

DIREITO À SAÚDE NO PERÍODO DA PANDEMIA E A JUDICIALIZAÇÃO FRENTE AO PODER PÚBLICO

RIGHT TO HEALTH IN THE PANDEMIC PERIOD AND THE JUDICIALIZATION BEFORE THE PUBLIC POWER

Ingrid Cletlin de Souza Silva¹

Lizandro Poletto²

RESUMO: O direito à saúde é considerado um direito fundamental social, garantido pelo Estado Democrático de Direito. No entanto, a pandemia da COVID-19 trouxe consigo um conjunto de desafios para assegura-lo. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é analisar o papel do Estado como responsável pelo direito à saúde, a judicialização como ferramenta para assevera-lo, e os seus desdobramentos durante o período pandêmico. Assim, visa demonstrar que a judicialização é uma ferramenta importante para preservar o direito à saúde no Brasil durante a pandemia da COVID-19, já que esta serve como meio para suprir a lacuna na efetivação desse direito e como estratégia para defesa dos direitos fundamentais. Para tanto, metodologicamente, a pesquisa será realizada por meio de uma abordagem bibliográfica, de modo que serão considerados os aspectos históricos, a Teoria da Reserva do Possível e a importância da judicialização para a efetivação desse direito. Assim, se dará a partir de uma revisão bibliográfica, com dados reportados por meio de doutrinas, livros e artigos já publicados sobre o tema.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Pandemia da COVID-19. Reserva do Possível. Mínimo Existencial.

ABSTRACT: The right to health is considered a fundamental social right, guaranteed by the Democratic State of Law. However, the COVID-19 pandemic brought with it a set of challenges to the guarantee of this fundamental right. Therefore, the objective of this article is to analyze the role of the State as guarantor of the right to health, judicialization as a tool to guarantee this right and the developments of this right in the COVID-19 pandemic. The analysis will be carried out through a bibliographical approach, taking into account the historical aspects, the theory of the reserve of the possible and the importance of judicialization for the effective realization of this right. The work aims to demonstrate that judicialization is an important tool for the guarantee of the right to health in Brazil in the

¹ Acadêmica de Direito do Centro Universitário Alfredo Nasser. Bacharel em Enfermagem pela FacUnicamps. e-mail: ingridcletlin@gmail.com.

² Pós Doutor em Educação – PUC/GOIÁS; Doutor em Ciências da Religião – PUC/GOIÁS; Mestre em História – UFPR-PR; Teólogo –PUC-PR; Teólogo – PUL - Roma, Itália; Bacharel em Direito – FAN-GO; Pedagogo –ULBRA-RS; Filósofo – FBB-BA; Historiador–FAN-GO; Administrador – FAN-GO; Cientista Social – ULBRA-RS; Geógrafo –FEAC-ES; Licenciado em Educação Física – Faculdade Ideal -DF; Tecnólogo em Gestão de Recursos Humanos – FEAC-ES. Licenciado em Biologia – Unifaveni /SP; Licenciado em Letras – Unifaveni /SP; Professor do Centro Universitário Alfredo Nasser, Aparecida de Goiânia, GO. E-mail: lizandropoletto@hotmail.com

COVID-19 pandemic, serving as a means to fill the gap in the effective realization of this right and as a strategy for defending fundamental rights. This work is carried out through a bibliographical review, with data reported through doctrines, books and articles already published on the subject.

Keywords: Right to health. Judicialization, COVID-19 Pandemic. Reserve of the Possible.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é considerado um Direito Fundamental Social, sendo garantido de forma indissociável dos demais direitos fundamentais, como o direito à vida. É um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo o Poder Público responsável por assegura-lo aos cidadãos em todas as condições. No entanto, com a pandemia da COVID-19, foi colocado à prova, tendo como consequência a judicialização, de modo que tornou-se um meio de suprir a lacuna em relação à sua efetivação.

É sabido que a pandemia do Coronavírus (COVID-19) evidenciou uma série de desafios para o Direito à Saúde, tanto em relação às pessoas quanto às instituições responsáveis pela sua garantia. Destarte, o objetivo deste artigo é analisar o papel do Estado como garantidor do Direito à Saúde, a judicialização como ferramenta para garanti-lo e os desdobramentos desse direito no período pandêmico. Assim, o estudo será realizado a partir dos aspectos históricos, a teoria da reserva do possível e a importância da judicialização para a efetivação desse direito.

Por meio desta análise, pretende-se demonstrar que a judicialização é uma ferramenta relevante para a garantia do direito à saúde no Brasil na pandemia da COVID-19, e serve como meio para suprir a lacuna na efetivação desse direito e como estratégia para defesa dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o trabalho será realizado mediante uma análise bibliográfica, e estruturalmente terá os seguintes tópicos e subtópicos: Direito à saúde, seus aspectos históricos e enquanto direito fundamental social; O papel do Estado como garantidor do direito à saúde e o tempo de pandemia; Judicialização como meio de suprir a lacuna na efetivação do direito à saúde, análise das causas e consequências; e, A importância da judicialização como estratégia para defesa dos Direitos Fundamentais e como fator essencial para a garantia do direito à saúde no Brasil na pandemia da COVID-19.

2 DIREITO À SAÚDE

A saúde é um dos pilares da vida e um elemento agregado a qualidade de vida, sendo um pressuposto indispensável para a existência humana. Dessa forma, deve ser conceituado a partir de perspectiva mais ampla. Trata-se de uma política voltada para a prevenção e tratamento de doenças que assolam o corpo e a mente humana. Nesse sentido, pode-se afirmar que está diretamente conectada ao direito à vida.

Rego (2018) considera o direito à saúde como parte de uma junção de direitos destinados a garantir a dignidade da pessoa humana, com solidariedade e igualdade, com vistas à promoção da justiça social. É a concretização de uma vida saudável, e com dignidade, e manifesta o cenário histórico, social, político e econômico. Existe a partir de uma construção histórica, para toda a sociedade, sendo dever do Estado garantí-lo, a partir de medidas políticas sociais e econômicas.

É um direito que abrange a coletividade e a individualidade, por isso é considerado um bem social e personalíssimo, que para sua existência é necessária uma assistência eficaz do estado, ao qual possui como objetivo assegurar condições necessárias de bem-estar e desenvolvimento mental, livres de doenças psíquicas e físicas.

Importante salientar que a saúde não é a ausência da enfermidade do corpo humano, mas o estado de bem-estar físico, social, cultural, mental e psíquico. Assim, pode-se afirmar que é um direito de natureza multidimensional, que para o seu pleno exercício é necessária a realização de vários fatores relacionados a qualidade de vida do sujeito.

Para Nascimento (2022), mesmo não evidenciado por escrito na Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito personalíssimo. O Código Civil elencou sobre os direitos da personalidade e referiu-se a eles como aos atributos intrínsecos à pessoa humana, tais que a integridade física e a própria vida. Destarte, direitos da personalidade são todos aqueles resultantes dos atributos inerentes a proteção e promoção da dignidade do indivíduo.

2.1 Aspectos históricos do Direito à saúde

Sob o enfoque dos aspectos históricos do direito à saúde no Brasil, importa regressar ao ano de 1822, na Independência do Brasil, quando o D. Pedro II, determinou a criação de alguns órgãos para inspecionar a saúde pública, em busca de soluções para as epidemias e doenças.

Em 1890, quando os habitantes da cidade do Rio de Janeiro se multiplicavam, e a saúde da população ficava cada vez mais precária, e não havia infraestrutura, legislação ou fiscalização. Em razão dessa necessidade, o então Presidente da República, Rodrigues Alves criou o Departamento Federal da Saúde Pública, e em 1920, promoveu políticas de educação sanitária e criou órgãos para prevenção de doenças venéreas, tuberculoses e lepra (NASCIMENTO, 2020).

É importante mencionar que, na Constituição de 1934, o direito à saúde era apenas direcionado aos trabalhadores formais, não a todos os brasileiros. Na Constituição de 1937, ampliou-se o direito à saúde da criança (ANDRADE, 2015).

Após a Segunda Guerra Mundial, entre os anos de 1939 e 1945, juntamente com a criação da Organização das Nações Unidas, reconheceu-se o direito em tela, como direito humano na esfera internacional. Ao decorrer dos anos, o direito à saúde foi reconhecido em inúmeros documentos internacionais.

Em 1946, criou-se a Organização Mundial da Saúde, o que representou um grande marco na sua positivação. No entanto, apenas em 1948 que a OMS começou a operar efetivamente, com base na relação harmoniosa e segurança de todos os povos, para garantir o bem-estar físico, mental e social, não apenas na cura de doenças, mas na sua prevenção e qualidade de vida.

Na Constituição de 1946, evidenciou-se a saúde como regra de repartição e competência, sendo dever da União Federal. As Constituições sequentes da época da ditadura militar não avançaram na área da saúde.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos direitos foram regidos à população, inclusive o direito à saúde. Prelecionado no art. 6º da Constituição Federal de 1988 garantiu que “[...] são direitos sociais 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 na forma desta constituição”.

O art. 196 da Constituição Federal vigente, estabeleceu também que a saúde, além de ser um direito de todos é dever do Estado garantir que todos tenham acesso universal e igualitário, ao qual deve atuar mediante políticas públicas sociais e econômicas. Para tanto, no art. 197 da CF/1988, define-se a relevância pública das ações e serviços em prol da efetivação da saúde.

Com tal determinação, o Estado criou a Lei n. 8.080/90, e efetivou o Sistema Único de Saúde, com o objetivo de auxiliar a população brasileira em vários setores, desde o

saneamento básico, a vacinação, a fabricação e distribuição de remédios. O SUS surge do designo de garantir o bem-estar aos cidadãos, tendo em vista os movimentos sociais da época, quando a população pressionava o Estado para garantir uma assistência à saúde igualitária.

No art. 23, II, e art. 24, XII, CF/88 ficou disposto, de forma detalhada, as competências da efetivação do direito à saúde, e determinou como competência comum entre os Estados, Municípios, Distrito Federal e União, a assistência e o cuidado da saúde pública. Isto significa dizer que, os entes federativos são responsáveis por atuar na implementação de ações e serviços para efetivar a saúde, de modo a articular um federalismo cooperativo.

A saúde pública é dirigida e baseada por princípios, dentre os quais: universalização (atendimento a todos), integralização (atendimento na medida das necessidades da população, de forma preventiva ou curativa), participação popular (com ações dos Conselhos de Saúde). Salienta-se que o SUS é uma conquista histórica da sociedade, que com os movimentos sociais em prol da saúde pública, culminou na criação de um sistema com o objetivo de efetivar os direitos relacionados à saúde.

2.2 Direito à saúde enquanto direito fundamental social

No contexto abordado, é possível observar que, a partir da Constituição de 1988, o Direito à saúde passa a ser um direito garantido em nível igualitário, independente da raça, cor, condição social, origem, o Estado tem o dever de testificar que a população tenha qualidade de vida digna. Trata-se de um direito subjetivo público devido a todo indivíduo (NASCIMENTO, 2022).

Por ser um direito fundamental e social, trata-se de um bem intangível, sendo um dos bens mais preciosos que o ser humano possui, pois, é impossível desassociar do direito à vida, sendo este último o mais importante, tendo em vista que, sem a vida, nenhum outro direito decorre (BONAVIDES, 2008).

Bulos (2015, p. 526) conceitua direitos fundamentais como um:

Conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres, e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status sociais.

Direitos fundamentais, segundo José Afonso da Silva, (2009) são os direitos do homem, reservados para concretizar uma convivência digna, livre e igual de todos os indivíduos. No entendimento de Konrad Hesse, (1991), são todos aqueles que a Constituição Federal definiu como pertencentes ao homem.

Os direitos fundamentais sociais são considerados cláusulas pétreas. Perante o art.60, §4º, da Constituição Federal, não consta de forma explícita o direito à saúde, mas são considerados pétreos todos os direitos indispensáveis a manutenção da identidade do Estado Democrático de Direito, sendo impossível de ser abolido.

Destarte, a posição dos direitos fundamentais no ordenamento juramento brasileiro é da centralidade, sendo típicos e essenciais para a democracia. Deste modo, refere-se a sua imprescindibilidade para garantir uma vida digna, para os indivíduos e para a sociedade (MENDES; GONETE BRANCO, 2013). Salienta-se que a cláusula pétreia é para proteger as matérias tidas como essenciais para o ordenamento constitucional.

O direito à saúde, nos termos do art.6º da Constituição Federal, é considerado direito social, haja vista que a dignidade da pessoa humana demanda da efetivação eficaz do direito à uma vida saudável. São tidos, portanto, como valores básicos dominantes para a sociedade.

Destarte, para Kamiro (2021), se em uma sociedade há grandes desigualdades econômicas, sociais e culturais, trata-se de uma severa violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. É impossível afirmar que há dignidade em uma comunidade na qual, uma grande parte dela, é diariamente vitimada pela falha no Sistema básico de saúde.

Leal e Almeida (2012) afirmam que, quando se menciona sobre saúde pública, envolve diretamente dimensões relacionadas ao mínimo existencial da dignidade da vida humana, sendo este o princípio basilar de todo o sistema jurídico. Assim, evidencia-se um vínculo direto ao ideário político, jurídico e social do país.

Denota-se uma característica de reconhecimento, do Estado em face da sociedade, em que este, tem o dever de se comportar em prol do interesse público, de forma cogente e necessária. Nota-se a força normativa da Constituição Federal, bem como seus preceitos e diretrizes para garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com desenvolvimento nacional, redução das desigualdades, promoção do bem-estar, sem preconceitos.

Dessa forma, cabe salientar sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais, que, consoante ao art. 5º, § da Constituição Federal, é imediata e reconhecida pela doutrina e jurisprudência. A norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata não dependem de

qualquer ato legislativo para a sua efetivação. Neste aspecto, Novelino (2019, p. 176), aduz que:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata, salvo quando o enunciado normativo exigir lei regulamentadora e a omissão do legislador, por razões de ordem fática ou jurídica, não puder ser suprida pela via mandamental.

Deste modo, a existência, por si só, dos direitos fundamentais, concedidos pela Lei Maior, já garante, automaticamente, um dever imediato do Estado em assegura-los. Parte-se da premissa que a saúde é um direito de primeira geração, tendo em vista que ela implica vida, e relaciona-se simbioticamente ao ser humano e aos direitos sociais. Assim, não há como olvidar que o direito à saúde não possui aplicabilidade imediata (ANDRADE, 2015).

O direito a saúde não pode ser visto apenas como um direito social de prestação estatal, mas simultaneamente uma garantia de defesa do indivíduo em face de qualquer tentativa de invadir a sua saúde. Diante o exposto, afirma-se o direito fundamental social à saúde deve ser garantido, mediante esforços incansáveis do seu agente garantista (MARCELINO, 2020).

Os direitos sociais são espécie do gênero dos direitos fundamentais, e segundo Alonso (2018) aduz, tais direitos são considerados da categoria das garantias fundamentais do homem por se tratar de um direito definitivo, decorrente dele o respeito ao núcleo mínimo dos demais valores.

Para tanto, é necessário que a Constituição Federal e suas diretrizes estabelecidas sejam levadas a sério, por meio da racionalidade, do respeito e da boa administração governamental. O valor da Constituição deve coadunar com os valores da sociedade, com a realidade da comunidade, e servir como instrumento para mediar conflitos e garantir direitos.

Além do aspecto fundamental e social do direito à saúde, trata-se também de um direito público subjetivo, ao qual o cidadão, na ineficácia do Estado em garantir o seu direito, poderá exigir o seu cumprimento. Destaca-se, para tanto, que a essência do direito subjetivo é o dever jurídico de comprometer-se com o cidadão e garantir os direitos determinados na Constituição, sendo, na teoria, o servo do povo. Na sua ineficiência, o cidadão poderá demandar judicialmente o Estado para o cumprimento do seu dever jurídico e constitucional.

3 O PAPEL DO ESTADO COMO GARANTIDOR DO DIREITO À SAÚDE E O TEMPO DE PANDEMIA

“Saúde, um direito de todos e dever do Estado”, frase muito proclamada pela sociedade, e que reflete o que dispôs a Constituição Federal, que determinou o Estado como garantidor do direito à saúde, sendo que, a competência é solidária entre todos os entes federativos, nos termos do art. 23, II, CF/88.

O Sistema Único de Saúde é integrado a uma rede regionalizada e hierárquica de condutas e serviços, com vistas a garantir que o Estado cumpra sua missão, de forma gratuita, universal, preventiva e protetora. A Constituição Federal de 1988 determinou que Estado buscassem meios para garantir o direito à saúde por meio de políticas públicas para o bem-estar social. Tais ações se tratam de formas de planejamento e execução de serviços públicos, em prol do desempenho das funções estatais, e satisfação do interesse público.

O Estado, nada mais é, ou tinha que ser, o protagonista dos direitos fundamentais sociais, e deve promovê-los em nome da sociedade, assim como efetivar as necessidades públicas. Dessa forma, ele precisa atuar como meio administrativo, utilizar de órgãos federados e administrativos para governarem e exercer sua vontade. Por se tratar de um direito positivo, exige que o Estado o preste a população e imponha aos entes públicos a realização de ações e tarefas para a efetivação desse direito (CANOTILHO; MOREIRA, 2011).

O texto Constitucional determinou que o Estado realizasse o papel de garantidor da saúde, de forma a criar uma estrutura organizacional. Tendo em vista o caráter de imprescindibilidade da saúde, qualquer pessoa que se sentir com seu direito ofendido poderá busca-lo pelas vias judiciais. O serviço a saúde não pode ser paralisado, negado, ou interrompido, bem como não pode expor o cidadão ao ridículo ou constrangimento.

A saúde é o meio pelo qual o indivíduo garante o seu bem mais valioso, e em razão disso, o Estado não pode se furtar do seu papel garantista dos direitos sociais. Destarte, consoante ao art. 196, CF/88, é um dever jurídico que consiste no cumprimento de uma atuação efetiva na entrega de um bem ou a satisfação do interesse do povo.

A Constituição associa o Estado ao cumprimento dos direitos fundamentais, e surge deste, uma situação jurídica, ou seja, comprehende-se que entre o Estado e os direitos fundamentais há uma relação jurídica de direito público (SILVA; MONTEIRO, 2018). Não deve haver omissão de responsabilidades por parte de qualquer ente, muito menos da Administração em âmbito federal (TITO, 2021).

3.1 O mínimo existencial

Os direitos que atendem à finalidades fundamentais da República Federativa do Brasil e consequentemente do Estado Democrático de Direito destinam-se prioritariamente a assegurar o mínimo existencial. Portanto, o direito à vida pode ser visto não apenas como uma proibição destrutiva da existência, mas também como o dever do Estado de ser positivo na garantia da vida.

O mínimo de existência tem um sentido de garantia, condizente com a ideia de que outros direitos devem ser cedidos à garantia das condições mínimas para uma vida digna, bem como o caráter prestacional, relativo a obrigação estatal da eficácia dos direitos sociais e a extensão dessas responsabilidades (MENDES; BIANCO, 2021).

É importante delimitar os benefícios absolutamente essenciais a uma vida digna, para não correr o risco de levar alguns direitos a supervalorização em detrimento de outros também constitucionalmente importantes. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, esse conceito vincula o Estado à ideia de que ele deve assegurar a promoção das condições básicas para a sobrevivência humana (NOVELINO, 2023).

O mínimo existencial corresponde a todas as condições materiais essenciais de uma existência humana decente; a existência é considerada não apenas como um fenômeno físico, mas a sobrevivência e cuidados com o corpo, com o espiritual e intelectivo, aspecto essencial do qual o Estado, por um lado, aspirando a ser democrático, exige a participação deliberativa do público, e, enquanto por outro lado, liberal, cada um em seu desenvolvimento (VIEIRA, 2021).

Em suma, o mínimo de existência é o princípio básico da dignidade humana, consubstanciado não apenas no mínimo físico, mas também alicerçado nos direitos democráticos, com reflexões acerca das suas dimensões sociopolítica, psicológica e fisiológica. Nessa linha, o conceito de mínimo existencial engloba a ideia de que o Estado tem a obrigação de garantir direitos mínimos, bem como saúde, educação, moradia, lazer e segurança social aos mais necessitados, tendo assim uma vida básica e com dignidade.

Quando não se tem os direitos acima listados, não está sendo protegido pelo mínimo existencial, com isso, não se tem respeito ao princípio da dignidade humana. Sabe-se que a conquista dos direitos básicos prestacionais depende unicamente do apoio equilibrado de políticas públicas. Com esse entendimento, verifica-se que a Constituição determina um efeito

positivo de saúde, e o próprio constituinte percebe a necessidade de estabelecer pautas em prioridades para efetivá-la (NOVELINO, 2023).

Consequentemente, os impactos relacionados sobre a saúde devem começar nesse quadro e expandir-se gradativamente até atingir a área mais ampla do sistema público de saúde. Ressalta-se que são quatro os elementos básicos impostos pelo fundador: (i) a prestação de serviços sanitários (art. 23, IX, 198, II e 200 IV); (ii) assistência materno-infantil (art. 227, I); (iii) ações de medicina preventiva (art. 198, II); e (iv) medidas de prevenção de doenças transmissíveis (art. 200, II) (BRASIL, 1988).

O resultado destas medidas prioritárias é a manutenção das condições essenciais de saúde, em que todos têm acesso a cuidados preventivos, de forma a evitar elevados custos futuros e medidas sanitárias destinadas a reparar os danos. Mas o que acontece é que essas benesses não são garantidas ao público geral, mesmo os que recebem, muitas vezes não lhe são garantidos em quantidade suficiente para atender aos requisitos mínimos associados à dignidade humana.

O princípio desse direito é tão fundamental à dignidade da pessoa humana que deve ser estabelecido como regra geral, a fim de estabelecer objetivos prioritários no orçamento público. A ineficácia dos direitos contemplados nesta medida mínima habilita o cidadão a requerer ao tribunal seu atendimento equivalente.

Deve-se atentar que um Estado Social é mais do que o mínimo da existência, pois esses direitos fundamentais não se reduzem a somente isso, mas a ordem constitucional deve buscar continuamente uma justiça social, justa e real.

3.2 Do direito fundamental à saúde na ótica da Teoria da Reserva do Possível

A teoria da Reserva do Possível, desenvolvida por um jurista alemão, tem como objeto a delimitação e limitação dos direitos fundamentais. Destarte, em relação ao direito fundamental à saúde, o referido princípio se aplica de forma a estabelecer que a realização desse direito deve ocorrer de acordo com os balizamentos de recursos disponíveis.

Pressupõe que, diante das restrições financeiras e materiais, a efetivação do direito fundamental à saúde deve ser limitada de forma a preservar parte dos recursos sociais para outras finalidades, como educação e cultura. Essa reserva deve ser estabelecida de modo a não colocar em risco direitos fundamentais mínimos.

Se aplica ao direito fundamental à saúde no sentido de delimitar e limitar a sua realização, de forma a garantir que os recursos sociais sejam utilizados de modo equilibrado. Assim, o Estado deve garantir este direito no âmbito de suas possibilidades financeiras e materiais, a fim de preservar, a médio e longo prazo, a realização de outros direitos fundamentais. Esta responsabilidade é em virtude do seu compromisso com o bem-estar social.

Para alcançar este objetivo, o Estado deve seguir a Teoria da Reserva do Possível, que estabelece o dever de determinar um equilíbrio entre os direitos fundamentais, a saúde e a responsabilidade fiscal. Isso exige que o Estado faça o melhor possível para atender às necessidades de saúde da população dentro de seus limites financeiros, econômicos e tecnológicos, aplicado com base em uma avaliação objetiva dos direitos fundamentais, da necessidade de saúde da população e da capacidade financeira, econômica e tecnológica do Estado.

Em suma, esse princípio tem como objetivo assegurar que, na medida do possível, o Estado cumpra seu dever de proteger a saúde da população. Tal teoria foi desenvolvida como uma solução para o problema da omissão do Estado na proteção da saúde da população, haja vista que oferece uma abordagem equilibrada para lidar com as limitações financeiras e outras restrições que o Estado enfrenta para assegurar os direitos fundamentais, como o direito à saúde.

O Estado tem a responsabilidade de assegurar que a saúde da população seja protegida dentro dos limites financeiros, econômicos e tecnológicos estabelecidos, e que sejam tomadas medidas para asseverar o direito à saúde, mas deve também ser realista sobre as limitações financeiras que enfrenta. No entanto, o Estado deve se atentar que o direito à saúde é um direito fundamental e, portanto, deve ser priorizado em relação a outros direitos, de modo que não pode ser desconsiderado com base em argumentos financeiros.

Não se trata apenas de um direito, mas também uma responsabilidade social, e que o Estado tem o dever de garantir que seja realizado. Assim, é primordial exigir que ele avalie os custos e benefícios de suas decisões relativas à saúde. Esta avaliação deve ser realizada de forma equilibrada, para que o direito à saúde seja assegurado dentro dos limites financeiros, econômicos e tecnológicos estabelecidos. É portanto, uma importante ferramenta para a proporcionar o direito à saúde na ótica da teoria da justiça social.

4 JUDICIALIZAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde é um dos principais direitos humanos, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. É considerado como parte integrante do direito a uma vida digna e tem o objetivo de garantir que todas as pessoas tenham acesso universal e igualitário às melhores condições possíveis para sua saúde física e mental.

Neste contexto, judicialização da saúde consiste em recorrer à justiça quando houver descumprimento dos princípios constitucionais considerados fundamentais pelas autoridades responsáveis por fornecer serviços básicos de assistência médica. O usuário entra com uma demanda contra o Estado e exige tratamento adequado para si mesmo ou outras pessoas.

A judicialização pode ser definida como a utilização dos mecanismos judiciais para a obtenção de direitos relacionados à saúde, como acesso a medicamentos, cuidados médicos e serviços de saúde. Souza (2020) aduz que a judicialização da saúde é caracterizada pela demanda por serviços e procedimentos médicos por meio do Poder Judiciário, sendo esta uma forma de pressionar os órgãos responsáveis pelas políticas públicas de saúde.

Segundo o Ministério da Saúde (2020), judicializar significa buscar soluções jurídicas para problemas relacionados à saúde. Dessa forma, as decisões judiciais passam a ter maior influência sobre as políticas e os serviços de saúde oferecidos pelo Estado brasileiro.

4.1 A judicialização como meio de suprir a lacuna na efetivação do direito à saúde: análise das causas e consequências

Apesar do avanço significativo no campo dos serviços relacionados a saúde, desde sua implantação, há trinta anos, ainda existem problemas relacionados a efetivação desse direito. Dessa forma, surge uma lacuna nas garantias legais deste direito fundamental, e fatores externamente impeditivos também contribuem para isso. Assim, é necessário o uso de outras ferramentas político-jurídicas, capazes de transformar tal realidade social em um ambiente favorável à promoção e proteção dos direitos à saúde universalmente consagrados e reconhecidos pela legislação internacional vigente.

Por isso, no Brasil, a prática da judicialização tem se tornado cada vez mais presente devido a diversos fatores, como o descumprimento das leis; negativa injustificada do Estado em fornecer serviços básicos ou tratamentos médicos necessários para manter as condições sanitárias adequadas.

O aumento das demandas também se fundamenta pela falta de atendimento médico, de recursos e a existência de restrições ao acesso a serviços de saúde. Em alguns casos, a judicialização tem sido usada como meio para obter atendimento médico de qualidade, enquanto em outros, como meio de pressão para a obtenção de determinados medicamentos ou serviços (GOMES, 2009).

Questões relacionadas às deficiências estruturais do SUS; baixa qualidade dos serviços prestados; problemas burocráticos nas solicitações administrativas; entraves financeiros impostos pelo setor privado e outras barreiras sociais impedem o pleno exercício desse direito constitucionalmente garantido (SANTANA *et al.*, 2017).

Portanto, de acordo com Nascif Junior & Menezes Filho (2019, p. 25) “[...] existem várias causas da judicialização, mas a principal delas é a inadequada gestão dos recursos humanitários disponibilizados para atender as necessidades básicas”. Os autores também ressaltam que fatores político-institucionais contribuem decisivamente para esse quadro crítico, pois há uma grande resistência por parte desses agentes em aceitar mudanças significativas na formatação do modelo assistencial vigente no país.

Além disso, conforme assinalam Pires *et al.*, (2018), existem graves distorções quantitativas e qualitativas nos investimentos feitos em saúde. Isso leva a um nível insatisfatório de atendimento a essa população e reflete negativamente na dimensão social, com reflexo direto no direito à saúde.

Em outras palavras, mesmo diante da forte presença jurídica sobre o assunto, com ampla e completa legislação, há ainda elevada deficiência estrutural que inviabiliza a efetivação do referido direito fundamental e, consequentemente, aumenta a judicialização (PIRES *et al.*, 2018).

4.2 A judicialização como estratégia para defesa dos Direitos Fundamentais

Neste sentido, a judicialização da saúde é vista como uma estratégia para garantir e fazer justiça aos usuários deste direito fundamental que, por vezes, se encontram desprotegidos pela administração pública e/ou por outros motivos específicos envolvidos na execução do Programa SUS.

O fenômeno da judicialização tem sido um dos maiores desafios enfrentados pelos sistemas judiciais brasileiros, tendo em vista que desde 2008 a 2017 o número de demandas relacionadas a saúde teve um aumento de 130%, enquanto as demais ações tiveram um

aumento apenas de 50%. De 2015 a 2021, foram registrados anualmente a média de 400 mil novos processos sobre saúde. Destarte, importa ressaltar que 80% das ações judiciais contra o SUS, são concedidas liminarmente (CNJ, 2022).

Nota-se, diante dos números supramencionados, que a judicialização do direito à saúde tem sido um dos principais mecanismos de defesa dos direitos fundamentais no Brasil. Entretanto, ainda existem desafios que precisam ser enfrentados para garantir o pleno exercício deste direito fundamental. Uma importante função desse recurso é estabelecer limites claros entre os papéis do Estado e do Judiciário no âmbito da saúde.

É, portanto, um meio de pressão ao Poder Público, para que sejam cumpridos e efetivados os direitos à saúde previstos na Constituição Federal. O uso desse recurso tem sido cada vez mais frequente, pois permite o acesso às prestações de serviços e medicamentos necessários para garantir uma vida digna e com qualidade. Esse tipo de ação possibilita maior controle social sobre o Estado, já que exige responsabilidades quanto a suas obrigações constitucionais em relação à saúde (FRANÇA, 2011).

No entanto, esses processos judiciais podem se tornar demorados e burocráticos devido à falta de recursos financeiros e humanos nos tribunais brasileiros. Além disso, existe também o risco de decisões judiciais não serem cumpridas devido à ineficiência desses mesmos órgãos em implementar as medidas determinadas pelo Judiciário.

Destaca-se que, essencialmente, há duas principais consequências decorrentes da judicialização. Primeiramente ela gera uma série de demandas individuais que não necessariamente refletem as reais necessidades coletivas. Também existem custos financeiros associados com processos judiciais complexos e demorados. O excessivo uso do Judiciário para resolver questões relacionadas a esse setor compromete os recursos destinados à assistência em outras áreas.

De acordo com Oliveira (2018), ao invés de substituir o Estado nas questões relativas à saúde, o Judiciário age apenas no âmbito da fiscalização e monitoramento das decisões tomadas pelas autoridades competentes. Assim, passa a ter um papel regulador na execução dessas políticas públicas, e evita abusos e irregularidades cometidas pelas partes envolvidas.

Diante do exposto, percebe-se que a judicialização da saúde é um instrumento relevante para garantir o direito à assistência médica adequada e universalmente aceita. Ela possibilita maior controle social sobre as políticas públicas voltadas para esse setor, além de estabelecer limites claros entre os papéis do Estado e do Judiciário no âmbito da saúde. Dessa

forma, tornou-se imprescindível utilizar essa ferramenta com frequência para promover melhorias significativas no sistema brasileiro de saúde.

A judicialização brasileira voltada à defesa dos interesses populares relativos às políticas de saúde é um movimento transformador, que garante os direitos humanos, especificamente aqueles relacionados à dignidade e integridade da vida e liberdade substancialmente garantidos por Constituição Federal do Brasil. (OLIVEIRA, 2014).

A judicialização da Saúde contribui para a promoção e defesa dos pactos internacionais e constitucionais relativamente ao direito humano mais fundamental. No entanto, deve-se evitar abusar demasiadamente desta estratégia com fins político-eleitorais, haja vista que poderia comprometer a efetividade as tutelas jurisdicionais.

4.3 A judicialização como fator essencial para a garantia do direito à saúde no Brasil durante a pandemia da COVID-19

Segundo Köche (2018), a judicialização foi uma das principais formas de garantir o direito à saúde no Brasil, especialmente durante a pandemia, já que é por meio dela que podiam ser exigidas medidas efetivas de saúde pública. Ressalta-se que a judicialização da saúde pública não é uma nova tendência.

Desde a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, a saúde tem sido considerada direito fundamental, sujeito à tutela judicial. Contudo, durante a pandemia da COVID-19, a judicialização tornou-se particularmente efetiva, uma vez que foi necessário recorrer às instâncias judiciais para a implementação de medidas.

Segundo o Ministério Públco Federal (MPF), "a atuação jurisdicional, com base na Constituição e nas leis infraconstitucionais, é fundamental para assegurar os direitos fundamentais da população brasileira" (MPF, 2020). Nesse sentido, muitas decisões judiciais contribuíram significativamente para garantir que todos tivessem acesso equânime às medidas de prevenção e tratamento contra o novo coronavírus.

Por exemplo, diversas liminares foram concedidas em casos que envolviam distribuições de medicamentos essenciais e outros insumos necessários para o combate à Covid-19, como por exemplo, alocações especiais de recursos públicos destinados à aquisição de produtos, remanejamento de profissionais entre unidades hospitalares; realização imediata de cirurgias não eletivas consideradas urgentes etc. (PINTO, 2020).

De acordo com Souza *et al.* (2020, p. 24), “a judicialização foi capaz de oferecer respostas rápidas diante da crise sanitária”. Grande parte das decisões judiciais foram obtidas por meio do uso da via extrajudicial ou direta ao Judiciário, que se tornou uma alternativa eficiente na representação do Estado frente aos cidadãos para que estes pudessem ter os seus direitos humanos protegidos e assegurados (OLIVEIRA; GOMES JUNIOR, 2018).

Dessa forma, observa-se a importância da judicialização face a crise da Covid como uma intervenção jurisdicional necessária para a proteção dos direitos à saúde brasileira (MENDONÇA; VIEIRA JUNIOR, 2019). Nota-se que apesar das limitações existentes na execução completa e efetiva de grande parte das políticas públicas sociais relacionadas à saúde pública, e impulsionadas pela Constituição da República de 1988, a hierarquia judiciária como órgão de controle, foi protagonista essencial no auxílio para a redução de diferentes crises decorrentes da efetivação do direito à saúde humana no Brasil nos últimos anos, inclusive na pandemia da COVID-19 (MENDONÇA; VIEIRA JUNIOR, 2019).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se no presente trabalho que o direito à saúde é um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, sendo considerado de primeira geração, já que a eficácia é de aplicação imediata. É necessário que o Estado coloque em prática seus deveres constitucionais para garantir o direito à saúde de seus cidadãos, de forma a assegurar a dignidade da vida humana.

Notou-se necessidade da efetividade da Teoria da Reserva do Possível, pois trata-se de um importante instrumento para a garantia do direito à saúde. Ela estabelece limites ao Estado para que ele possa atender às necessidades básicas de saúde da população de forma equilibrada, de modo que garanta que os direitos fundamentais sejam respeitados, a saúde seja preservada e a responsabilidade fiscal seja assegurada.

No entanto, pela ineficácia da efetivação direito à saúde, a sua judicialização tem se tornado uma prática cada vez mais frequente no Brasil, devido à falta de garantias legais. Deste modo, tem se mostrado um meio eficaz para pressionar as autoridades responsáveis pelas políticas públicas de saúde, com o objetivo de obter serviços e procedimentos médicos de qualidade e acessíveis à população. Porém, é preciso que o Estado assuma de fato o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, por meio da melhoria na gestão dos recursos

humanitários e financeiros destinados à saúde, bem como na criação de mecanismos para a defesa dos direitos dos usuários.

Por fim, nota-se que a judicialização do direito à saúde é uma importante ferramenta para garantir a efetivação desse direito fundamental, pois permite o acesso às prestações de serviços e medicamentos necessários para possibilitar uma vida digna e com qualidade. Estas ações contribuem para a promoção e defesa dos pactos internacionais e constitucionais no que tange ao direito humano mais fundamental. No entanto, deve-se ter cautela para evitar abusos dos meios judiciais com fins políticos-eleitorais, pois isso pode comprometer a efetividade da tutela jurisdicional.

É, portanto, um fenômeno complexo, que está ligado a fatores socioeconômicos, políticos e culturais. Por isso, é importante entender as principais razões que levam à judicialização, a fim de desenvolver medidas que contribuam para a resolução dos problemas. Nesse sentido, é preciso promover o diálogo entre os órgãos governamentais responsáveis pela saúde, os profissionais da área e os usuários dos serviços de saúde. O diálogo é fundamental para encontrar soluções que atendam às necessidades e direitos de todos.

Conclui-se que a judicialização tem sido essencial para garantir o direito à saúde no Brasil, especialmente durante a pandemia da COVID-19. Por meio dela foi possível obter decisões judiciais que contribuíram significativamente para a aquisição de medicamentos e outros insumos necessários para o combate à doença, além de assegurar que todos tivessem acesso equânime às medidas de prevenção e tratamento.

É importante destacar que, apesar das limitações existentes na execução completa e efetiva de grande parte das políticas públicas sociais relacionadas à saúde pública, a hierarquia judiciária se mostrou eficiente para a proteção dos direitos à saúde brasileira.

A transparência na gestão dos serviços de saúde também é essencial para garantir que os recursos públicos sejam aplicados de forma eficiente e que os usuários tenham acesso a informações relevantes. Além disso, é importante investir em educação em saúde, para que os usuários fiquem conscientes dos seus direitos. Esta medida pode contribuir para a melhoria dos serviços de saúde.

Por fim, é preciso promover políticas e programas que visem à redução das desigualdades socioeconômicas, para que todos tenham acesso universal aos serviços de saúde. Portanto, entender as razões da judicialização do direito à saúde, promover o diálogo entre as partes envolvidas, aumentar a transparência na gestão, investir em educação em saúde

e reduzir as desigualdades socioeconômicas são medidas fundamentais para garantir o acesso universal aos serviços de saúde.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Letícia. **Judicialização da saúde:** custeio dos tratamentos experimentais pelo Estado. Juiz de Fora: KDP, 2018.

ANDRADE, Geraldo. **Direito Fundamental à Saúde.** 2015. Disponível em:<https://quintasol.jusbrasil.com.br/artigos/214750436/direito-fundamental-a-saude> Acesso em: 08 out. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

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

BRASIL. **Lei 8.080/90.** 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, 19 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 08 de Out. de 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital; **Constituição da república Portuguesa Anotada.** 2. ed, vol. 1, Coimbra, 1984. CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o Longo Caminho. 7. ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Estudo sobre ações judiciais contra o SUS.** 2022. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/estudo-sobre-acoes-judiciais-contra-o-sus>. Acesso em: 21 jul. 2020.

FRANÇA, Fernanda de Oliveira. Judicialização da saúde: um meio de pressão ao poder público para garantia do direito à saúde. **Portal Jurídico Investidura,** 2011. Disponível em: <https://www.investidura.com.br/artigos/judicializacao-da-saude-um-meio-de-pressao-ao-poder-publico-para-garantia-do-direito-a-saude>. Acesso em: 25 fev. 2020.

GOMES, Nathalia Carvalho. Judicialização da saúde e direitos fundamentais: uma análise da Constituição Federal à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista Direito & Justiça,** v. 11, n. 32, p. 145-168, 2009.

KÖCHE, Débora. O direito à saúde e a judicialização da saúde. **Direito & Saúde Revista de Direito Sanitário,** n. 1, p. 97-111. 2018.

LEAL, Glauber Andrade Silva; ALMEIDA, José Rubens Mascarenhas. **Estado, crime organizado e território: poderes paralelos ou convergentes?** 2012. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/pdf/jtrab/n1/13.pdf>. Acesso em: 08 out. 2022.

MAPELLI JÚNIOR Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. Direito Sanitário. São Paulo: Ministério Público, **Centro de Apoio Operacional dos Promotores de Justiça Cível e de Tutela Coletiva**. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.

MARCELINO, José Piancó da. **Evolução do Direito à Saúde Pública no Brasil**. Editora Dialética. Edição do Kindle, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Branco. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, S. A., & Vieira Junior, J. A. Judicialização da saúde e a efetivação do direito à saúde humana: A importância da atuação do Judiciário na pandemia da Covid-19. **Revista Brasileira de Direito Sanitário**, n. 19, p.192-211, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Atuação jurisdicional em linha**. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/atuacao-jurisdicional>>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

NASCIF, Junior; Menezes, Filho. Judicialização do direito à saúde: análise do processo de judicialização e dos impactos na gestão de recursos humanos no SUS. **Revista de Direito Sanitário**, 10(25), 1-25. 2019.

NASCIMENTO, Francisco Valdeni de Vasconcelos . **Direito constitucional à saúde**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79926/direito-constitucional-a-saude>. Acesso em: 08 de out. 2022.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

OLIVEIRA, Marcelo de Carvalho. **A judicialização da saúde no Brasil: avanços e desafios**. Revista de Saúde Pública, vol. 48, n. 2, 2014, p. 263–271.

OLIVEIRA, Rafael Macedo; GOMES JUNIOR, Ricardo. Judicialização da saúde no Brasil e o papel do Estado frente aos direitos humanos. **Revista GESTEC**, n. 2, p. 310-317, 2018.

PINTO, Adriano de Andrade. **O papel dos juízes na efetivação do direito à saúde durante a pandemia: um estudo sobre as decisões judiciais**. Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, 2020.

PIRES, Luiz Sérgio. *et al.* O direito à saúde no sistema financeiro de saúde no Brasil: uma análise a partir da teoria dos jogos. **Interinstitucional**, São Paulo, v. 7, n. 4, p. 1-22, 2018.

REGO, Tamara Luz Miranda. **O Direito à saúde em Portugal e no Brasil**. 2018. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10512/O-Direito-a-saude-em-Portugal-e-no-Brasil> Acesso em: 08 out. 2022.

SANTANA, Dayanne de Oliveira, *et al.* SUS e acesso aos serviços de saúde: reflexão acerca das barreiras para a efetivação desse direito. **Revista Eletrônica de Enfermagem**, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf, Acesso em: 04 mai. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo. Malheiros. 2009.

SILVA, Lairce Santos; MONTEIRO, Lays Krislianne dos Santos. A judicialização dos direitos fundamentais em decorrência da ineficácia das políticas públicas no Brasil. **Revista Libertas**, Juiz de Fora, v. 18, n. 1, p. 173-186, jan-jul. 2018.

SOUZA, João Marcos *et al.* A Judicialização da Saúde e a atuação do Judiciário diante da pandemia da Covid-19. **Revista Brasileira de Direito Sanitário**, n. 24, p. 23-58, 2020.

TITO, Ranney Harlin Henriques. **Judicialização Do Acesso A Medicamentos No Estado Da Paraíba: Observações De Decisões Locais E ANÁLISE DE POSSÍVEIS IMPACTOS PARA O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**. 2021. 93 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Desenvolvimento Regional, Centro de Ciências Sociais e Aplicadas, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2021. Cap. 3. Disponível em: <http://tede.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/tede/3727>. Acesso em: 08 out. de 2022.

ZENNI, Alessandro Severino Váller, MONARIN, Vitor; RAMIRO, Marcos Geandré Nakano. Estado de exceção para a dignidade da pessoa humana no contexto pandêmico atual. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, vol. 03, nº. 65, Curitiba, 2021. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4227/0> Acesso em: 08 mai. 2023.