

# O DIREITO À SAÚDE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL E A JUDICIALIZAÇÃO

## THE RIGHT TO HEALTH AS A FUNDAMENTAL PRINCIPLE AND JUDICIALIZATION

Joice Cristina de Paula<sup>1</sup>

Thiago Silva da Fonseca<sup>2</sup>

Lara Paulina Cedro Fraga<sup>3</sup>

Selma Maria da Fonseca Viegas<sup>4</sup>

### RESUMO

É importante a discussão sobre o direito à saúde e seu exercício como matéria de direito constitucional fundamental. A saúde no Brasil tem se desenvolvido muito a partir do contexto de princípios fundamentais e, ao mesmo tempo, proporciona grandes discussões no âmbito jurídico. Trata-se de uma revisão crítica da literatura baseada em artigos originais publicados em acesso aberto, considerando o corte temporal nos anos de 2019 a 2022, cujo objetivo foi discutir sobre a efetividade do direito à saúde e a interferência da judicialização de processos na concretização desta prerrogativa. O estudo mostrou a fragilidade do sistema de saúde no Brasil, além da baixa eficácia da legislação, o que torna cada vez mais recorrente o acionamento do Poder Judiciário para solução de demandas referentes ao tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais; direito à saúde; judicialização; normas jurídicas. saúde.

### ABSTRACT

It is important to discuss the right to health and its exercise as a fundamental constitutional right. Health in Brazil has developed a lot from the context of fundamental principles and, at the same time, provides great discussions in the legal sphere. This is a critical review of the literature based on original articles published in open access, considering the time cut in the years 2019 to 2022, whose objective was to discuss the effectiveness of the right to health and the interference of the judicialization of processes in the realization of this prerogative. The study showed the fragility of the health system in Brazil, as well as the low effectiveness of the legislation, which makes it increasingly common for the Judiciary to be called upon to resolve demands on the subject.

**KEYWORDS:** fundamental rights; right to health; judicialization; legal norms; health.

---

<sup>1</sup>Advogada. Mestre em Ciências. Docente da Faculdade Anhanguera.

<sup>2</sup>Graduando no curso de Direito da Faculdade Anhanguera.

<sup>3</sup>Graduando no curso de Direito da Faculdade Anhanguera.

<sup>4</sup>Enfermeira. Doutora e Pós-Doutora em Enfermagem. Docente Associada II da Universidade Federal de São João del-Rei.

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade mostra a importância do exercício dos direitos fundamentais e de suas garantias para o bom desenvolvimento humano e social. Dentre tantos direitos, como os da educação, liberdade, moradia, dignidade, está o direito à saúde, que, no cenário brasileiro, é universal e público. Levantamentos sobre esta temática estão cada dia mais emergentes no cotidiano mundial, em especial, no âmbito judiciário.

Preliminarmente, é preciso entender a origem desses direitos fundamentais que se deu, formalmente, no fim da Segunda Grande Guerra com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em Paris, com a finalidade de resguardar o ser humano de atrocidades como as que tinham acontecido durante a guerra. Dentre os 30 artigos presentes na DUDH, estão descritos garantias e direitos do ser humano sem nenhuma distinção. O artigo 25 cita diretamente o direito à saúde, bem-estar, cuidados médicos, entre outros, ao próprio indivíduo e à sua família. Posteriormente, essas garantias fundamentais foram também inseridas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reafirmando este direito humano com mais firmeza no território brasileiro (ONU, 1948; BRASIL, 1988; MACHADO, FARIA, 2022).

A Constituição Federal estabeleceu os direitos fundamentais e todas as garantias previstas nesta Carta Magna, de forma imprescindível, para que o cidadão exista de forma digna. Direitos esses que são protetivos, não estão todos em rol taxativo, mas são estabelecidos de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, visando a combinar formas de autonomia e proteção fornecidas pelo Estado que administra a forma como os indivíduos devem se relacionar (BRASIL, 1988). No rol de direitos fundamentais, observa-se, como um dos principais, o direito à saúde, que garante o acesso e a efetividade do serviço público à saúde do cidadão que dele necessite. Ademais, a Constituição Federal dispõe de forma clara e direta sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), nos artigos 196 a 200, o que expande ainda mais a necessidade da eficácia desse direito (BRASIL, 1988).

Para confirmar a efetividade normativa, a Lei nº 8.080/1990 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Nos termos da legislação, são ratificados diversos juízos que garantam a efetividade do acesso pleno aos serviços de saúde no país, além de tratar sobre a igualdade de assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, entre outras garantias (BRASIL, 1990).

Apesar de toda a disposição legal sobre o assunto, observa-se que a jurisdição civil enfrenta, atualmente, inúmeros processos para solucionar conflitos na esfera da saúde. A expressiva procura

pelo judiciário tem por consequência a morosidade e burocratização das ações, podendo acarretar em espera de anos para que sejam finalmente sentenciadas. Nesse contexto, faz-se necessário verificar a incontestabilidade da eficácia dessa garantia fundamental na realidade brasileira. Indubitavelmente, a judicialização dos processos é uma das problematizações, o que é comprovado pelos mais de 520 mil processos judiciais referentes à saúde (CNJ, 2022).

Neste ínterim, questiona-se: como a judicialização dos processos interfere no efetivo exercício do direito fundamental à saúde?

Justifica-se este estudo pela importância da temática diante da realidade social e de saúde vivenciada no Brasil nos últimos anos, perante às garantias dispostas na Constituição Federal de 1988 e as demais legislações basilares como a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Lei 8080 de 1990. Destarte, este artigo teve por objetivo discutir sobre a efetividade do direito à saúde e a interferência da judicialização de processos na concretização desta prerrogativa.

## 2 METODOLOGIA

Trata-se de uma revisão crítica da literatura baseada em artigos originais publicados em acesso aberto, considerando o corte temporal nos anos de 2019 a 2022. Para busca dos artigos, foram utilizados descritores afins com a temática na *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), *DOAJ Open Global Trusted*, Dialnet, Indexlaw, Biblioteca Digital de Periódicos da Universidade Federal do Paraná e Periódicos Universidade Federal do Tocantins, além da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990.

Para o aprofundamento da pesquisa, foi realizada a busca com o uso dos operadores booleanos AND e OR, utilizando-se as seguintes palavras-chave: Saúde; Judicialização da Saúde; política pública de saúde; Direito à Saúde.

Para inclusão e seleção dos estudos, foi avaliada a similaridade ao objeto abordado, sendo considerado exclusivamente artigos que analisavam o direito à saúde como um produto judicializado; a efetividade dos direitos fundamentais; a aplicabilidade de políticas públicas na área da saúde no que tange à vida dos cidadãos. Foram excluídos aqueles que se dissociaram da temática.

Quadro 1 – Características dos estudos elegíveis, objetivos e principais considerações, 2023.

Título	Portal/Base de dados	Ano	País de origem	Métodos	Objetivo e principais considerações
A judicialização da saúde: uma atuação da magistratura na	SciELO	2019	Brasil	Estudo descritivo exploratório	O escopo foi trabalhar o direito à saúde como exemplo de direito fundamental, sob a perspectiva dos

<p>sinalização da necessidade de desenvolvimento e de implementação de políticas públicas na área da saúde.</p>					<p>direitos humanos e, analisando o município de Valença e a judicialização da saúde que nele ocorre, buscar entender e sugerir mecanismos para a redução das desigualdades sociais e vulnerabilidade dos grupos humanos, por meio da prestação de serviços/tratamento na rede pública de saúde que atendam aos princípios da igualdade e universalidade.</p>
<p>A efetividade da lei de prioridade especial quanto às demandas judiciais de saúde na 2ª instância do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro</p>	<p>Scielo</p>	<p>2020</p>	<p>Brasil</p>	<p>Estudo observacional do tipo transversal descritivo</p>	<p>Avaliar a efetividade da Lei de prioridade especial quanto às demandas judiciais de saúde na 2ª. Instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro, RJ, Brasil. Considera-se que a lei de prioridade especial ainda não tem efetividade jurídica nas demandas ajuizadas para exercer o direito à saúde no Rio de Janeiro.</p>
<p>Análise comparativa: direitos humanos e as leis orgânicas da saúde</p>	<p>Scielo</p>	<p>2022</p>	<p>Brasil</p>	<p>Análise comparativa</p>	<p>O artigo realiza uma análise comparativa entre os direitos humanos descritos na <i>Declaração Universal de Direitos Humanos</i> e as Leis Orgânicas 8.080/1990 e 8.142/1990, que regulamentam o Sistema Único de Saúde. Discussões acerca dessa temática são fundamentais para que profissionais da saúde identifiquem lacunas entre teoria e prática hospitalar e, dessa forma, garantam os direitos dos pacientes.</p>
<p>Descompasso na saúde pública: o acesso à justiça e a judicialização versus o direito à saúde na Constituição de 1988</p>	<p>DOAJ Open Global Trusted</p>	<p>2021</p>	<p>Brasil</p>	<p>Método dedutivo</p>	<p>O objetivo foi demonstrar que os problemas da judicialização da saúde simbolizam uma forma desigual de acessar prestações e serviços de saúde, e até mesmo desproporcional, considerando a exequibilidade das decisões judiciais. Concluiu-se pela necessidade de uma justiça por equidade, a partir do apoio técnico especializado ao magistrado, como a plataforma e-NATJus.</p>
<p>A intervenção do poder judiciário diante da omissão estatal na garantia do direito à saúde: a judicialização da saúde.</p>	<p>Dialnet - Millenium</p>	<p>2021</p>	<p>Brasil</p>	<p>Pesquisa bibliográfica</p>	<p>O objetivo geral visa a avaliar a importância e a eficácia da tutela de urgência na garantia do direito à saúde. Considerou-se que os direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana estão intimamente ligados, visto que, na falta de um, não há possibilidade de exercer os outros. Neste contexto, e para finalizar esta análise, de acordo com as fontes do direito, é preciso definir de forma precisa o que tem mais força junto ao ordenamento jurídico: princípios, as leis, as jurisprudências, os costumes.</p>
<p>A mediação sanitária como alternativa à judicialização do</p>	<p>Scielo</p>	<p>2019</p>	<p>Espanha</p>	<p>Pesquisa bibliográfica</p>	<p>O artigo empreende uma discussão sobre o instituto da Mediação, para contemplá-la como uma forma de</p>

direito à saúde					exercício social de acesso à justiça. A Mediação é pouco utilizada no País. É ferramenta para a solução de controvérsias, a fim de evitar a necessidade de mobilização do Poder Judiciário. A Mediação pode amenizar as controvérsias que geram a judicialização.
Mediação sanitária, um olhar para o direito à saúde à luz do diritto vivente	Indexlaw	2019	Itália/Brasil	Pesquisa bibliográfica	O artigo examina a mediação sanitária como possibilidade de efetivar o direito à saúde, resignificando os conflitos a partir da teoria de Eligio Resta - <i>Diritto Vivente</i> .
Judicialização da saúde: reserva do possível e mínimo existencial	Biblioteca Digital de periódicos da Universidade Federal do Paraná	2021	Brasil	Pesquisa qualitativa e analítica	Objetivou analisar casos de judicialização da saúde, descrever seu desfecho e discutir as repercussões das decisões judiciais para o atendimento em saúde e o Sistema Único de Saúde. O dilema entre a vida humana e a economia apareceu nas decisões judiciais, e a judicialização apresentou-se como mecanismo de garantia de direitos. Contribuiu-se com a discussão sobre demandas judiciais na saúde e a baixa capacidade de atendimento às pessoas com necessidades complexas.
Law and moral justification	Scielo	2020	Brasil	Pesquisa bibliográfica	Buscou-se esclarecer que tipo de pretensão moral seria adequada ao direito se o direito levantasse a pretensão de ser moralmente justificado. Argumenta-se que a prática jurídica é perfeitamente inteligível sem pressuposições morais - isto é, que não é necessário que o direito levante pretensões morais.
A judicialização da saúde sob o prisma do princípio da isonomia e seus impactos no direito à saúde coletiva	Periódicos UFT	2022	Brasil	Pesquisa qualitativa bibliográfica	O objetivo foi revisar dados bibliográficos e jurisprudenciais para realizar investigações científicas acerca da temática. O estudo avalia os impactos da judicialização da saúde na isonomia, contextualizando o processo histórico de saúde pública no Brasil e ilustrando a saúde coletiva infringida pelo acesso a saúde individual por vias judiciais na esfera da isonomia.
A pandemia da COVID-19 pelas lentes da logística humanitária	Scielo	2022	Brasil	Revisão integrativa de literatura	O objetivo do estudo foi identificar na literatura a relação entre a logística humanitária e a evolução da pandemia de COVID-19. O caráter mundialmente emergencial sugere a necessidade de fortalecer o conhecimento científico acerca da temática da logística humanitária relacionada a eventos de desastres.
Uma análise sobre o desenvolvimento de tecnologias digitais em saúde para o enfrentamento da COVID-19 no Brasil e	Scielo	2020	Brasil	Ensaio teórico	O Ensaio objetivou compilar e analisar algumas experiências de uso das tecnologias digitais em saúde, para minimizar os impactos da COVID-19. A maioria das iniciativas listadas tem sido eficaz na minimização dos

no mundo					impactos da COVID-19 nos sistemas de saúde, de modo que visa à diminuição da aglomeração de pessoas e assim facilita o acesso aos serviços, bem como contribui para a incorporação de novas práticas e modos de cuidar, em saúde.
----------	--	--	--	--	---

### 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Foram encontrados 27 artigos sobre as vertentes: “saúde”, “direitos fundamentais”, “direito à saúde”, “judicialização”, “normas jurídicas”. Dentre esses, 15 foram excluídos por fugirem do objeto principal deste estudo ou por tratarem de assuntos muito específicos para determinadas regiões ou situações, restando 12 artigos para esta revisão. Vale ressaltar que a discussão fundamentou-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Lei nº 8.080/1990.

#### 3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988 é a lei suprema do Brasil e, portanto, rege todas as demais leis, além de orientar e descrever como deve ser a distribuição de poderes, competências dos entes federados e direitos dos cidadãos. Dentre seus 250 artigos, diversos tratam de direitos e garantias que são essenciais à vida humana digna a todos os brasileiros, sem restrições preconceituosas. O conceito de direitos fundamentais tem como berço a Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada após a Segunda Grande Guerra Mundial e que acautelava o povo de atos desumanos acontecidos naquele período, como torturas, massacres em massa, crimes de genocídio e similares. Assim sendo, a DUDH serviu, e serve até a atualidade, como orientação nas fundamentações básicas de muitas Constituições de diversos países, assim como aconteceu com o Brasil (BRASIL, 1988; ONU, 1948).

No que tange aos direitos fundamentais, estes são normas essenciais a todos os cidadãos, individual e socialmente. Representam valores básicos justificados na própria sociedade e na necessidade de serem considerados fundamentais a todos e, com o tempo, passam pelo processo de positivação, ganham instrumentos para serem garantidos e, posteriormente, efetivados. Os direitos fundamentais, mesmo sendo garantidos pela positivação, não são eficazes na sociedade e isso ocorre por diversos motivos (SOBRINHO, FRIZON, PIUCCO, 2019).

Os direitos fundamentais devem ser exigíveis de forma igualitária por todos. A perspectiva de norma jurídica exigível é de que os direitos, por mais que estejam positivados e declarados, devem ser garantidos, pois haverá momentos em que serão colocados em discussão. A garantia

destes direitos pode ser reivindicada pelos indivíduos às autoridades competentes para ofertar os serviços à população. As garantias são instrumentos para os direitos fundamentais serem exigíveis (SOBRINHO, FRIZON, PIUCCO, 2019).

Neste sentido, acredita-se que o questionamento relativo a este direito deve partir de uma Pretensão Moral Justificada, ou seja, o aplicador da legislação deve fazer cumprir independente de suas convicções pessoais. Esta justificativa deve advir da dignidade da pessoa humana, em que sejam fundamentados em valores básicos sociais, que se formaram a partir da modernidade. Com a explicação dessa pretensão, tem-se a questão relativa ao porquê dos direitos fundamentais, ou seja, a fundamentação teórica de tais direitos. Essa pretensão moral deve ser positivada com a possibilidade de sua previsão legal, pois, ao não ser positivada, a pretensão não passaria de um direito natural. Assim, determina-se que os direitos fundamentais são considerados como conquistas sociais históricas e surgem no trânsito para a modernidade (FAGGION, 2020).

### **3.2 DIREITO À SAÚDE**

Internamente aos direitos fundamentais, o direito à saúde é tema de grande valia a ser estudado e debatido, sendo a saúde erigida como direito no Brasil pela Constituição de 1988. É tratada como um direito social e de todos, cujo dever do Estado é garanti-la a partir de políticas sociais e econômicas com o objetivo de reduzir o risco de doenças e outros agravos, como também proporcionar o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde em prol de sua promoção, recuperação e proteção. Logo, a garantia de uma melhor qualidade de vida do ser humano em sociedade e da sociedade como um todo implica políticas públicas que estabeleçam condições que proporcionem o bem-estar físico, psíquico individual e social (FORTUNATO, BOTELHO, 2021).

No contexto nacional, o direito à saúde foi introduzido por meio de movimentos sociais que se sucederam na década de 1970, em que profissionais da saúde, buscando reparos nesse setor, desenvolveram teses e integraram discussões políticas no país, com o escopo de melhorar as condições de vida dos cidadãos. O movimento foi denominado de Reforma Sanitária. As propostas estabelecidas advindas deste movimento procederam na universalidade do direito à saúde, oficializado por intermédio da Constituição Federal de 1988 e da criação do SUS (BRASIL, 1990).

Enquanto direito social, o direito à saúde ampara não só os economicamente vulneráveis, mas, sim, todas as pessoas, consistindo em um direito prestacional cujo escopo é proporcionar a todos os benefícios da vida em sociedade. Dessa forma, assegurar o direito à saúde demanda uma boa gestão econômica e política, justamente pelo fato de se tratar de uma garantia que precisa ser prestada no tocante à proteção, recuperação e prevenção de riscos e agravos e promoção da saúde

do indivíduo (FORTUNATO, BOTELHO, 2021).

Constata-se que o direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito à vida, porém não se reserva exclusivamente ao atendimento especializado por profissionais, mas também a outros direitos básicos que garantam a efetividade do direito à vida, dignidade e integridade, dependendo de atribuições individuais, psicológicas, físicas e do desenvolvimento social e econômico do indivíduo e dos que o circundam. Ademais, o direito à saúde está também coligado às relações além da solução de enfermidades, como a relação com outros seres humanos e com o ambiente e a maneira de viver. A cobertura de saúde deve ser para todos de forma ampla e irrestrita no que tange a ações e serviços, inclusive eventuais riscos, bem como a sua destinação, uma vez que toda pessoa é detentora do direito à saúde (FORTUNATO, BOTELHO, 2021).

Cabe elucidar que a Constituição garante a todos os seres humanos as mesmas condições de acesso ao sistema público de saúde, porém nem sempre em qualquer situação; depende da condição, do direito subjetivo buscado e da capacidade de oferta pelo Estado (SARLET, 2018, p. 339). Isto é, sob o aspecto coletivo, o direito à saúde deve ser abordado com a devida relevância a ponto de as pessoas terem consciência de que seu direito (individual) à saúde não é ilimitado (SARLET, 2018).

A lei constituiu um significativo marco jurídico e político de modo a efetivar os direitos das pessoas, reconhecendo-as como seres humanos que devem ser respeitados em toda sua plenitude. No entanto, o sistema público de saúde apresenta algumas falhas quanto à sua real efetividade, a exemplo, a escassez de recursos financeiros; carência de insumos médicos; atraso no repasse de verbas públicas; insuficiência de leitos; reduzido número de profissionais para suprir a demanda de pacientes; entre outros. Com a problemática acima coligada, recorrer em juízo torna-se um dos instrumentos amplamente utilizados pela população como reivindicação de seus direitos individuais (AZEVEDO, GIRIANELLI, BONFATTI, 2020).

Em se tratando de cenários contemporâneos, o sistema público de saúde enfrenta demandas volumosas e emergenciais, o que acarreta lentidão e precariedade em todo o setor e posterior descumprimento das garantias previstas na Constituição Federal brasileira. Por conseguinte, essa realidade agravou-se recentemente com a pandemia da COVID-19, atrasando e dificultando o acesso e a eficácia do sistema público de saúde. Dessa forma, afirma-se o termo morosidade, em relação à utilização e à eficácia do direito à saúde, como aplicável e contemporâneo, de modo que o acúmulo de processos e a lentidão do judiciário exemplificam essa realidade (BASTOS, FERREIRA, 2019).

### **3.3 A PANDEMIA DE COVID-19 E O SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE BRASILEIRO**

A sintomatologia da doença, identificada e constatada, transcorre desde casos assintomáticos a outros que manifestam comprometimento respiratório de forma leve, moderada ou crítica. Nesse sentido, a ocorrência de crise sanitária é determinada pela dinâmica da evolução da doença manifestada e, conseqüentemente, por sua dispersão geográfica. Ao se considerar o impacto das doenças infecciosas, especificamente, porque o mundo ainda está lidando com a COVID-19, para além da deficiência de estudos, os existentes ainda estão em andamento e não estão totalmente articulados em reflexões de médio e longo prazo, o que aumenta o grau de incerteza quanto às medidas de prognósticos, prevenção, profilaxia e possibilidades no tratamento do agravo (SILVEIRA, FILHO, PONTES, LOPES, MANFRINI, 2022).

A pandemia de COVID-19 trouxe gradativa mudança no cenário em que estávamos inseridos. Uso de máscaras em ambientes fechados e abertos, isolamento vertical, quarentena e a etiqueta respiratória foram alguns dos mecanismos utilizados nesse período para conter os avanços da doença. Além disso, a adoção de medidas de proteção, como higiene das mãos, evitar tossir ou espirrar, incentivar o isolamento social e evitar a aglomeração de pessoas, bem como procurar os serviços de saúde somente em situações de quadro clínico agravado, com o surgimento de febre acima de 37,8°C e dispneia (CELUPPI, LIMA, ROSSI, WASLAWICK, DALMARCO, 2020).

Outrossim, a transmissão do Novo Coronavírus foi considerada uma emergência de saúde pública internacional que, conforme o regulamento sanitário, representou o mais alto nível de alerta da Organização Mundial da Saúde (OMS) nas últimas décadas. O contexto de pandemia forçou uma mudança no modelo tradicional de atendimento. As organizações de saúde tiveram de renunciar ao rotineiro cuidado presencial e investir em soluções tecnológicas para realizar o acompanhamento clínico não presencial dos pacientes. Em vista disso, os profissionais de saúde enfrentam um duplo desafio: avançar nos conhecimentos sobre uma nova doença e adaptar-se a uma nova maneira de prestar cuidados. Acredita-se que o avanço em tecnologias interativas em saúde pode ser uma opção efetiva e segura para facilitar o contato entre profissionais da saúde e pacientes (CELUPPI, LIMA, ROSSI, WASLAWICK, DALMARCO, 2020).

O papel do SUS foi de extrema relevância no âmbito supracitado. Em primeira consideração, é atribuída ao SUS a democratização do acesso à vacina a toda população brasileira, de diferentes laboratórios farmacêuticos, conforme as dosagens necessárias. Ainda, foram conferidas pelo SUS a expansão de leitos e compras de recursos, como respiradores e insumos, de forma emergente, bem como fornecer, com clareza e transparência, as informações pertinentes à situação do país à época. Essa mudança de realidade impactou completamente na disponibilização de recursos e atendimento em saúde (SILVEIRA, FILHO, PONTES, LOPES, MANFRINI, 2022).

Em dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) ressaltou a ocorrência de

uma infecção viral significativa em Wuhan, China. O vírus, que recebeu o nome de SARS-CoV-2, é transmitido por gotículas respiratórias. Devido à alta incidência e à elevada taxa de disseminação de casos, a OMS declarou a ocorrência de situação pandêmica em 11 de março de 2020. A propagação do vírus em escala mundial evoluiu de forma que os números chegaram a 759 milhões de casos confirmados e 6,8 milhões de mortes em abril de 2022. Finalmente, após análise do cenário mundial da doença, em 05 de maio de 2023, a Organização Mundial da Saúde declarou o fim da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), sendo assim, deixou de ser uma pandemia e passou a ser considerada uma doença viral que pode gerar casos no cotidiano da população, porém imunoprevenível, devendo os cuidados serem mantidos, como ocorre com outros tipos de doenças (SILVEIRA, FILHO, PONTES, LOPES, MANFRINI, 2022, OMS, 2023).

### **3.4 MOROSIDADE E INEFICÁCIA DO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE**

Primordialmente, é preciso recordar que, em nenhuma parte da Constituição de 1988, o direito à saúde é restringido ao orçamento estatal, sendo esse direito observado como uma das prioridades constitucionais. É preciso lembrar também que a Lei nº 8.080/1990 garante que o Estado mantenha condições indispensáveis para o pleno exercício do direito à saúde. Todavia, é notória a grande defasagem do Estado, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, que se evade de suas responsabilidades como administrador nacional (BRASIL, 1990; CASTRO; SANTOS, 2021).

Os inúmeros casos cotidianos que exemplificam o atraso ao acesso à saúde são reflexo da inefetividade de uma responsabilidade estatal que deveria ser plena. Dessa forma, tentando acelerar o processo para alcançar o direito à medicamentos, consultas, cirurgias ou semelhantes, a população tem recorrido cada vez mais ao Poder Judiciário para isso. Esse acúmulo de processos não resolvidos que, muitas vezes, são justificados como fora do mínimo existencial, ocasiona cada vez mais na morosidade do atendimento ao povo brasileiro. Destarte, a judicialização é o efeito da delegação indireta pela inação ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo na tomada de decisões ou da escolha e formulação de políticas públicas que interferem na vida do povo em favor de seu bem (FORTUNATO, BOTELHO, 2021).

A maneira como o direito à saúde foi positivado e não vem sendo concretizado resulta em inúmeros processos judiciais, devido a políticas públicas mal executadas e/ou inexistentes, ocasionando, conseqüentemente, problemas orçamentários, institucionais, dentre outros, tendo em vista as ordens advindas das decisões judiciais, em sua maioria, voltadas ao fornecimento ou custeio dos medicamentos, tratamentos, cirurgias e demais pleitos. Apesar de o SUS ser o responsável pela

execução das políticas públicas de saúde, a demanda mostra-se muito mais elevada do que a possibilidade dos cofres públicos, em especial devido à quantidade de solicitações por medicamentos, cirurgias e tratamentos, como também em termos de valores, cirurgias e tratamentos caros, estando alguns cobertos ou não pelo sistema, e outros não disponíveis de pronto (CASTRO, SANTOS, 2021).

A partir dessa perspectiva, a triste realidade de inúmeros casos que são direcionados ao Poder Judiciário com a finalidade de resolver processos que o SUS não consegue com efetividade, como, por exemplo, a entrega de certos medicamentos ou procedimentos médicos, ficou nomeada de judicialização da saúde.

### **3.5 RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL**

Um dos principais fundamentos utilizados pelo Estado para o não fornecimento de medicamentos ou de atendimentos médicos aos que necessitam de cuidados especializados é a *reserva do possível* paralelamente ao *mínimo existencial*. Fundamentos esses que são cada vez mais recorrentes nas decisões judiciais desde a década de 60, do século XX, considerando a situação decadente do SUS em mais de três décadas de criação e construção social (BRASIL, 1988).

O mínimo existencial é tratado como a existência de uma vida humana digna com condições mínimas para sobrevivência e, por outro ângulo, a reserva do possível é a noção de que o Estado trabalha com recursos finitos, de forma que certos direitos detenham uma estimativa econômica e só devem ser fornecidos se o Estado tiver recursos para isso (CARVALHO *et al.*, 2021).

Nesta perspectiva, observa-se a necessidade da eficácia da judicialização da saúde para que fundamentos como os supracitados não sirvam de escudo para que o Estado não cumpra com disposições constitucionais, como, por exemplo, a limitação do acesso ao direito à saúde utilizando a reserva do possível. Portanto, o direito fundamental à saúde, garantido constitucionalmente, precisa, sempre que necessário, ajustar-se às necessidades sociais e econômicas, propendendo e observando os orçamentos estatais para a tentativa eficaz de um atendimento justo ao povo brasileiro (BRASIL, 1990).

### **3.6 A MEDIAÇÃO SANITÁRIA E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

A judicialização da saúde existe devido ao caráter sensível da efetivação dos direitos pelo Estado, devido, especialmente, a questões políticas e econômicas. Se o poder público não exerce sua atribuição de modo a administrar os recursos e ofertar as garantias constitucionais, leva-se ao

Poder Judiciário a responsabilidade de fazer com que a demanda se cumpra. A falha na administração proporciona complexas crises no setor sanitário, a luta entre o Estado e o usuário do serviço público, ocasionando filas de esperas para a prestação estatal que, muitas vezes, não chega à população, questão esta que se busca solucionar entre os poderes (ARAÚJO, GARCIA, 2022).

Nas últimas duas décadas, o estudo e a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos vêm ganhando força e cada vez mais espaço no universo jurídico do Brasil. Formas consensuais que fizeram parte do ordenamento brasileiro desde o período colonial, como a arbitragem e a conciliação, estão novamente em voga como meios de resolução de conflitos mais atraentes que o Judiciário. Outra forma de resolução pacífica de conflitos cuja utilização e pesquisa vêm sendo estimuladas - apesar de não ter uma tradição histórica no ordenamento pátrio como os métodos anteriormente citados - é a mediação, a qual recentemente ganhou prestígio legal ao ser prevista no Código de Processo Civil de 2015, além de receber lei própria, a Lei nº 13.140/2015, que dispõe:

“Art. 1º: Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único: Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015, Art. 1º).

No que se refere à denominação *Mediação Sanitária*, é interessante observar que, para além de resolver as controvérsias, tem-se um viés de compreender os atritos que geram os problemas da saúde pública brasileira. Insta declarar, a princípio, suas vantagens, em primeira análise, a desjudicialização. Retirar as ações já existentes para serem resolvidas fora do âmbito judicial facilita a desobstrução do sistema público de saúde. Destarte, a celeridade do processo é também benefício em razão da Mediação Sanitária, além da diminuição de custo e da redução do desgaste emocional das partes (SAMPAIO, ALVES, 2019).

Paralelamente, as desvantagens são poucas: sua execução sem cautela pode fazer com que a parte mais poderosa influencie o resultado; a mediação também demanda tempo - apesar de ser mais rápida que o processo judicial, pode ser demorada pelo fato de que uma das partes pode impedir o progresso da mediação ou só pelo simples fato de levar em conta todos os atores do conflito - e, no caso dos conflitos de saúde, são muitos atores para serem ouvidos; não é obrigatória a participação das partes e os mediadores não podem obrigá-las a participar do processo de mediação. Todavia, ressalta-se que essas são desvantagens gerais da mediação, não houve, em nenhum momento, uma desvantagem apontada diretamente para a mediação sanitária (SAMPAIO, ALVES, 2019).

De forma abrangente, a mediação sanitária é uma forma muito mais democrática e cidadã de resolver os conflitos, justamente porque envolve todos os interessados nas questões debatidas ou

nos conflitos resolvidos, além de garantir uma melhor realização do serviço público de saúde para toda a sociedade e não apenas para uma pessoa ou um grupo específico. Ao resgatar tais valores, a mediação estabelece uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia, que empodera individual e socialmente o cidadão a exercer o direito – que lhe cabe – de buscar um resultado justo na resolução de conflitos (MARTINI, MICHELON, 2019).

Nas últimas duas décadas, o estudo e a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos vêm ganhando força e cada vez mais espaço no universo jurídico do Brasil. Formas consensuais que fizeram parte do ordenamento brasileiro, desde o período colonial, como a arbitragem e a conciliação, estão novamente em voga como meios de resolução de conflitos mais atraentes que o Judiciário. No país, contamos com câmaras ou órgãos que atuam ativamente em favor da mediação sanitária. A exemplo, no Distrito Federal, foi instaurada, em 2013, a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS), cujo objetivo é auxiliar nas questões judiciais da saúde conforme mencionado acima. Já no estado de Minas Gerais, dispõe-se do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde (CAOSAÚDE), que tem como escopo a conciliação entre usuários e gestores, além de tratar de temas específicos do setor de saúde (SAMPAIO, ALVES, 2019).

Em suma, fica claro que a mediação sanitária é um poderoso instrumento, pois permite a interação democrática entre os participantes, atuando veementemente na garantia social do direito à saúde aos cidadãos (MARTINI, MICHELON, 2019).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A realidade dos direitos fundamentais é de suma importância aos cidadãos, já que asseguram as necessidades básicas para uma vida digna e plena. Tendo em vista a quantidade ampla de direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, faz-se relevante o direito à saúde para proteção e manutenção da vida com qualidade. Isso porque o conceito de saúde pode ser interpretado de forma ampla e muito abrangente, podendo, por exemplo, remeter-se à saúde física, mental, emocional, espiritual.

Em se tratando de saúde física e mental, o presente artigo teve como objetivo expor as dificuldades já estudadas a respeito da morosidade e da ineficácia de certos dispositivos, vindos dos poderes executivo e judiciário, que deveriam ser auxílio e pilares firmes para garantir o direito fundamental à saúde, como resguarda a Constituição Federal de 1988. Da mesma maneira, este estudo também expôs conceitos como a *reserva do possível* e o *mínimo existencial*, que são muito utilizados em decisões judiciais em tentativas de mediações para resolver os problemas gerados

pelo acúmulo de processos relacionados à morosidade ao acesso à saúde digna.

Ante ao exposto, percebe-se a fragilidade do SUS, bem como a falta de eficácia da legislação na prática. Diante dos vários aspectos discutidos, após anos de vigência de legislações que abordam o direito à saúde, nota-se que é preciso que políticas públicas sejam desenvolvidas com o objetivo de reduzir as demandas judiciais por garantias que já deveriam ser aplicadas, sendo esta a contribuição deste estudo. Sendo assim, para que o direito fundamental à saúde possa ser exercido de maneira plena, apesar de ser uma realidade distante na vivência atual, faz-se essencial um equilíbrio e avaliação da situação pelos poderes da União.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Warley Henrique; GARCIA, Janay. A judicialização da saúde sob o prisma do princípio da isonomia e seus impactos no direito à saúde. Rev. Vertentes do Direito, 2022. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/13265> . Acesso em 18 de janeiro de 2023.

AZEVEDO, Aldilene; GIRIANELLI, Vania; BONFATTI, Renato José. A efetividade da lei de prioridade especial quanto às demandas judiciais de saúde na 2ª Instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro. Rev. Bras. Geriatria e Gerontologia, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbgg/a/XsWXhHtpCJ49q7RwpZWPTJJ/abstract/?lang=pt> . Acesso em: 05 de janeiro de 2023.

BASTOS, Soraya Pina; FERREIRA, Aldo Pacheco. A judicialização da saúde: uma atuação da magistratura na sinalização da necessidade de desenvolvimento e de implementação de políticas públicas na área da saúde. Rev. Saúde em Debate, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/FyVT5mpJVzynnPLmg4ybTqb/?lang=pt> . Acesso em: 15 de dezembro de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao). Acesso em: 27 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, Código Civil, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 27 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.0880, Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 27 de dezembro de 2022.

CARVALHO, Eloá Carneiro; SOARES, Samila Silva; FARIAS, Sheila Nascimento; ANDRADE, Karla Biancha; SOUZA, Pedro Hugo; BRANCO, Vinísiua Nemesio; VARELLA, Thereza Christina; SOUZA, Norma Valéria. Judicialização da Saúde: reserva do possível e mínimo existencial. Revista Cogitare Enfermagem, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cenf/a/xfSyPQkwp9LN9gQLJvWnzKS/> . Acesso em: 26 de fevereiro de

2023.

CASTRO, Vanessa; SANTOS, Maria Beatriz. A intervenção do poder judiciário diante da omissão estatal na garantia do direito à saúde: a judicialização da saúde. Rev. Millenium, 2021. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7960040>. Acesso em: 20 de novembro de 2022.

FARIA, Carola Dourado; MACHADO, Yuri de Jesus. Análise comparativa: direitos humanos e as leis orgânicas da saúde. Rev. Bioética, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/pSmJKmtGG6ZgfqbsKXFyDnR/>. Acesso em: 12 de dezembro de 2022.

FORTUNATO, Beatriz Casagrande; BOTELHO, Marcos César. Descompasso na saúde pública: o acesso à justiça e a judicialização versus o direito à saúde na Constituição de 1988. Rev. Prisma Jurídico, 2021. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/13837>. Acesso em: 12 de dezembro de 2022.

MARTINI, Sandra Regina; MICHELON, Ana Luísa. Mediação sanitária, um olhar para o direito à saúde à luz do diritto vivente. Rev. Formas Consensuais de Solução de Conflitos, 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/5963>. Acesso em: 22 de novembro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org>. Acesso em: 29 de dezembro de 2022.

FAGGION, Andres. Law and moral justification. Revista Kriterion, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/kriterion/article/view/25647>. Acesso em 18 de janeiro de 2023.

SAMPAIO, Amanda Inês; ALVES, Rebecca. A mediação sanitária como alternativa à judicialização do direito à saúde. Rev. Formas Consensuais de Solução de Conflitos, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/jP8XfgsPxNzZRz4c3mkX9qp/>. Acesso em: 22 de novembro de 2022.

SILVEIRA, Stelacelly; FILHO, Hélio Raimundo; PONTES, Altem; LOPES, Harlenn; MANFRINI, Gisele Cristina. A pandemia da COVID-19 pelas lentes de logística humanitária. Revista Ciência & Saúde Coletiva, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/mkc3Bz76qFdtWgwxwKSHHvP/>. Acesso em: 20 de março de 2023.