à dignidade da pessoa humana. Assim, iremos abordar sobre os aspectos positivos e negativos deste fenômeno.

### Considerações finais

O presente trabalho teve como finalidade analisar de que forma o direito à saúde, previsto constitucionalmente como um direito fundamental, é assegurado à população, partindo da premissa de que, com a falta de efetividade de ações pela Administração Pública, este direito é levado à apreciação do Poder Judiciário, analisando, dessa forma, qual o embasamento das decisões dos magistrados.

Tratamos da saúde no Brasil, analisando como este direito fora, historicamente, sendo definido e também de que forma fora inserido como um direito fundamental através da elaboração das Constituições em nosso país. Através da análise dos dispositivos constitucionais, observamos que o direito à saúde é dever do Estado, devendo ser prestado a todas as pessoas, tendo como características a universalidade e a gratuidade, sendo este acesso formalizado através do Sistema

Único de Saúde – SUS, tendo como escopo a tutela prestacional material por parte do Poder Público. Sobre o enfoque da efetivação, analisamos as problemáticas que envolvem as prestações positivas, frisando que de um lado temos a argumentação de que falta recursos orçamentários e de outro o cidadão que necessita de algum serviço de saúde para garantir o seu direito primordial: o direito à vida. Nessa seara, o Poder Judiciário é acionado para que resolva a lide, surgindo o que se chama de fenômeno da judicialização, sendo avaliados os aspectos positivos e negativos de tal fenômeno.

O Poder Judiciário, através do que lhe foi conferido, deve tornar efetivo o direito social à saúde, assegurando, desta forma, o que está previsto na Constituição Federal do nosso país, sendo inaceitável a inércia do Poder Público diante das pessoas acometidas por doenças que necessitam de cura, pois há a ameaça ao bem jurídico mais precioso: a vida. Torna-se imperioso destacar que a atuação do judiciário é legítima, pois serve para controlar a recusa por parte da Administração Pública em tornar efetivos os direitos do povo.

Por fim, o direito à saúde deve ser exercido pelo Poder Público, sendo este responsável pela implementação de políticas públicas que cumpra a prestação material imposta, e, sempre que necessário, seja encaminhado à apreciação judiciária o descumprimento injustificado das normas previstas constitucionalmente, para que haja o controle dos atos do Estado perante o cidadão.

Referências

\_\_\_\_\_. Lei nº 8080/90: Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília. Publicado no DOU em 20.09.1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)> Acesso em: 07/07/2015.

ACURCIO, Francisco de Assis et al. **Perfil demográfico e epidemiológico dos usuários de medicamentos de alto custo no Sistema Único de Saúde**. Revista Brasileira de Estudos de População. São Paulo: v. 26, n. 2, p. 263-282, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v26n2/07.pdf>> Acesso em: 04/08/2015.

ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; NETO, Nicolao Dino (organizadores). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, FIOCRUZ, 2013.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

ARAÚJO, Liliam Mendes de et al. **Judicialização da Saúde: uma revisão da literatura**. Revista Enferm UFPI. Piauí: v. 2, n. 1, p. 49-54, 2013. Disponível em: <<http://revistas.ufpi.br/index.php/reufpi/article/view/766/pdf>> Acesso em: 25/07/2015.

ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização?** As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. Revista Physis. Rio de Janeiro: v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=pt&nrm=iso)> Acesso em: 25/07/2015.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (organizadores). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista direito GV. São Paulo: v. 8, n. 1, p. 059-085, 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100003&script=sci_arttext)> Acesso em: 21/07/2015.

BARROS, Giselle Nori. O dever do Estado no fornecimento de medicamentos. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/tese/arqs/cp012416.pdf>> Acesso em: 03/08/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 05/08/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24/07/2015.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. **As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial**. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13144/14950>> Acesso em: 27/07/2015.

BRASIL, Conselho Nacional de Saúde. **12ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: 2013. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_12.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_12.pdf)> Acesso em: 10/08/2015

BRASIL, Ministério da Saúde e Secretaria de Vigilância em Saúde. **Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107**. Brasília: 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>> Acesso em: 10/08/2015

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Para entender a Gestão do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional**. Brasília: 2004. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta3.pdf>> Acesso em: 10/08/2015

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários da Saúde. **Assistência farmacêutica no SUS**. Brasília: CONASS, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Publicada no DOU de 5.10.1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 07/07/2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Medicamentos. 2001. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_medicamentos.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf)> Acesso em: 15/08/2015

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Promoção da Saúde**. Brasília: 2010. Disponível em: <<http://pesquisa.bvsalud.org/bvsmms/resource/pt/oi-ai-bvs-ms-24382>> Acesso em: 10/08/2015

BRASIL. Ministério da Saúde; Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

CARLI, Rita Felber de. **Direito à saúde como direito humano fundamental**: em busca de efetividade. Ijuí: 2006.

CHIAVASSA, Rosana et al. **Direito à saúde**: dever do Estado – considerações sobre a judicialização do acesso à saúde nas hipóteses de doenças raras. Revista J BrasEcon Saúde. Supl. 1, p. 30-40, 2014. Disponível em: <<http://www.jbes.com.br/images/edicao-especial2014/jbes-especial05.pdf>> Acesso em: 01/08/2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

DANTAS, Nara Soares; SILVA, RAMIRO ROCKENBACH. **Medicamentos excepcionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A OBTENÇÃO DE ATENDIMENTO MÉDICO, MEDICAMENTOS E INSUMOS TERAPÊUTICOS POR VIA JUDICIAL**: critérios e experiências. 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=4182&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura)> Acesso em: 05/08/2015.

GOTTI, Alessandra. **Direito sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

HOFLING, Eloisa de Mattos. **Estado e políticas (públicas) sociais**. Cadernos CEDES. Campinas, v. 21, n. 55, p. 30-41, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>> Acesso em: 30/08/2015

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988**: caracterização e efetividade. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15657-15658-1-PB.pdf>> Acesso em: 07/08/2015.

MARQUES, Onofre Ricardo de Almeida; MELO, Marilene Barros de; SANTOS, Alessandra Patrícia de Souza. **Ações judiciais no âmbito do Sistema Único de Saúde do Brasil, bases legais e implicações**: um estudo de caso em um tribunal da região sudeste. Revista de Direito Sanitário. São Paulo: v. 12, n. 1, p. 41-66, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

NETO, André Perin Schmidt. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/download/252/168>> Acesso em: 29/07/2015.

OHLAND, Luciana. **A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. Revista Direito & Justiça. Rio Grande do Sul: v. 36, n. 1, p. 29-44, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/8857/6313>> Acesso em: 11/08/2015.

OLIVEIRA, Neilton Araujo de. **DIREITO SANITÁRIO**: Oportuna discussão via coletânea de textos do 'blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania'. 1 ed. Brasília: ANVISA, CONASEMS, CONASS, 2012.

OLIVEIRA, Renan Guimarães de. **Judicialização do direito à saúde pública do município de Leopoldina-MG**: um estudo de caso. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/pgsaudecoletiva/files/2014/02/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Renan-Guimar%C3%A3es-de-Oliveira.pdf>> Acesso em: 02/07/2015.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica**. Revista Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: v. 15, n. 5, p. 2405-2414, 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232010000500015](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015)> Acesso em: 25/07/2015.

PORTELA, A. S. et al. **Políticas públicas de medicamentos**: trajetória e desafios. Revista de Ciências Farmacêuticas Básica e Aplicada.

Paraíba: v. 31, n. 1, p. 09-14, 2010. Disponível em: <[http://serv-bib.fcfar.unesp.br/seer/index.php/Cien\\_Farm/article/viewFile/930/930](http://serv-bib.fcfar.unesp.br/seer/index.php/Cien_Farm/article/viewFile/930/930)> Acesso em: 05/08/2015.

REIS, Adriana Rosa dos; PAMPLONA, Gustavo. **A judicialização da saúde: limites e possibilidades do poder judiciário.** Disponível em: <<https://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2013/09/16/a-judicializacao-da-saude-limites-e-possibilidades-do-poder-judiciario>> Acesso em: 23/07/2015.

Revista Consultor Jurídico. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-11/1139-mil-processos-tj-rs-lidera-demandas-area-saude>> Acesso em: 11/08/2015

SANTOS, Nelson Rodrigues; AMARANTE, Paulo (organizadores). **Gestão pública e relação público-privado na Saúde.** Rio de Janeiro: Cebes, 2011.

RODRIGUES, Juliana Martins; PEIXOTO JUNIOR, Carlos Augusto. Reflexões sobre conceitos afirmativos de saúde e doença nas teorias de Georges Canguilhem e Donald Winnicott. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 291-310, mar. 2014. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_artext&pid=S0103-73312014000100291&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artext&pid=S0103-73312014000100291&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 14 jan. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 24, 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao024/ingo_mariana.html)> Acesso em: 20/08/2015

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)> Acesso em: 24/07/2015.

SCHWARTZMAN, Simon. **Os desafios das políticas sociais para a América Latina.** 2007. Disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/simon/polsoe.pdf>> Acesso em: 21/07/2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA, Regina Célia dos Santos. **Medicamentos Excepcionais no âmbito da assistência farmacêutica no Brasil.** Disponível em: <<http://arca.iciet.fiocruz.br/handle/iciet/5127>> Acesso em: 04/08/2015.

SOUZA, Mônica Vinhas de et al. **Medicamentos de alto custo para doenças raras no Brasil: o exemplo das doenças lisossômicas.** Revista Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: v. 15, supl. 3, p. 3443-3454, 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_artext&pid=S141381232010000900019](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artext&pid=S141381232010000900019)> Acesso em: 04/08/2015.

SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (organizadores). **Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social.** Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

STOLZ, Sheila; KYRILLOS, Gabriela (organizadores). **Direitos humanos e fundamentais: o necessário diálogo interdisciplinar.** Pelotas: Editora Universitária/UFPEL, 2009.

TANAKA, Oswaldo Yoshimi. **A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica.** 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13109/14912>> Acesso em: 21/07/2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 103-105.

XIMENES, Júlia Maurmann (organizadora). **Judicialização dos direitos sociais e seu impacto na democracia.** Brasília: IDP, 2014.

Recebido em 2016-06-07  
Publicado em 2017-02-05