

## **ARTIGO: O direito à saúde e a “judicialização da política”**

**Carlos Roberto Pegoretti Júnior**<sup>1</sup>

**RESUMO:** Os entes políticos, por vezes, encontram-se no pólo passivo de demandas judiciais referentes à entrega de medicamento ou fornecimento de tratamento médico. Não raras vezes, o Poder Judiciário condena as Fazendas Públicas a fornecerem os medicamentos ou os tratamentos requeridos, mesmo que estes não façam parte das listas oficiais elaboradas pelas Administrações Públicas dentro de uma elaborada política pública de saúde. Isso ocorre por uma leitura parcial da norma constitucional que cuida do tema, ocasionando um “ativismo judicial” e uma “judicialização da política”. Por fim, superadas tais questões, será observado que o tema, da maneira como é tratado pelo Poder Judiciário, desrespeita o princípio da isonomia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à saúde. Judicialização da política. Ativismo judicial. Princípio da isonomia.

### **1 Introdução**

O direito à saúde é garantido constitucionalmente, sendo direito de todos e dever do Estado. Segundo literal disposição da Constituição Federal de 1988:

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Procurador do Município de Diadema/SP. E-mail do autor: carlospegoretti@ig.com.br

Art. 196. A saúde é 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.

Com base neste dispositivo, inúmeras ações judiciais são propostas diariamente em face dos entes políticos, sobretudo em relação aos entes municipais. Ainda, com base neste mesmo dispositivo, o Poder Judiciário condena o ente político a fornecer ao cidadão os medicamentos e tratamentos requeridos.

Este artigo pretende demonstrar que o direito à saúde, como todo e qualquer direito, não possui caráter absoluto. Ainda, e principalmente, este artigo tem o intuito de apontar uma leitura mais completa das normas constitucionais que informam a temática.

## **2 Sobre o inteiro teor do artigo 196 da CF/88**

Inicialmente, aponta-se para uma leitura mais atenta a ser realizada sobre o artigo 196 da CF/88.

Vale, neste momento, a repetição do referido artigo, que textualmente afirma que *saúde é 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* (grifo nosso).

Percebe-se que, se a CF/88 afirma que a saúde é dever do Estado, também afirma que tal dever será realizado através de políticas sociais e econômicas. Ou seja, o direito à saúde não deve ser concedido de qualquer forma, de maneira livre e sem critérios, pelo contrário, deve ser concedido pelo modo estabelecido pelo Estado através dessas políticas públicas.

O ente político, por outro lado, não é totalmente livre para estabelecer as regras dessa política pública destinada a assegurar o direito à saúde dos cidadãos. A própria CF/88 estabelece parâmetros.

A saúde, com é sabido, faz parte da chamada seguridade social, a qual é primeiramente prevista no artigo 194 da Carta da República.

Prevê o citado artigo:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Portanto, a saúde faz parte de uma política maior, a da seguridade social, cuja responsabilidade pertence ao Poder Executivo. A Administração deve, no momento da elaboração dessa política, observar os seguintes elementos:

Art. 194 (...)

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Como pode ser observado, o inciso I determina que a política de saúde deve alcançar a todos os cidadãos, justamente confirmando a citação do art. 196 da CF/88: “a saúde é direito de todos”.

No entanto, a norma não se encontra isolada no ordenamento, devendo ser lida juntamente com outros incisos. Assim, o inciso III do art. 194 estabelece que a política de saúde, a ser definida pela Administração Pública, que deve atender a todos os cidadãos (inciso I), deve ser seletiva na prestação de seus benefícios e serviços.

Isso significa que o ente político, através de seu Poder Executivo, responsável pela administração do Estado, pode (e deve) selecionar os serviços (tratamento e medicamento) que irá fornecer aos cidadãos.

Verdadeiramente, o ente político produz listagens de medicamentos e tratamentos que irá, administrativamente, fornecer ao cidadão. Importante observar que estas listagens cumprem ordem constitucional de estabelecer uma política de saúde com seletividade, e é justamente isto que torna possível a ordem constitucional de universalizar o acesso a medicamentos e tratamentos.

No entanto, o Poder Judiciário não observa a temática desta forma, restringindo a temática à leitura de parte do artigo 196 da CF/88: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Por tal razão, as ações judiciais em que se requer tratamento de saúde e entrega de medicamento por parte do Poder Público são, corriqueiramente, julgadas procedentes, mesmo que o tratamento e o medicamento não se encontrem nas listas produzidas pelos entes políticos.

Como se observará nos próximos itens, essa postura ofende diretamente a CF/88, em diversos aspectos.

### **3 A Judicialização da política**

Conforme observado, o direito à saúde é constitucionalmente garantido. No entanto, o é através de política a ser estabelecida pelo Poder Executivo, sempre respeitando os ditames constitucionais e legais.

Quando a questão é levada ao Poder Judiciário, através de uma ação judicial movida em face do Poder Público, corre-se o risco de haver uma “judicialização da política”, ou seja, uma verdadeira elaboração da política de saúde por parte do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, dentro do Estado Democrático de Direito, tem o papel fundamental de aplicar e afirmar o direito em um caso concreto ou, mesmo abstratamente, como se dá em ações diretas no Supremo Tribunal Federal, estabelecer interpretações e, ao final, afirmar o direito. Em outras palavras, o papel do Poder Judiciário é de afirmar o direito posto.

Existe certa discussão em relação a um papel mais ativo do Poder Judiciário, temática ligada ao chamado “ativismo judicial”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em um ou outro momento, já se mostrou mais ativa, como se deu no caso do direito de greve dos servidores públicos, em que houve uma inércia do Poder Público em regulamentar um direito constitucionalmente garantido.

No entanto, a questão que ora se discute é outra. O direito à saúde encontra fundamento constitucional, com todos aqueles aspectos apontados no item anterior deste artigo. O Poder Público, nesta temática, não se manteve inerte, pelo contrário, mostrou-se ativo, criando listagens de tratamentos e medicamentos que respeitam a seletividade constitucional, criando programas, órgãos e pessoas para implementar a universalização de acesso (como o fez com o SUS – Sistema Único de Saúde).

Portanto, conclui-se que, em relação ao direito à saúde, o Estado se apresentou atuante, não se omitindo.

Nestes termos, quando o Poder Judiciário entende por bem conceder um tratamento ou um medicamento não estabelecido a princípio na política desenvolvida pela Administração, temos uma verdadeira interferência de um Poder nas atribuições de outro Poder.

Quando se leva uma decisão política (e os medicamentos e tratamentos a serem dispensados pelo Estado fazem parte de uma decisão política) para dentro de um processo, permitindo que um juiz decida seu próprio conteúdo, temos a chamada “judicialização da política”, um ativismo judicial que deve ser evitado a fim de que seja possível a preservação da separação de Poderes e, no fundo, do próprio Estado de Direito.

Esta “judicialização da política” é uma questão com grande gravidade e com consequências inúmeras.

A judicialização desta questão de saúde pública acaba não só por infringir as atribuições conferidas à Administração, mas, quando o Poder Judiciário determina a entrega de medicamentos sem observar as regras da Lei Orçamentária, infringe também as atribuições do Poder Legislativo.

Portanto, quando o Poder Judiciário determina a entrega de medicamentos, insumos, tratamentos, etc, sem observar as políticas públicas de saúde estabelecidas pela Administração, o que ocorre, ao fundo, é uma verdadeira elaboração dessa política por parte do Poder Judiciário, devendo esse fato ser considerado um exemplo de “judicialização da política”, ocorrência que deve ser evitada a qualquer custo, já que coloca em risco a própria ordem democrática do Estado de Direito.

#### **4 Sobre a ofensa ao Princípio da Isonomia**

Pode-se supor, por um momento, que seja possível a judicialização da política ou, ainda, que o artigo 196 da CF/88 deve ser lido somente se considerando sua primeira parte (“a saúde é direito de todos e dever do Estado”), fechando-se os olhos para o restante da norma e também para todas as diretrizes impostas pelo artigo 194, também da Carta da República.

Mesmo que isso ocorra, ainda assim as ações judiciais que tenham como objeto o requerimento de medicamentos e tratamentos devem ser observadas com maior profundidade do que se faz na rotina dos Fóruns brasileiros.

Isso porque a concessão de um medicamento ou um tratamento por via judicial tende a ofender ao princípio da isonomia.

O princípio da isonomia encontra fundamento na CF/88. Por este princípio, de maneira muito superficial, pode ser afirmado que os iguais devem ser tratados de maneira igual e os desiguais de modo desigual, na medida de suas desigualdades (art. 5º, I da CF/88).

Como já dito, a Administração estabelece políticas públicas em relação à saúde e, mesmo que tais políticas sejam, por vezes, desconsideradas no bojo de uma ação judicial, elas existem e são aplicadas.

Assim, as listas de medicamentos e tratamentos são uma realidade, como também são uma realidade a forma de implementação dessas políticas e de fornecimento desses medicamentos e tratamentos.

Portanto, existem pessoas que se submetem às regras estabelecidas por estas políticas públicas. Existem pessoas que, por obra da vida e do destino, necessitam dos medicamentos e tratamentos fornecidos por estas políticas.

Por vezes, seja pela alta demanda, seja pela escassez orçamentária, seja pela limitação material do número de leitos, etc, o cidadão tem que aguardar um certo lapso temporal até ser atendido.

Importante salientar que seu direito à saúde não será ofendido, pois o cidadão será sim atendido. Ocorre que há uma fila para atendimento, que nada mais é do que uma regra que confere prioridade para aquele que antes pediu o atendimento e, também, prioridade para aquele que, de acordo com sua realidade, mais necessita.

Com o ingresso de uma demanda na qual se requer que o juiz determine que a Fazenda Pública conceda para o autor um medicamento ou um tratamento, o que se requer, ao fundo, é que o Estado cumpra seu dever de garantir o direito à saúde do cidadão.

Ocorre que, quando o Poder Judiciário julga esta ação procedente, determinando a imediata entrega do medicamento ou do tratamento, outros cidadãos, que administrativamente requereram o mesmo medicamento ou tratamento, encontrando-se em situação idêntica à do autor, serão preteridos, já que, não obstante se encontrarem em “lugar na fila” mais à frente, receberão os insumos depois do autor, que depois “entrou na fila” ou sequer “entrou”.

A ordem judicial, nestes tipos de ação, portanto, ofende necessariamente ao princípio da isonomia, pois concede insumo ao autor em detrimento de terceiros que estão em mesma situação, mas não fazem parte da demanda judicial: se os cidadãos se encontram em igualdade de condições, não há razão para trata-los de forma diferenciada.

Por fim, importante salientar que o princípio da isonomia é ofendido pela decisão judicial somente porque existe norma (lei e atos administrativos) que

disciplina a forma de se obter o medicamento ou o tratamento desejados. Com a demanda judicial, não se discute se o autor tem direito de receber o medicamento antes ou depois de terceira pessoa, mas simplesmente se o autor tem ou não direito ao medicamento e, uma vez determinado que tem direito, o Poder Judiciário ordena que a Fazenda entregue ao autor o bem material, sem observar qualquer regra que põe ordem nesta entrega. Fazenda um paralelo, seria o mesmo se o Judiciário determinasse que a Fazenda deve indenizar o autor em “x” reais e, em relação a ele, não precisaria observar a ordem do precatório.

## 5 Conclusão

A jurisprudência das Cortes brasileiras em relação ao direito à saúde realiza uma análise limitada das normas constitucionais sobre o tema.

Como observado, é difundida a informação de que a saúde é “*direito de todos e dever do Estado*”, sem se observar, ao mesmo tempo, que cabe à Administração Pública implementar este direito através de políticas públicas, as quais tomam, como diretrizes constitucionais, as linhas da universalidade de atendimento e, também, a **seletividade** na prestação dos benefícios e serviços.

Diante de uma leitura limitada da norma constitucional, não é raro os Tribunais brasileiros adotarem sobre o tema uma postura ativa, ingressando no que vem sendo chamado de “ativismo judicial” e “judicialização da política”.

Além disso, foi observado que, mesmo que se entendesse que a postura do Poder Judiciário encontra fundamento constitucional e legal, ou seja, mesmo que se entendesse que não se trata de verdadeiro “ativismo judicial” ou de “judicialização da política”, a análise processual deixa de considerar terceiros não envolvidos nas demandas deste porte, acabando por violar o princípio da isonomia, já que, com a ordem judicial, uma “fila” administrativa será desrespeitada.

## **6 Referências**

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 14.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva. 1992.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2013 – 28<sup>a</sup> edição.

DE MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 22<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009 – 4ª edição.

NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. São Paulo: Método, 2014 – 9ª edição.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2007 – 29ª edição.