



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
SUPERINTENDÊNCIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM POLÍTICAS SOCIAIS E CIDADANIA

ÉRICA RIOS DE CARVALHO

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
DE SAÚDE: INTERLOCUÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS
DA INTEGRALIDADE E ISONOMIA.**

SALVADOR

2015

ÉRICA RIOS DE CARVALHO

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
DE SAÚDE: INTERLOCUÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS
DA INTEGRALIDADE E ISONOMIA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador, como requisito para obtenção do título de Mestre em Políticas Sociais e Cidadania.

Área de concentração: Estado, Sociedade e Políticas Sociais

Orientador: Prof. Dr. Michel Perreault (*in memoriam*)

SALVADOR

2015

UCSal. Sistema de Bibliotecas.

C331 Carvalho, Érica Rios de.

A judicialização das políticas públicas de saúde: interlocução entre os princípios da integralidade e isonomia/ Érica Rios de Carvalho. – Salvador, 2015.

145 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado Políticas Sociais e Cidadania.

Orientação: Prof. Dr. Michel Perreault.

1. Direito à Saúde 2. Judicialização - Políticas Públicas 3. Sociedade
4. Cidadania I. Título.

CDU 342.7:614(81)

TERMO DE APROVAÇÃO

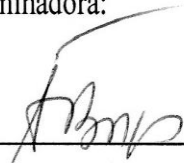
ÉRICA RIOS DE CARVALHO

“A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: INTERLOCUÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA INTEGRALIDADE”.

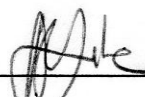
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 23 de outubro de 2015.

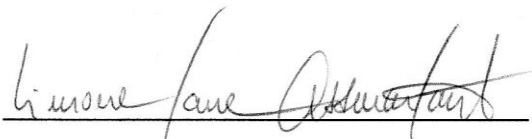
Banca Examinadora:



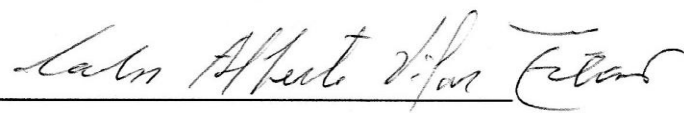
Prof. Dr. Michel Perreault – Orientador/UCSal
(in memorian)



Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva - UCSal



Profa. Dra. Simone Ganem Assmar Santos – UCSal



Prof. Dr. Carlos Alberto Vilar Estevão – Universidade Católica Portuguesa

Dedico este trabalho a minha prima Nayara Rios, minha inspiração para uma caminhada acadêmica desde cedo. Sua força leve, seu sorriso incentivador e sua persistência diante das mais inesperadas adversidades sempre irão me levar a dar o passo seguinte e a nunca desistir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar, e como não poderia deixar de ser, a minha mãe e a meu Fred, grandes amores da minha vida, sempre presentes, sempre *cheerleaders*. Minha mãe, meu passado, meus primeiros passos, meus primeiros livros, minha passagem de criança a mulher, meu presente em todos os sentidos. Fred, nosso *tudo* compartilhado – livros, risadas, filmes, carinhos, planos, dúvidas, certezas...meu presente e meu futuro. Sem vocês, eu sequer teria entrado no Mestrado, que acabou desvelando a realização de tantos sonhos, a confirmação de tantos planos. Se neste momento vejo coroado o fim de um árduo período de trabalho, aprendizagem, aperfeiçoamento, com sucesso, é graças a vocês ao meu lado o tempo inteiro.

Preciso agradecer e reverenciar também meus grandes mestres nesta caminhada: Michel, meu orientador, que me pegou na mão com toda a generosidade e o carinho que lhe são tão característicos, e veio comigo de 2013 até aqui. Carlos e Vanessa, quase “pais adotivos”, que me acolheram intelectual e afetivamente e preencheram tantas das minhas manhãs, tardes e noites (e tantas das minhas incertezas) com leituras, filmes, conversas e imensurável aprendizado – tudo sempre recheado de muitas risadas. A esses três, que ouviram meus desabafos, esclareceram minhas dúvidas, acalmaram meus (mini?) acessos de pânico, elogiaram meus avanços e me encheram de autoconfiança, não tenho sequer léxico para elaborar um agradecimento que me pareça justo ou suficiente.

Por fim, aos meus golfinhos amados, minha âncora nesse mundo de aparências, consumismo, esquizofrenia, padrões inatingíveis e injustiças. Sem vocês, me faltaria não só companhia com afinidade e afetos reais, mas a sinceridade que só amizades verdadeiras e maduras permitem. Obrigada por me brindarem sempre com a verdade, a crítica inteligente e bem humorada, o abraço apertado, a comilança extravasante, o apoio, a torcida e o amor. Agradeço ainda à FAPESB pelo apoio através da bolsa concedida para este trabalho.

“To look life in the face, always, to look life in the face and to know it for what it is. At last to know it, to love it for what it is, and then, to put it away. Always the years between us, always the years. Always the love. Always the hours.” (The Hours, 2002)

A todos, obrigada pelo amor e pelas horas.

Fairy tales are more than true: not because they tell us that dragons exist, but because they tell us that dragons can be beaten.¹

— Neil Gaiman, *Coraline* (2002)

¹ Tradução livre da autora: “Contos de fadas são mais do que verdade: não porque eles nos dizem que dragões existem, mas porque nos dizem que dragões podem ser derrotados.”

CARVALHO, Érica Rios. **A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: INTERLOCUÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA INTEGRALIDADE E ISONOMIA**. Salvador, 2015. 145f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania. Universidade Católica do Salvador (UCSAL), Salvador, 2015.

RESUMO

A pesquisa analisou o fenômeno da judicialização de políticas sociais à luz da interlocução entre os princípios da integralidade e da isonomia. Esse fenômeno vem se intensificando no Brasil, especialmente a partir da Constituição de 1988, onde foram garantidos direitos fundamentais a serem densificados através de políticas públicas pelos três Poderes e também pela sociedade civil, como marco da tentativa de implantação do Estado do Bem Estar Social. Nesse contexto, cabe ao Judiciário a guarda da Constituição e a proteção dos cidadãos contra os abusos do Estado (sejam por ação ou omissão). O direito à saúde, como direito social, vem garantido pelo artigo 196 da Constituição. Fazendo uso dos direitos de acesso à justiça e de petição, cada vez mais indivíduos ajuizam demandas contra o Estado, afim de obter prestações de saúde. Devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, milhares de sentenças vêm determinando prestações estatais em casos pontuais. Ocorre que esse tratamento dado ao direito à saúde, como se fora direito individual, não condiz com a sua própria natureza. Faltam ao juiz conhecimentos técnicos diversos para tomar uma decisão sobre quaisquer prestações a serem ofertadas pelo SUS, ou pelo menos de forma socialmente responsável. Isso porque ao determinar que, em um caso individual, o Estado forneça determinado tratamento, está interferindo na organização e logística gerais do SUS, no orçamento previamente alocado para a saúde (proposto pelo Executivo e aprovado pelo Legislativo – ambos poderes cujos representantes são eleitos, gozando de uma legitimidade democrática que os juízes não possuem) e na ordem de atendimento dos cidadãos que já aguardem atendimento em fila (mesmo sendo eles iguais entre si, conforme a própria Constituição). Além disso, dados comprovam que o mero aumento de investimentos nas políticas de cuidado direto à saúde não gera uma melhoria relevante nas condições gerais de saúde da população. Dessa forma, parece irresponsável que o Estado destine a maior parte de seus recursos ao cuidado quando, em verdade, o que mais impacta positivamente na saúde individual é o desenvolvimento econômico do país como um todo. Este trabalho buscou compreender a judicialização do direito à saúde no Brasil, a natureza e impacto das decisões judiciais para a sociedade civil e para o Estado. Através de uma análise institucional comparada, via revisão bibliográfica sistemática, aprofundou-se o estudo sobre qual instituição é melhor aparelhada para resolver tais demandas. Além disso, discutiu-se a possibilidade de o processo coletivo decidir de forma mais eficiente e isonômica do que processos individuais, já que nasceu justamente para lidar com direitos sociais. Por fim, discutiu-se quem seria mais adequado a fazer as escolhas difíceis, do ponto de vista ético, sobre onde alocar recursos sempre insuficientes para atender a todos os direitos fundamentais. Sempre à luz da dignidade da pessoa humana, quem e como deve decidir sobre a distribuição de recursos escassos entre todos eles?

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização. Políticas Públicas. Sociedade. Cidadania.

CARVALHO, Erica Rios. **THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH POLICIES: INTERLOCUTION BETWEEN THE PRINCIPLES INTEGRALITY AND ISONOMY.** Salvador, 2015. 145f. Thesis (MA) - MA in Social Policies and Citizenship. Catholic University of Salvador (UCSAL), Salvador, 2015.

ABSTRACT

The research analyzed the phenomenon of the judicialization of social public policies under the principles of integrality and isonomy. This phenomenon is growing in Brazil, especially since the Constitution of 1988, which guaranteed fundamental rights to be densified through public policies enforced by the Judiciary, Executive and Legislative and also by the civil society, as a mark of the attempt to deploy the Welfare State. In this context, the Judiciary is in charge of guarding the Constitution and the citizens against the trespassings of the State (by action or default). The right to health, as a social right, is guaranteed in the article 1986 of the Constitution. Through the rights to access the Judiciary and to petition, more and more people sue the State in order to obtain access to the health system. On account of the principle of the inevitability of the jurisdiction, millions of sentences are ruling that the State shall provide certain things in individual cases. However, treating the right to health as an individual right is not consistent with its nature. The judge lacks much technical knowledge to decide over anything the State provides through SUS, or at least to decide in a socially responsible way. When he rules that the State must provide certain treatment in an individual case, the judge is interfering in the organization and general logistics of SUS, in the previously allocated budget to health (proposed by the Executive and approved by the Legislative – both composed by elected representatives who have democratic legitimacy, something the judges do not have) and in the order of treatment of the citizens who already stand in line (even though they are equal among themselves, according to the Constitution). Besides, data proves that the simple raise in investments in healthcare policies does not improve significantly the general health conditions of the people. Therefore, it seems irresponsible that the State reserves most of its resources to healthcare when, in truth, the economic development of the country as a whole improves more significantly the individual health. This paper attempted to understand the judicialization of the right to health in Brazil, the nature and impact of the judicial rulings to the civil society and to the State. By comparative institutional analysis, the study probed which is the better suited institution to deal with such claims. This was done through systematic literature review. In addition to it, the collective suit was discussed, as an option to decide more efficiently and isonomically than through individual suits, since the collective one was born exactly to deal with social rights. Ultimately, this paper discussed who is better suited to make the hard choices, ethically, about how to allocate the always insufficient resources to provide all the fundamental rights. All the while considering the human dignity, who must decide and how must such decisions be made about the distribution of the scarce resources among all of them?

Keywords: Right to Health. Judicialization. Public Policies. Society. Citizenship.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	14
2. OBJETIVOS	18
2.1 OBJETIVO GERAL	18
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	18
3. METODOLOGIA	19
4. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UM FENÔMENO GLOBAL OU TÍPICAMENTE BRASILEIRO?	22
4.1 ABORDAGEM DEONTOLÓGICA, FORMALISTA, LEGALISTA OU DOGMÁTICA	24
4.2 ABORDAGEM NEOINSTITUCIONAL OU CONSEQUENCIALISTA.....	25
4.3 ABORDAGEM DA TEORIA POLÍTICA OU DA LEGITIMIDADE.....	28
4.4 ABORDAGEM DA CRÍTICA À CAPACIDADE INSTITUCIONAL.....	29
5. SAÚDE HOJE	33
5.1 DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE	38
5.2 MEDICALIZAÇÃO E NORMALIZAÇÃO.....	44
5.2.1 Saúde como fenômeno social	
5.2.2 Dimensões das relações interpessoais como determinantes sociais: gênero, rede e controle sociais	
5.3 ILIMITAÇÃO DE DEMANDAS E ESCASSEZ DE RECURSOS	49
6. DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS	54
6.1 FUNÇÃO DO ESTADO	55
6.2 TENSÃO COM OS PRINCÍPIOS DA INTEGRALIDADE E DA ISONOMIA.....	62
6.3 PANORAMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA CRISE DO KAPITAL E DO ESTADO NACIONAL	69
7. JUDICIALIZAÇÃO E ALTERNATIVAS A ELA	79
7.1. ANÁLISE INSTITUCIONAL COMPARADA.....	82
7.1.1 O Processo Político	
7.1.2 O Processo de Trocas (Mercado)	
7.1.3 O Processo Adjudicatório	

7.2 PROCESSO COLETIVO	102
7.3 NORMAS ÉTICAS E CONTROLE SOCIAL	109
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125
REFERÊNCIAS.....	134
ANEXO	144

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CID	Classificação Internacional de Doenças
CMS	Conselho Municipal de Saúde
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CPC	Código de Processo Civil
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
OMS	Organização Mundial de Saúde
PIB	Produto Interno Bruto
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
UCSAL	Universidade Católica do Salvador

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As políticas públicas de saúde são estabelecidas pelo Poder Executivo, em obediência ao quanto determinado pelo Poder Legislativo em sede constitucional e infraconstitucional. Entretanto, é fato público e notório a ineficiência das atuais políticas públicas para atender satisfatoriamente a toda a população brasileira nesta área.

Dessa forma, fez-se necessário investigar se, na ausência de atendimento ou de fornecimento de medicação, a busca do “povo” por soluções através do Poder Judiciário constitui ou não uma ofensa à isonomia² e/ou à integralidade³. Isso porque somente uma parcela reduzida da população toma essa iniciativa e, uma vez concedida a tutela pelo juiz de cada caso concreto, o tratamento em questão passaria de alguém que já estava na fila para quem recebeu a prioridade através do Poder Judiciário.

O estudo da fundamentação teórica acerca das políticas públicas de saúde visa esclarecer se a atual ineficiência da prestação do Direito Fundamental à Saúde por parte do Poder Executivo pode ser bem remediada pela ação do Poder Judiciário, devidamente provocado pelos interessados, e, se sim, dentro de quais limites para que não haja quebra da isonomia entre os cidadãos, nem da integralidade do sistema público de saúde (se isso for possível dentro do sistema de reprodução social do capital).

Inicialmente, este trabalho analisou o fenômeno da judicialização em si, através das abordagens deontológica, formalista, legalista ou dogmática; neoinstitucional ou consequencialista; da teoria política ou da legitimidade; e da crítica à capacidade

² Conceituada aqui como tratamento igual para iguais e desigual para desiguais, ou seja, discriminação positiva para com aqueles menos favorecidos em qualquer âmbito. Significa dizer, por exemplo, que não se deve tratar de maneira igual um cadeirante e uma pessoa sem deficiência física alguma, obrigando ambos a subirem escadas, pois isso seria uma injustiça. A isonomia seria alcançada, neste caso, com uma rampa para o cadeirante e escadas para a outra pessoa, o que constitui um tratamento diferenciado, mas que visa a igualdade material, a justiça. É o que se chama também de “discriminação positiva.”

³ Conforme previsto no artigo 7º, II da Lei 8.080/1990, o princípio da integralidade é entendido como “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.”

institucional. Essa análise visou compreender se tal fenômeno é tipicamente brasileiro ou se tem extensão global.

Em seguida, para melhor contextualizar a problemática, o trabalho se debruçou sobre a saúde sob o viés da sociologia da saúde, tratando das suas determinantes sociais. Nesse sentido, entendendo a saúde como um fenômeno social, discutiu-se os processos de medicalização e normalização da sociedade. Eles exercem influência no objeto sob estudo, vez que têm reflexos na crescente busca da população por acesso à saúde (consultas médicas, remédios, tratamentos e necessidades – reais ou criadas).

Esse crescimento de demandas entra em conflito direto com a sempre alegada escassez de recursos por parte do Estado para fornecer serviços de saúde (preventivos e curativos, na forma ampla como prevê o Sistema Único de Saúde – SUS). Assim, foi preciso discutir essa tensão à luz dos mais recentes estudos sobre o tema.

Vale frisar que nos termos do artigo 196 da Constituição da República de 1988, a saúde é direito de todos e dever do Estado, caracterizando-se, assim, como um direito fundamental social ou prestacional, sendo um dos elementos marcantes da transição do constitucionalismo liberal para o social. A existência de direitos a prestação na carta constitucional permite que a população exija do Estado o seu provimento através de uma atuação positiva, e, uma vez frustrado tal pleito, que busque solução através do Poder Judiciário.

Nessa esteira, o artigo 3º da Lei 8.080/1990 traz como determinantes e condicionantes de saúde:

[...] A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país.

Entretanto, com a judicialização, surge uma tensão quanto aos princípios do SUS, em especial o da isonomia e o da integralidade. O primeiro por prescrever, como o segundo princípio da justiça de John Rawls (2000), que desigualdades sociais e econômicas deveriam ser dispostas de forma a garantir o maior benefício para os

membros mais vulnerabilizados (ou possuidores de menos vantagens) da sociedade. Por sua vez, a integralidade informa que as ações de saúde devem ser combinadas e voltadas, ao mesmo tempo, para prevenção e a cura. Os serviços devem atender ao indivíduo como um ser integral, submetido às mais diferentes situações de vida e de trabalho, que o levam a adoecer e a morrer. O indivíduo deve ser entendido como um ser social, cidadão que biológica, psicológica, social e espiritualmente está sujeito a riscos de vida. Dessa forma, o atendimento deve ser feito para a sua saúde e não somente para as suas doenças.

Ao seu tempo, para compreender a situação da saúde e da sua judicialização no Brasil, é impossível descolá-la do cenário da economia globalizada, da crise do capitalismo e do Estado Nacional. Assim, este trabalho faz um mergulho nos elementos que compõem tal cenário, discutindo-os à luz da teoria crítica.

Outrossim, cumpre refletir, em uma análise institucional comparada, como proposta por Neil Komesar (1981), se o Poder Judiciário seria a melhor escolha dentre as três possíveis para responder a tais demandas sociais. Além do Judiciário, pode-se discutir esse tipo de questão no processo de trocas (ocorrido no mercado) e no processo político (em sede dos Poderes Executivo e Legislativo).

Ainda dentro da análise institucional comparada, este trabalho desdobrou o estudo do processo adjudicatório para investigar se, dentro dele, não seria mais eficiente e adequado o processo coletivo como via de solução de demandas envolvendo direitos sociais, como é exatamente o caso do direito à saúde. Isso porque não pode ser dado a esses direitos o mesmo tratamento dos direitos fundamentais de liberdade ou individuais, como o direito de ir e vir e o direito à propriedade. Sua natureza é fundamentalmente diferente, com objetos que atingem toda a sociedade, coletivamente considerada. Por isso é que não podem ser tratados pelo Poder Judiciário com os mesmos procedimentos e aparelhamento com que trata processos individuais. Cabe observar o quanto previsto a esse respeito no novo Código de Processo Civil, a entrar em vigor no ano de 2016.

Dentro desse contexto, é relevante o desenvolvimento da pesquisa pela necessidade de se explorar o fenômeno da ineficiência das políticas públicas que deveriam promover a satisfação do direito prestacional à saúde, estabelecendo quais as suas características, definindo seus pontos falhos e quais os limites (se existentes)

para a atuação do Poder Judiciário na correção de tais falhas. Discutiu-se, ainda, se tal atuação representa um meio de resolver as lacunas deixadas pelos demais Poderes ou se representa simplesmente mais um sintoma da ineficiência legislativa e executiva, ofendendo, em última instância, a isonomia entre os cidadãos, prejudicando a integralidade do SUS e transformando-o em mais um mecanismo perpetuador das desigualdades sociais.

A doutrina já existente trata amplamente dos direitos fundamentais em suas diversas dimensões e gerações, e critica a atuação ineficaz do Poder Executivo no âmbito da saúde. Porém é relevante analisar também a atuação do Poder Judiciário, uma vez provocado por parte da população diretamente interessada, na tentativa de corrigir a falha ou omissão do Poder Executivo no cumprimento das prestações constitucionalmente garantidas – e esta análise deve incluir a comparação com as demais instituições que poderiam cumprir tal papel, como já mencionado.

Por fim, o trabalho não poderia se omitir quanto às normas éticas e ao espaço dado ao controle social da matéria. Dentro de um entendimento aristotélico da ética e do sujeito ético-moral, como, então, o cidadão brasileiro vem sendo tratado pelo Estado? Em que medida lhe é oportunizado participar e efetivamente influir nos processos decisórios acerca das políticas públicas de saúde?

Nesse sentido, a pesquisa ampliou as formulações teóricas sobre o problema, além de contribuir na avaliação das dificuldades enfrentadas pela sociedade para obter a prestação do direito fundamental à saúde, nos termos constitucionalmente garantidos, buscando esclarecer qual a natureza e os efeitos da atuação do Poder Judiciário para tentar solucionar falhas e omissões das políticas públicas já existentes. Além disso, discute as alternativas a tal atuação, à luz da ética e inclusive dentro da perspectiva democrática do controle social.

2. OBJETIVOS

2.1. GERAL

Analisar o fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde à luz da interlocução entre os princípios da integralidade e da isonomia entre os cidadãos.

2.2 ESPECÍFICOS

2.2.1 Investigar o fenômeno da judicialização de políticas públicas de saúde e seus efeitos face ao direito social à saúde;

2.2.2 Analisar a situação da saúde atualmente à luz de sua condição de direito fundamental universal;

2.2.3 Identificar os fundamentos teóricos, principiológicos e legislativos das políticas públicas de saúde no Brasil; além do papel do Estado em relação a elas;

2.2.4 Discutir as alternativas à judicialização das políticas públicas de saúde através da análise institucional comparada e à luz da ética.

3. METODOLOGIA

O presente trabalho tem natureza exploratória, no intuito de tornar o tema sob estudo mais explícito e construir hipóteses a seu respeito. É preciso aprimorar as ideias e aprofundar o pensamento crítico acerca da judicialização do direito à saúde. (GIL, 2002)

Face à existência de ampla bibliografia nacional e internacional acerca de direitos fundamentais, destacando os sociais, e judicialização de políticas públicas, especialmente do ponto de vista jurídico, fez-se necessária sua revisão sistemática, afim de embasar o estudo ora proposto. A revisão incluiu a discussão sobre pesquisas empíricas com resultados já apresentados nos últimos anos e que parecem corroborar as principais formulações teóricas deste trabalho, além da legislação atinente ao Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil.

A revisão foi feita através de livros, capítulos de livros, dissertações e teses, bem como da utilização das palavras-chave elencadas neste trabalho (Direito à Saúde. Judicialização. Políticas Públicas. Sociedade. Cidadania.) em sistemas de busca de artigos científicos como SciELO, Mendeley e Google Acadêmico.

A referida metodologia sanou o problema de alcance direto da pesquisa, haja vista o presente objeto encontrar-se disposto de forma dispersa na doutrina e na prática. Isso porque encontra-se discussão e conceituação do direito à saúde desde livros de direito constitucional geral a livros de direitos fundamentais gerais e específicos; bem como pulverizadas na jurisprudência. E encontra-se casos de sua judicialização em todos os Municípios e Estados brasileiros. Para piorar, não existe no sistema judiciário brasileiro uma forma de filtrar todas as causas através de seu objeto. Além da Justiça Federal, cada Estado possui sua própria Justiça Estadual; e cada uma delas possui seu próprio sistema de controle de processos, não havendo uma unificação. As causas podem ser contra Municípios, Estados e/ou União (isso sem sequer considerarmos as causas envolvendo planos particulares de saúde), o que influencia na esfera pela qual tramitarão (federal ou estadual).

Significa dizer que a pesquisa de campo, colhendo dados nesse cenário, filtrando-os e analisando-os, seria trabalho hercúleo e impossível com o tempo e recursos disponíveis. Nesse diapasão, Antonio Carlos Gil (2002, p. 45) aduz que:

A principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente. Essa vantagem particularmente importante quando o problema de pesquisa requer dados muito dispersos no espaço.

Inicialmente, foram estudados o histórico do direito à saúde no Brasil e no mundo e do desenvolvimento do próprio Sistema Único de Saúde (SUS), o que incluiu a revisão da legislação que o regula (via análise de documentos). A melhor compreensão do SUS enquanto política pública foi fundamental para embasar qualquer discussão acerca da efetivação do referido direito.

Através da análise de documentos, verificou-se os bancos de dados do Ministério da Saúde (através do DATASUS) e da Organização Mundial de Saúde para melhor compreender o cenário da saúde no mundo atualmente. O resultado demonstrou a associação entre má saúde e pobreza, o que foi corroborado pela análise do mais recente relatório do Banco Mundial sobre a matéria.

Em seguida, foi revisada a doutrina nacional sobre o direito à saúde e sua inserção no rol de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988. Foi analisada sua natureza jurídica de direito social e as implicações disso na sua efetivação através de políticas públicas, bem como no seu tratamento pelo Poder Judiciário. O próprio processo de judicialização de políticas públicas foi investigado sistematicamente.

Era preciso verificar se o Poder Judiciário brasileiro está devidamente equipado para atender a demandas envolvendo direitos sociais, cujas características diferem essencialmente dos direitos individuais. A revisão sistemática da bibliografia investigou se a estrutura e os funcionários deste Poder estão preparados para lidar com os processos requerendo acesso à saúde pública, como direito social que é, de forma efetiva – chegando à conclusão de que não. À luz de outro documento do Banco Mundial, ficou evidenciado o caráter individual e privatista do Poder Judiciário enquanto instância de solução de conflitos.

A partir daí, a revisão buscou avançar na compreensão das determinantes sociais de saúde no Brasil, do seu cenário atual. Além disso, de como a doutrina define políticas públicas e qual o seu panorama diante da crise estrutural do capital e do Estado Nacional, face aos sempre crescentes custos da saúde.

Por fim, após analisar a judicialização sob os diversos (e conflitantes) pontos de vista existentes no estado da arte atual, partiu-se para o estudo das alternativas a ela, tendo como base a análise institucional comparada (processo político, processo de trocas e processo adjudicatório). Dentro dessa perspectiva, foi feita revisão bibliográfica acerca do processo coletivo brasileiro e seus mecanismos, especialmente em relação à sua aplicação envolvendo o direito à saúde, como direito social que é.

Para encerrar, foram revistas as normas éticas e o controle social como elementos inseparáveis dessa perspectiva de alternativas à judicialização e análise institucional comparada.

As conclusões do trabalho levaram em conta todos os documentos analisados e o panorama levantado pela revisão sistemática acima descrita, seus conceitos básicos, ponderações, consensos e dissensos, acertos e falhas, mas principalmente suas propostas e reflexões.

4. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UM FENÔMENO GLOBAL OU TÍPICAMENTE BRASILEIRO?

*At the end of the day you're another day older,
And that's all you can say for the life of the poor.
It's a struggle, it's a war,
And there's nothing that anyone's giving.
One more day, standing about, what is it for?
One day less to be living.*

(Les Misérables⁴, 2012)

A primeira abordagem deste trabalho é o fenômeno da judicialização de direitos fundamentais cuja provisão pelo Estado é falha (pela insuficiência ou inexistência da prestação). O conceito aqui adotado de judicialização é o da busca de soluções através do processo adjudicatório, em substituição ou concorrência com funções originariamente atribuídas aos Poderes Executivo e Legislativo. Ele implica, portanto, na intervenção do Judiciário sobre o exercício das funções dos demais Poderes. Sobre a ocorrência desse fenômeno em relação a políticas públicas, observe-se o destaque abaixo:

A judicialização da política surge em um contexto de maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na arena política - ampliação da importância e da efetiva participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica. Tal fenômeno, característico de democracias consolidadas, decorreu de condicionantes e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social e gerou consequências visíveis na democracia brasileira. (VERBICARO, 2008, p. 391)

O referido fenômeno passou a crescer no mundo após a Segunda Guerra Mundial, ao lado do processo de inserção de direitos fundamentais nos textos constitucionais, especialmente dos países ocidentais. A partir desse momento histórico, as constituições não apenas passaram a proteger os direitos fundamentais, mas também a estruturar o processo político dos Estados, eis que não apenas delimitavam a atuação estatal, mas se tornaram a principal fonte de proteção e concretização destes direitos. (LEAL e ALVES, 2014)

⁴ Trecho da música "At the end of the day", pertencente à trilha sonora do musical baseado na obra de Victor Hugo, de 1862, "Les Misérables". Tradução livre da autora: "No fim do dia você está um dia mais velho. E isso é tudo que você pode dizer pela vida dos pobres. É um esforço, é uma guerra, e não há nada que ninguém esteja dando. Mais um dia de pé a toa, para que? Um dia a menos pra estar vivendo."

Nesse sentido, as constituições do pós-guerra se compatibilizaram com uma nova perspectiva de Estado Democrático de Direito. Com isso, o papel e a maneira de garantir os direitos fundamentais também se modificaram, trazendo uma jurisdição constitucional.

[...] os maiores avanços em matéria constitucional (imperando-se os direitos humanos) se deram principalmente nos países que sofreram os maiores impactos dos regimes totalitários, especialmente na Alemanha, Itália e Espanha, que passaram a ter uma jurisdição constitucional mais atuante e intensa (LEAL, 2007, p. 52)

A partir daí, surge um protagonismo do Poder Judiciário no cenário estatal. Leal e Alves (2014, p. 05) afirmam que o controle por ele exercido sobre o coletivo se constitui em um dos maiores fatos políticos do século XX, uma vez que passa a ser chamado a se manifestar em um número cada vez maior de setores da vida social.

A supremacia dos direitos fundamentais, tendência seguida pelos países ocidentais a partir do pós-guerra, foi uma das maiores causas do crescimento da judicialização desses mesmos direitos. Foram eleitos centrais na ordem jurídica, irradiando-se por todo o corpo legislativo e jurisprudencial dos Estados. Passaram a ser exigíveis de plano, de forma que a possibilidade dos cidadãos cobrarem sua concretização através de demandas judiciais passou a ser cada vez mais explorada. Trata-se da juridificação do Estado moderno (KURZ, 2007).

Os direitos humanos ou fundamentais surgiram como grande esperança para o resgate das pessoas marginalizadas pelo sistema capitalista moderno, como significativo avanço do pensamento jurídico e filosófico. Norberto Bobbio (2004) esclarece que o problema do nosso tempo, com relação a tais direitos, não é mais de fundamentá-los, e sim de protegê-los. Trata-se de questão jurídica e política, e não filosófica. Qual seria o modo mais seguro para garanti-los e impedir sua contínua violação? (BOBBIO, 2004, p. 25)

Segundo Octávio Luiz Motta Ferraz (2013):

A judicialização da saúde ganhou força no final da década de 1990 com o sucesso de ações de pacientes portadores do vírus da AIDS para receber medicamentos gratuitos do Estado e se espalhou para outros setores da saúde. São atualmente milhares de ações por ano buscando operações, equipamentos e medicamentos de todos os tipos.

O tripé de manutenção da estabilidade do Estado atualmente consiste na democracia, nos direitos humanos e na paz perpétua (KANT, 2008). Ao positivizar direitos humanos, embora de aparência coletiva, o que se visa sustentar são as relações de poder e a legitimação de um modelo. (BOBBIO, 2004)

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. (BOBBIO, 2004, p. 28)

Assim, em resposta ao questionamento que intitula este capítulo, pode-se dizer que a judicialização não é um fenômeno tipicamente brasileiro, mas sim global.

Entretanto, no caso específico do Brasil, devido ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988⁵), ao juiz não é dado o poder de escolher decidir ou não, sendo obrigado a sempre dar uma decisão em todo caso que a ele seja distribuído. Assim, sejam os objetos das ações direitos individuais ou coletivos, o Poder Judiciário sempre terá que oferecer uma resposta. Por óbvio, os efeitos dessas respostas podem variar bastante, a depender da natureza do direito pleiteado. Essa é a questão que será analisada em capítulos seguintes.

Mas, antes de aprofundar a discussão sobre a judicialização especificamente das políticas públicas de saúde, é preciso esclarecer as quatro possíveis abordagens do fenômeno da judicialização da política em geral (um sistema de “autofagia legal”). As quatro categorias foram cunhadas por Arthur Sanchez Badin (2013) e delineiam um panorama do tema no estado da arte atual.

4.1 ABORDAGEM DEONTOLÓGICA, FORMALISTA, LEGALISTA OU DOGMÁTICA

Esta é a abordagem mais comumente adotada por estudantes e operadores do Direito. Parte do pressuposto de que as respostas a todas as questões que possam emergir na sociedade estão já previstas na lei, de forma que o juiz é obrigado a decidir

⁵ A Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 5º, XXXV, inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de cláusula do acesso à justiça, ou do direito de ação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

– o que se coaduna com o já citado princípio da inafastabilidade. Seu principal objetivo era de conferir calculabilidade e previsibilidade à aplicação do direito (BADIN, 2013, p. 29)

Segundo esta linha, mesmo as mais difíceis decisões sobre políticas públicas e alocação de recursos poderiam ser objetivamente inferidas dos textos legais.

Badin (2013, p. 28) afirma que os trabalhos conduzidos sob esse ponto de vista “reafirmam o modelo clássico de separação dos poderes, sobretudo ao dele inferir o papel do Judiciário como controlador dos atos do Executivo aos ditames do direito.”

A abordagem formalista foi perdendo instrumentalidade ao longo do século XX e chegou ao século XXI falhando em seu principal objetivo. Isso se deveu, em boa parte, à inclusão no texto positivado da lei de princípios, políticas públicas e conceitos abertos.

Assim, fica claro que essa abordagem não é adequada para lidar com o direito à saúde – seja por ser conceito aberto e sempre em evolução, seja pelo Sistema Único de Saúde ser fundamentalmente permeado de princípios e diretrizes, seja por tratar-se de uma política pública.

4.2 ABORDAGEM NEOINSTITUCIONAL OU CONSEQUENCIALISTA

Arthur Sanchez Badin (2013) deu esse nome à abordagem derivada da Nova Economia Institucional. As instituições em questão são o que ele chama de “regras do jogo” voltadas a garantir a fluidez do funcionamento do mercado, mantendo a confiança entre pessoas e delas no Estado.

Dentro dessa lógica, a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas e contratos, com base em direitos e princípios sociais/coletivos, é considerada prejudicial ao desenvolvimento econômico, sob o argumento de que geraria insegurança jurídica.

[...] a excessiva discricionariedade dos juízes, conferida pelo instrumental dogmático, que dá margem à substituição das escolhas de políticas públicas formuladas pelos demais poderes, associada à falta de compromisso com as consequências, teria impingido ao ambiente econômico grande incerteza. (BADIN 2013, p. 31)

Gustavo Franco (2008, p. 17) chega a dizer que levar ao Judiciário discussões sobre políticas públicas seria questionar as escolhas do eleitor, o que criaria insegurança jurídica.

De acordo com os defensores dessa abordagem, ao Poder Judiciário caberia o papel de manter a confiabilidade do mercado do país, até para garantir o afluxo de investimentos para ele. Segundo eles, a culpa pelo subdesenvolvimento econômico poderia ser atribuída à incerteza quanto às regras e sua aplicabilidade em determinadas instituições.

Ora, tal abordagem peca, antes de mais nada, por colocar o crescimento econômico acima das necessidades humanas mais fundamentais, como é o caso da saúde e de outros direitos sociais. Qualquer eleição de prioridades que coloque seres humanos abaixo de investimentos e funcionamento do mercado parece equivocada, ainda mais à luz do imperativo dos direitos humanos que rege o atual século.

Por mais rebuscados que sejam (e são) os argumentos dos defensores desta abordagem, nenhum subsiste à crítica da prioridade do capital acima dos seres humanos.

Entretanto, visão interessante surge a partir da abordagem consequencialista no âmbito da tradição welfarista e à luz do critério do ótimo de Vilfredo Pareto (1996)⁶. Primeiramente, considerem-se as seguintes premissas: (i) as decisões judiciais relativas a direitos sociais, especificamente ao direito à saúde, geram efeitos sobre toda a sociedade; (ii) os recursos são escassos; (iii) pela própria tradição do Judiciário, de absorver predominantemente demandas sobre direitos fundamentais de primeira geração (direitos de liberdade, portanto individuais), mesmo os direitos sociais são demandados sob a mesma forma e regras processuais dos direitos individuais; e (iv) via de regra, os juízes não são especialistas em saúde e não detêm todas as informações sobre o orçamento e estrutura do SUS dos três entes federais.

⁶ O “critério do ótimo” do italiano Vilfredo Pareto (1996) assume conotação ética ao afirmar que se uma determinada distribuição de recursos ou direitos pode melhorar a situação de todos, ela é necessariamente superior a outras distribuições. (BADIN, 2013) Porém seu critério não implica em equidade ou justiça, prevendo apenas que a distribuição eficiente de recursos não deve prejudicar uma pessoa em prol de benefícios para outra.

Com tais premissas em mente, questiona-se se estas decisões judiciais sobre saúde, em demandas individuais, atenderiam ao critério do ótimo de Pareto (1996). Ora, Ferraz (2007) esclarece que

Quanto mais caro o preço de determinado medicamento, ou se tratam menos portadores da doença correspondente ou se tratam menos portadores de outras doenças. E assim com o preço de qualquer outro insumo da saúde. Não há segredo, é a lógica implacável do 'cobertor curto' [...] As necessidades em saúde são inúmeras e crescentes, os recursos são escassos, e os custos de novos tratamentos, cada vez maiores.

Nessa esteira, Pareto (1996) explicava que se certa medida importasse na perda de um franco por pessoa em um grupo de mil pessoas, e no ganho de mil francos para uma única pessoa, este último se esforçaria para manter a medida em vigor. Enquanto isso, as outras mil pessoas exercitariam uma resistência débil, face ao tamanho considerado diminuto de seu prejuízo. O autor salientava a probabilidade de que o único beneficiário poderia e desejaria desprender esforços cada vez maiores para manter seu benefício às custas dos demais, enquanto os prejudicados teriam cada vez menos condições de lutar contra o sistema vigente. Comentando esta passagem, Amartya Sen (2013, p. 164) conclui que “a influência política visando ao ganho econômico é um fenômeno muito real neste mundo em que vivemos.”

Significa dizer que certos grupos na sociedade, já detentores de mais vantagens⁷ quando comparados com a maioria, conseguirão exercer mais influência política para continuar obtendo mais e mais vantagens, ainda que às custas do aumento da desigualdade. No caso do direito à saúde, que pode ser alcançado por prestação estatal e/ou através da esfera privada (através de planos de saúde, consultas e tratamentos particulares, etc), a situação se agrava ainda mais. Isso porque a parcela mais pobre⁸ da população será duplamente preterida; primeiro por não ter condições financeiras de arcar com os custos da saúde na via privada, segundo por conta da

⁷ Aqui não se faz referência somente à renda, mas à liberdade substancial de se autodeterminar, à igualdade de oportunidades e às utilidades/capacidades conforme descritas por Amartya Sen na obra “Desenvolvimento como Liberdade”, de 2013.

⁸ Neste trabalho adota-se o conceito de pobreza como privação de capacidades, e não somente como pouca renda, conforme adotado por Amartya Sen em sua tese da habilitação (1993) e em sua discussão sobre o desenvolvimento como liberdade (2013).

judicialização das políticas públicas de saúde favorecer predominantemente as classes socioeconomicamente mais altas⁹.

Diante desse cenário, para atender ao postulado da abordagem neoinstitucional, ou seja, para garantir a máxima eficiência da decisão e a estabilidade das instituições, o juiz teria que ponderar todas as consequências antes de prolatá-la. Isso parece pouco factível, principalmente na matéria complexa e multidimensional que é o direito à saúde.

4.3 ABORDAGEM DA TEORIA POLÍTICA OU DA LEGITIMIDADE

Esta abordagem ganhou força no Brasil a partir de sua redemocratização e da inclusão dos direitos fundamentais em sua carta constitucional de 1988. Com esse processo, cresceu o interesse de cientistas sociais e de juristas pela prática judicial e sua dimensão política. (BADIN, 2013)

Emergiu uma preocupação com a ameaça de tirania dos juízes, haja vista não serem eleitos democraticamente e, ainda assim, poderem regular políticas públicas desenhadas pelos demais Poderes (esses, sim, portadores de legitimidade democrática). Nesse sentido, o questionamento feito é se haveria déficit ou potencial democrático nesta maior atuação do Poder Judiciário típica dos Estados Neoconstitucionais.

Se, por um lado, admite-se que o Estado brasileiro não cumpre integralmente suas obrigações constitucionalmente previstas, falhando em prover os direitos fundamentais satisfatoriamente a todos os seus cidadãos; por outro lado a própria natureza de direitos envolvendo saúde, educação, moradia, etc (bem-estar social) exige que as decisões sobre eles, sobre a alocação de recursos destinados a atendê-los, sejam tomadas no processo político. Isso porque países democráticos elegem seus representantes para que, em nome de todos, elenquem as prioridades, aloquem seus recursos, planejem e executem suas políticas públicas.

Por mais que se argumente que a interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes pode cumprir o papel de remediar a inércia e a ineficiência deles, é inegável

⁹ Essa é a realidade brasileira, como demonstram diversas pesquisas empíricas a serem mencionadas ao longo deste trabalho, a exemplo de D'ESPÍNDULA (2013), DURAN-FERREIRA (2004) e especialmente TERRAZAS (2008).

o insulamento do Judiciário em relação ao processo político, ao controle e à participação social. E, por causa disso, torna-se mais permeável à influência de grupos minoritários, mas detentores de grande capital (financeiro e político).

Badin (2013, p. 46) afirma que:

Ao argumento de que o Judiciário deriva sua legitimação democrática da defesa de minorias contrapõe-se a crítica de que, no mais das vezes, essas minorias que são beneficiadas pela ação judicial são as já mais bem aquinhoadas na distribuição original de renda, bens e oportunidades. A ação judicial, que se pretendia promotora de uma justiça distributiva, em linha com as aspirações do direito do Estado do Bem-Estar Social, estaria, paradoxalmente, se prestando a concentrar ainda mais a distribuição daqueles interesses.

Além da distorção acima descrita, o referido autor também frisa que a atuação voluntarista heroica ou quixotesca de alguns juízes contribui para aprofundar as desigualdades, ao invés de minorá-las. Afinal, se os cidadãos mais pobres são os que menos acessam o Judiciário, continuarão sendo preteridos, já que as prioridades assinaladas pelo Judiciário recairão sobre quem já está em condições melhores e obtém uma liminar ou sentença em um processo individual envolvendo saúde pública.

Os adeptos da abordagem da teoria política criticam a interpretação do direito à saúde predominante no Judiciário do Brasil, como um direito individual a atendimento ilimitado/integral, pois ela contribui para a manutenção e aprofundamento das iniquidades socioeconômicas. Essa lógica sacrifica dois dos princípios norteadores do SUS, quais sejam, equidade e universalidade, e inverte os objetivos do sistema.

4.4 ABORDAGEM DA CRÍTICA À CAPACIDADE INSTITUCIONAL

Badin (2013) cunhou a abordagem da crítica à capacidade institucional tentando reunir nela a discussão sobre o descompasso entre os objetivos do Poder Judiciário com seu ativismo neoconstitucional na intenção de defender e ampliar os direitos fundamentais, e os resultados reais que atingem a sociedade.

Nessa mesma linha, Veríssimo (2006) aborda, em sua tese de doutoramento, a judicialização de políticas públicas. Para ele, as garantias institucionais do

Judiciário¹⁰, que asseguram sua independência dos outros Poderes, de grupos e outras instituições, dando-lhe legitimidade para agir como freio e contrapeso ao processo político (aqui entendido como a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo), também são, paradoxalmente, responsáveis por tornar o Judiciário um “formulador errático de políticas públicas” e “um péssimo alocador de recursos.”

A abordagem em tela reúne os críticos da capacidade institucional do Judiciário de lidar com os direitos sociais (no caso do presente trabalho, com foco no direito à saúde), haja vista a incapacidade de seus instrumentos para bem resolver disputas envolvendo-os. A referida instituição foi concebida sob uma perspectiva liberal, de proteção de direitos fundamentais de primeira geração (os direitos de liberdade, que, por natureza, são individuais¹¹). Todo o processo judicial nasceu nesses moldes, se instrumentalizando física e legislativamente para atender a demandas individuais.

Ocorre que políticas públicas e direitos sociais não se encaixam nesse molde liberal, individual. E, mesmo com o advento do processo coletivo¹² no direito brasileiro, a forte tradição do processo individual o manteve tímido e raramente utilizado.

Segundo Lira (2012), o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, ainda em vigor quando da elaboração deste trabalho, é norma individualista de inspiração nitidamente neoliberal, o que está implícito na redação do seu art. 6º ao preceituar que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio”. Assim, o processo coletivo surgiu justamente porque o processo civil individual não dava conta de responder a demandas envolvendo direitos sociais.

Badin (2013, p. 50-51) informa que Lopes (1994), como um dos precursores da abordagem crítica da capacidade institucional no Brasil, apontava desde a década de 1980 o aumento de ações judiciais envolvendo questões de justiça distributiva (como é o caso do direito à saúde). Porém, por causa das limitações institucionais do Judiciário, tais questões eram desassistidas. Badin (2013, p. 50-51) resume tais limitações em seis: (i) a eficácia *inter partes* da sentença impediria a aplicação das decisões à sociedade como um todo, criando distorções e privilégios; (ii) o fato da

¹⁰ São previstas em artigos diversos na CF/88, como a imparcialidade, a independência e autonomia administrativas e financeiras, a inércia, a obrigatoriedade de motivação de todas as decisões, etc.

¹¹ No entanto, inexistentes sob a perspectiva da alteridade público/privado (ARENDT, 2006).

¹² Segundo Lira (2012): “No Brasil, o processo coletivo surge com a Ação Popular (lei 4.717/65), então prevista em todas as constituições brasileiras, com exceção da constituição federalista de 1891 e da constituição de 1937, mas se consolida com a Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).”

decisão ter que se basear na lei retiraria legitimação política para o Judiciário decidir politicamente ou tendo em vista a abordagem consequencialista; (iii) o contraditório bilateral do processo não se adequaria à natureza plurilateral dos conflitos distributivos; (iv) o órgão possui uma inércia institucional que só favoreceria a minoria que sabe como provocar o Judiciário; (v) as ideias de precedente, tradição e cultura jurídica dão um caráter estático ao órgão, o que seria incompatível com a justiça distributiva; e (vi) o Judiciário não teria aparelhamento suficiente, o que dificultaria acesso a informações importantes para a tomada de decisões com efeitos coletivos, como no caso das que envolvem políticas públicas de saúde. Esse cenário transformaria o Judiciário em uma instância mediadora ou adiadora de conflitos, enquanto eles seriam negociados de maneira definitiva fora deste órgão. (VERÍSSIMO, 206, p. 107)

Em uma visão utilitarista, a injustiça seria definida como “uma perda agregada de utilidade em comparação com o que poderia ser obtido” (SEN, 1999, p. 85). Nesse sentido, as decisões prolatadas pelo Judiciário sobre políticas públicas de saúde, dentro da estrutura de processos individuais, representariam uma injustiça para a sociedade como um todo. Isso é evidente porque o resultado de um processo coletivo, considerando mais variáveis e a coletividade, certamente traria mais utilidade à sociedade do que o de um processo individual, que só beneficia o demandante e não considera o coletivo ou os efeitos para ele.

As consequências vislumbradas por Böckenförde¹³, em relação a um modelo constitucional que vê os direitos fundamentais, em sua feição principiológica, como comandos de otimização, consistem, portanto, na retirada de considerável parcela de autonomia da legislação, a qual se limitaria a declarar o que já fora previamente decidido pelo texto constitucional, situação tal que repercutiria seriamente no processo político democrático, provocando um deslizamento do Estado Legislativo Parlamentar em direção ao Estado Judicial de Jurisdição Constitucional, com sérios prejuízos à democracia legislativa parlamentar, em virtude da transgressão do princípio da separação dos poderes. (CIARLINI, 2013, p. 131)

Vale frisar que o Poder Judiciário vem tentando se adaptar às novas demandas sociais de natureza coletiva. Através de sua pressão, aliada à pressão da própria sociedade civil nos órgãos legislativos, dos anos 1980 para os dias atuais surgiram novas modalidades de processo coletivo, direitos difusos e coletivos, a figura do

¹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre El Estado de Derecho y la Democracia**. Tradução Rafael Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 17-18.

amicus curiae, noções de “interesse coletivo” acima do “direito subjetivo”, novo papel do Ministério Público e da Defensoria Pública. Porém, apesar desses esforços modernizadores e rompedores da estrutura neoliberal de justiça, é preciso reconhecer que o Judiciário ainda não provou ter capacidade institucional de bem lidar com as demandas envolvendo políticas públicas de saúde – conforme demonstram os estudos empíricos de seus resultados reais nos últimos anos.

Contudo, é preciso também reconhecer que, mesmo diante de tantas fraquezas, o Judiciário ainda pode ser o melhor adaptado a decidir em certos casos concretos, quando constatada a existência de fraquezas ainda mais graves nas demais instituições (aqui consideraremos o processo político e o mercado, conforme modelo proposto por Neil K. Komesar em 1981, como será visto adiante)

5. SAÚDE HOJE

*At the end of the day you're another day colder,
And the shirt on your back doesn't keep out the
chill.
And the righteous hurry past,
They don't hear the little ones crying...
And the plague is coming on fast, ready to kill.
One day nearer to dying!*

(Les Misérables¹⁴, 2012)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, trouxe em seu artigo XXV:

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

Por sua vez, a Organização Mundial da Saúde em 1949 definiu saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos”, e ainda reconheceu a saúde como um dos direitos fundamentais de todo ser humano.

Essa previsão inspirou as constituições dos países ocidentais pós-guerra a ampliar seus rols de direitos, especialmente incluindo o direito à saúde como um direito fundamental do ser humano.

A constituição brasileira de 1988 dedicou diversos artigos ao tema, tendo incluído uma seção inteira sobre saúde dentro do capítulo dedicado à Seguridade Social. De acordo com o artigo 23, II, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde. Pelo artigo 24, XII, a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. O artigo 30, VII confere aos Municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

¹⁴ Trecho da música “At the end of the day”, pertencente à trilha sonora do musical baseado na obra de Victor Hugo, de 1862, “Les Misérables”. Tradução livre da autora: “No fim do dia você está mais um dia frio e a camisa nas suas costas não protege do frio. E os homens de bem passam apressados, eles não ouvem os pequenos chorando...E a praga está vindo rápido, pronta para matar. Um dia mais perto de morrer!”

Segundo D’Espíndola (2013, p.440):

A gestão da saúde é a mais nobre missão dos governos democráticos e o seu reconhecimento como direito traz uma responsabilidade ética e legal da implantação de políticas e ações capazes de assegurar à população as ações de assistência de saúde.

A responsabilidade no que diz respeito à gestão e ao financiamento do SUS é compartilhada pelos três entes federativos, cabendo aos Municípios, entretanto, lidar com os aspectos mais práticos e diretos do sistema, tais como contratação e pagamento dos profissionais de saúde, criação e manutenção de Postos de Saúde da Família (PSF) e Centros de Atenção PsicoSocial (CAPS).

Como passo essencial para a implementação da gestão municipalizada do SUS, a Norma Operacional Básica (NOB-SUS) 01/96 detalha como cada município deve proceder. Por exemplo, ela exige que cada município elabore um Plano Municipal de Saúde (PMS), explicitando o caminho a ser seguido pela Secretaria Municipal de Saúde para cumprir seus objetivos.

Por força da Emenda Constitucional 29/2000, foi acrescentada a alínea “e” ao inciso VII do artigo 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal caso não seja aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. A mesma Emenda Constitucional, modificando o inciso III do artigo 35, previu a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na mesma hipótese, naquela esfera.

O artigo 198 da constituição desenhou a estrutura geral do Sistema Único de Saúde, considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º). O artigo 199 facultou à iniciativa privada a assistência à saúde, podendo as instituições privadas participar de forma complementar do SUS, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo

preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§1º), vedando a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (§2º), bem como a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (§3º). No artigo 200, exaustivamente, foi feita a enumeração das atribuições do sistema único de saúde¹⁵.

Há ainda outros dispositivos constitucionais versando sobre a saúde pública, como por exemplo os artigos 208 e 227, e o artigo 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Mas o que se observa do desenho geral da política pública de saúde é que é marcada por princípios e normas tendentes à mais ampla e efetiva atenção preventiva e curativa de toda a população, sem discriminação de qualquer espécie. Nesse sentido caminharam todas as normas infraconstitucionais que regulam e detalham o funcionamento do SUS, como é o caso da lei 8.080/1990.

Mas como de fato vem sendo encarada e promovida a saúde hoje no Brasil e no mundo? Há variações imensas entre os sistemas de saúde dos países. Alguns, como Canadá, França, Inglaterra, Cuba e Brasil, possuem sistemas públicos de saúde, tendentes à universalidade, integralidade e isonomia de acesso. Outros, como os Estados Unidos, têm um histórico de tratar a saúde como um bem privado, individual, a ser adquirido mediante pagamento (seja por planos de saúde ou diretamente aos profissionais da área). Historicamente, os governos democratas tentaram implementar sistemas públicos de saúde, mas os poucos avanços nesse sentido foram obtidos com dificuldade.¹⁶

¹⁵ São elas: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

¹⁶ A exemplo do programa *Medicaid* ou *Medicare* (criado em 1965 e frequentemente sofrendo alterações legislativas) para populações de baixa renda e de sua versão para idosos. Em 2010, foi assinado o ato pelo *Patient Protection and Affordable Care Act*, popularmente conhecido como *Obama Care*. Não se trata de um equivalente do SUS, mas de uma tentativa de fornecer uma espécie de plano de saúde mais acessível, incluindo assim milhões de americanos em condições vulneráveis que não eram alcançados pelas políticas até então – o que equivalia a não ter direito à saúde. A intenção do programa também é de regular os preços dos planos de saúde particulares, além de melhorar os índices gerais de saúde do país.

Também variam profundamente os índices relacionados à saúde ao redor do globo. Por exemplo, de acordo com dados da Organização Mundial de Saúde através do seu Observatório Global de Saúde¹⁷, 74% das mortes de crianças ocorrem na África e no sudeste da Ásia; 57 países enfrentam uma crise de mão-de-obra na área de saúde, sendo a distribuição de médicos e enfermeiras profundamente concentrada nas áreas urbanas, em detrimento das rurais (76 e 62%, respectivamente, estão nas áreas urbanas, enquanto a população mundial se divide 50-50% entre áreas urbanas e rurais); países de baixa e média renda, especialmente da África e do sudeste asiático perdem mais anos de vida para a mortalidade e para doenças incapacitantes do que países de baixa e média renda em outras regiões do planeta, especialmente Europa, Américas e região do Pacífico Ocidental; Austrália, Canadá, Estados Unidos, Noruega e Suécia são os países do mundo com maior gasto *per capita* ao ano com saúde (acima de cinco mil dólares), enquanto Congo, Etiópia, Chad, República Centro-Africana, Myanmar, Madagascar e Eritreia são os países com o menor (abaixo ou igual a vinte e cinco dólares).

Ainda de acordo com dados da Organização Mundial de Saúde através do seu Observatório Global de Saúde, apenas em 2008, 1.500.000 crianças abaixo de cinco anos de idade morreram no mundo de doenças que poderiam ter sido prevenidas por vacinação. Até 2012, dois bilhões e meio de pessoas ainda não tinham acesso a condições de saneamento básico; e 748 milhões ainda bebiam água de fontes não tratadas. Em quase todo o território africano, menos de 50% da população tinha acesso a água tratada até 2012 (em Mali, só 28% e em Madagascar só 29% das pessoas, por exemplo), enquanto no Brasil 88% e no Canadá 100% das pessoas possuía esse acesso. O padrão de desigualdade de condições persiste quando se observa o índice de mortes maternas a cada 100.000 nascimentos vivos em 2013. Naquele ano, a OMS verificou que na maior parte dos países africanos, as mortes superavam 300 (como na Etiópia, Sudão e Angola), 550 (como na Nigéria, Mali e Costa do Marfim) e até 1.000 (caso de Serra Leoa) a cada 100.000 nascimentos vivos. Enquanto isso, a maior parte da Europa e das Américas registrou menos de 99 mortes

¹⁷ Todos os dados mencionados foram obtidos no site <<http://www.who.int/gho/database/en/>> . Mais informações podem ser obtidas em <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112738/1/9789240692671_eng.pdf?ua=1> Acesso em 22 mar. 2015.

a cada 100.000 nascimentos vivos, como o Brasil, com 69¹⁸. Alguns países chegaram a ter menos de 20, como Canadá (11), Alemanha (07), Japão (06) e Islândia (04).

O que fica claro com os dados coletados pela OMS é que a pobreza e os registros ruins de saúde andam sempre lado a lado.

No Brasil, apenas para se ter uma ideia, segundo informações disponibilizadas pelo Ministério da Saúde através do Portal DATASUS¹⁹, em 2012, foram registradas 39.123 mortes de crianças; 45.465 mortes de crianças com menos entre 01 e 04 anos de idade por causas evitáveis (esse número caiu para 6.326 na avaliação preliminar de 2013); 66.927 mortes de mulheres em idade fértil ou gestantes. Até o ano 2000, 10.115.635 pessoas não dispunham de água canalizada e 16.090.445 não tinham nenhuma instalação sanitária²⁰.

Segundo o Banco Mundial (2014), a pobreza é a maior causa da saúde ruim e representa uma barreira para o acesso aos cuidados de saúde, quando necessários. Trata-se de uma relação financeira: os pobres não podem comprar as coisas que precisam para ter boa saúde, incluindo quantidades suficientes de comida e cuidados de saúde. Mas há relação também com outros fatores, como a falta de informação sobre práticas promotoras de saúde ou a falta de voz/influência para fazer com que as políticas públicas funcionem para eles.

Em contrapartida, má saúde é apenas uma das múltiplas causas de pobreza. Isso se deve parcialmente aos custos de buscar cuidados de saúde, o que inclui não somente gastos com cuidados particulares (como consultas, exames e remédios), mas também custos de transporte e pagamentos eventuais para fornecedores e profissionais de saúde. Também se deve à considerável perda de renda associada à doença em países em desenvolvimento, tanto da pessoa que tenha melhor salário na família, quanto dos demais, que podem ser obrigados a parar de trabalhar/estudar para tomar conta de um parente doente. Além disso, famílias pobres lidando com a

¹⁸ Conforme dados do Ministério da Saúde do Brasil, de 1990 a 2010, a mortalidade materna no Brasil caiu pela metade, de 141 para 68 óbitos para cada 100 mil nascidos vivos. Fonte: BRASIL: Ministério da Saúde. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/saude/2012/02/ministerio-da-saude-preve-que-2011-tera-reducao-recorde-da-mortalidade-materna>> Acesso em 12 mar. 2015.

¹⁹ Todos os dados aqui mencionados foram obtidos no site do DATASUS: <http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=02>

²⁰ Vale ressaltar, entretanto, que no Brasil há grandes diferenças regionais em relação os índices de saúde, como se pode verificar no site do DATASUS: <http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=02>

doença podem ser forçados a vender seus bens para cobrir despesas médicas, tomar empréstimos a altos juros ou se tornar endividadas com a comunidade.

Sistemas de saúde fortes melhoram o status de saúde de toda a população, mas especialmente dos pobres entre quem a má saúde e o pouco acesso a seus cuidados tendem a se concentrar. Na mesma medida, bons sistemas protegem lares da potencial catástrofe que podem ser os efeitos dos custos da saúde privatizada.

Em geral, os estudos do Banco Mundial (2014) demonstram que a má saúde é desproporcionalmente concentrada entre os pobres. Os projetos desenvolvidos nos últimos anos por esta instituição têm melhorado a cobertura de saúde para os pobres e, por consequência, reduzido as vulnerabilidades financeiras.

5.1. DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE E CIDADANIA

Para se falar em determinantes sociais da saúde e da cidadania, primeiro é preciso tratar de alguns conceitos básicos. Neste trabalho, adota-se o conceito de cidadania de Thomas Marshall (1950), que a divide em três elementos que podem ou não estar presentes concomitantemente em uma determinada sociedade. Primeiro menciona a cidadania jurídica, relacionada à garantia de direitos fundamentais à população. É a que primeiro se conquista ou obtém, no processo de formação de um Estado e de uma sociedade. Além dela, existe a cidadania política, fortemente vinculada à participação eleitoral (direito de votar e ser votado, de acompanhar campanhas eleitorais e mandatos legislativos e executivos após o pleito). Nos países que se intitulam democráticos, esse elemento da cidadania está presente para toda ou quase toda a população adulta²¹. Por fim, e mais rara de ser encontrada, a cidadania social, que depende da existência de educação e consciência política para todos, participação popular efetiva e garantia dos direitos fundamentais.

Thomas Marshall (1950) desenvolveu sua teoria fazendo um paralelo com o alcance dos direitos civis, políticos e sociais, respectivamente nos séculos XVIII, XIX e XX. Em suas obras, defende que a cidadania só pode ser considerada plena quando presentes os três elementos, os três tipos de direitos, o que estaria diretamente ligado

²¹ Embora seja questionável a qualidade dessa cidadania política, uma vez que seu exercício pela maior parte da população parece ser desprovido de consciência crítica e real compreensão do cenário político de seu país.

à classe social e ao status de cada pessoa na sociedade. Portanto, sob a égide da universalidade abstrata forma-mercadoria não há cidadania social (KURZ, 1997 e SEN, 2011).

No Brasil, é fácil perceber que somente indivíduos pertencentes às classes sociais mais abastadas alcançam o exercício amplo de seus direitos civis, políticos e sociais. Dentre as classes média e baixa, a ignorância e o desrespeito aos mais fundamentais direitos civis é recorrente – como, por exemplo, no caso do restrito e insuficiente acesso à saúde pública, em franca ofensa ao direito de igual e livre acesso para todos, previsto no artigo 196 da Constituição Brasileira de 1988²².

Importante conceituar também, portanto, o que sejam saúde e doença. Tratam-se de fenômenos sociais, vinculados a determinado contexto cultural e momento histórico. O que é considerado doença no Brasil pode não ser assim visto em outro país. E o que hoje a medicina ocidental reconhece como patologia, poderia não ser assim definido um século antes.

Ressalte-se que a medicina detém o poder de normalizar e categorizar doenças e comportamentos. É ela quem diz o que é “normal” e o que é “anormal”, legitimando e validando os diagnósticos através do domínio da tecnologia na área de saúde. Nesse sentido, Riessman (2003) diz que a normalização é a categorização, pela medicina, para adequação a graus de normalidade, conformidade com os padrões e regras aceitos pela sociedade.

Além de gerar conflitos e dificuldades de comunicação entre médicos e pacientes, através de relações desequilibradas de poder, essa situação pode mascarar decisões de cunho moral como se tivessem base científica, como será visto mais adiante neste trabalho.

Na discussão acerca das determinantes sociais de saúde e cidadania, não se pode olvidar as relações interpessoais, a dimensão do gênero (homens e mulheres lidam de formas diferentes com a saúde e a doença), a importância das redes sociais, a existência do controle social sobre os comportamentos humanos, e as

²² Artigo 196 da Constituição Federal de 1988 - 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.

heterogeneidades, em geral, da saúde e da cidadania. Todos esses fatores serão aprofundados neste trabalho.

Nesse contexto, seria a conquista da cidadania social e do direito ao bem estar que melhorariam a saúde dos indivíduos e da coletividade? Nota-se que determinantes sociais de naturezas diversas influenciam nas condições de saúde das pessoas, de forma que a análise detalhada das mesmas pode muito contribuir na busca por uma saúde verdadeiramente universal no Brasil. A efetivação do direito social à saúde, garantido na Constituição de 1988, não depende somente de legislação e regras formais com previsões de medicamentos e atendimentos, mas também de um olhar social crítico, capaz de identificar e discutir as determinantes sociais que mais afetam a saúde (e a doença) dos brasileiros, diminuindo-lhes, por consequência natural, o exercício da cidadania.

É essencial conceituar saúde e doença, antes de aprofundar a análise das determinantes sociais que lhe afetam. Tanto a saúde quanto a doença são fenômenos sociais, dependendo de todo o contexto histórico e social para serem assim caracterizadas por uma determinada população em um determinado momento. A doença é uma evidência em uma determinada sociedade, em determinado momento, mas pode não ser ou não ter sido em muitas outras. Nesse sentido, pode-se citar como exemplo o estresse e a depressão, que nos dias atuais são patologias reconhecidas²³, recebem tratamento com remédios e atendimento psicológico, mas algumas décadas atrás não eram condições ditas como de doença.

Vale ressaltar, ainda, que, a depender da sociedade e de elementos históricos e culturais, o significado da doença varia. Mas, de qualquer maneira, o reconhecimento de uma determinada condição ou situação como doença é um primeiro passo para o exercício da cidadania daquela pessoa. Porém a expressão da doença e seus impactos na cidadania vão ser diferentes em cada sociedade.

É possível que uma sociedade de cultura e tradição curativa se preocupe mais em sanar os sintomas e debelar a consequência quando já detectada a doença. Por

²³ CID 10 F40-F48 e CID 10 F32/F33, respectivamente, conforme a Classificação Internacional de Doenças e de Problemas Relacionados a Saúde, elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

outro lado, uma sociedade de cultura e tradição preventiva vai se debruçar prioritariamente sobre as causas que geram doenças, tentando evitar que elas surjam.

Não só isso, mas a expressão e o reconhecimento da doença também podem variar de acordo com a classe social, na medida em que a medicina é mais presente e acessível em classes mais ricas, que têm mais conhecimento para reconhecer os sintomas enquanto sintomas (quer dizer, os mais pobres podem confundir sintomas com o cansaço ou as dores tidas por eles como normais após longas jornadas de labor, por exemplo).

A dificuldade da linguagem também dificulta o consumo de serviços médicos pelos pobres, que têm a ignorância, nesse caso, como um obstáculo para compreender seu processo de saúde-doença. O hiato de comunicação, no entanto, possui dois lados. Há ainda o lado do médico que, quando não disposto a estabelecer uma comunicação efetiva com seu paciente, utiliza um jargão profissional-técnico inacessível ao cidadão leigo, reiterador do seu poder biomédico, confirmador da distância socioeconômica entre os envolvidos.

Daí se pensar que a falta de informação e conhecimento pode gerar a sub-utilização de serviços de saúde por classes mais pobres, uma vez que têm dificuldade de reconhecerem sintomas e perceberem que estão doentes, partindo, por fim, para buscar um tratamento. Por outro lado, aqueles que possuem mais capital cultural podem mais facilmente identificar sensações de morbidez (doenças) e, por isso, talvez até gerarem uma superutilização dos serviços de saúde²⁴.

Historicamente, certas doenças foram mais frequentes em momentos diferentes da sociedade. Enquanto prevalecia a subsistência pela caça e pela pesca, por exemplo, as fraturas ósseas eram muito comuns. Nas sociedades urbanas, aumentou a ocorrência de doenças contagiosas e diarreias. Por fim, na sociedade industrial, observa-se a prevalência de doenças respiratórias crônicas, doenças decorrentes de exposição a substâncias tóxicas, problemas de coluna, entre outros.

²⁴ Nesse diapasão, cabe mencionar que o acesso a planos de saúde no Brasil, devido a seus preços elevados, é restrito a classes médias e altas. Isso tem também impacto na sub-utilização de serviços de saúde pelos pobres, pois dependem exclusivamente do Sistema Único de Saúde (SUS), que é notoriamente insuficiente e ineficiente para atender a toda a população. Assim, classes mais abastadas têm maior facilidade de acessar serviços de saúde através de seus planos particulares, tendendo até mesmo a superutilizá-los. Enquanto isso, os menos abastados permanecem à margem do direito fundamental à saúde.

Isso porque as doenças decorrem de hábitos, condições e estilo de vida, do meio ambiente que circunda as pessoas, da posição social que ocupam e de suas relações sociais.

Disso tudo podem decorrer visões paradoxais da doença. Para alguns, pode ser vista como um mal inaceitável, intolerável, do qual o indivíduo precisa se livrar o mais rápido possível. Nessa perspectiva, existe uma rejeição social, uma inaceitabilidade da doença. Por outro lado, para outros, a doença pode ser vista como uma oportunidade de superação, de aprendizado, ou mesmo de lucro. Seguindo essa lógica, a indústria médico-farmacêutica parece patologizar cada vez mais a vida humana, em um processo de criação constante de novas enfermidades.

A partir do século XIX, temos um sistema de doença, e não de saúde, na medida em que é crescente a patologização da vida (PARSONS, 2010). Até mesmo o desrespeito a padrões estéticos modernos vem sendo categorizado como doença. Exemplo disso é considerar-se que quem está acima do peso (principalmente para mulheres), não está saudável. Observa-se, em verdade, um processo cada vez maior de medicalização da vida humana, como será melhor analisado adiante.

É preciso ressaltar que há diversos desafios ao se lidar com determinantes sociais de saúde e cidadania. O primeiro é manter em mente que a relação de determinação nunca é direta, de causa e efeito. Trata-se de fatores e relações complexas de interdependência e imbricamento.

Outro desafio é identificar onde e como devem ser feitas as intervenções com o objetivo de reduzir as iniquidades em saúde. É evidente, por exemplo, que em uma determinada comunidade em situação de extrema pobreza e frequentemente atingida por doenças como tuberculose, dengue e infecções do trato digestório, a implementação de saneamento básico será fundamental para a melhoria das condições de saúde dos residentes. Porém nem toda situação fática terá remédios tão óbvios ou simples. Cada caso deverá ser analisado com detalhes, sensibilidade e visão crítica, afim de se encontrar as medidas mais eficientes a serem adotadas para redução da morbidez e ampliação da dignidade e do exercício da cidadania pelas pessoas.

Um terceiro desafio aos estudos em tela é que não há uma correlação constante entre os macro-indicadores da riqueza de uma sociedade, como o Produto

Interno Bruto (PIB), com os indicadores de saúde. Os países têm investimentos variados em saúde pública em relação ao seu PIB, que variam conforme o sistema adotado, a vontade política em determinado momento histórico e mesmo as necessidades específicas de cada local. Da mesma forma, fatores diversos influenciam nos indicadores de saúde extraídos em cada país, desde geografia e clima, até aspectos culturais e comportamentais das pessoas.

Novamente, frisa-se que não há determinismo direto entre fatores como classe social, gênero, rede social específica, moradia ou capital cultural e iniquidades na área de saúde. Tratam-se de determinantes sociais relevantes e que não podem ser olvidadas ao se fazer qualquer estudo sobre saúde e cidadania, mas que não podem jamais ser isoladas e encaradas como determinação direta ou causa vinculante de certos efeitos.

Por fim, não há presunção de que, dadas condições ideais, as heterogeneidades desapareceriam (HERTZMAN, FRANK & EVANS, 1994). É possível que, mesmo adotadas as medidas e políticas mais eficientes para garantir o direito à saúde das pessoas, ainda permaneçam iniquidades nessa área.

Os referidos autores apontam fontes diversas para tais iniquidades em saúde e cidadania: (i) causalidade inversa entre saúde e doença; (ii) suscetibilidades diferentes, a depender de genética e outros fatores; (iii) estilos individuais de vida; (iv) ambiente físico; (v) ambiente social ou redes sociais; (vi) desigualdade de acesso a serviços de saúde preventivos e curativos.

Este trabalho sugere a análise das heterogeneidades em saúde e cidadania através do ângulo da vulnerabilidade generalizada, segundo o qual as determinantes sociais de saúde nem sempre são claras, embora os diagnósticos possam ser. Esse ângulo entende que não é apenas um fator isolado que causa certa doença, mas um feixe complexo de determinantes sociais que geram vulnerabilidade generalizada, associada à posição social do indivíduo (HERTZMAN, FRANK & EVANS, 1994).

A análise das heterogeneidades através da vulnerabilidade generalizada se opõe à epidemiologia clássica, que tem por objetivo meramente bloquear os mecanismos patogênicos que causam as doenças (HERTZMAN, FRANK & EVANS, 1994).

Os referidos autores propõem três abordagens concomitantes para se estudar como as determinantes sociais provocam iniquidades de saúde e cidadania. Deve-se analisar aspectos físico-materiais na produção da saúde e da doença, na medida em

que as diferenças de renda influenciam por causa da escassez de recursos e pela ausência de investimentos em infraestrutura, decorrentes de processos econômicos e de decisões políticas. A segunda frente de análise deve incluir os aspectos psicossociais, pois as relações entre percepções de desigualdades sociais, mecanismos psicobiológicos e situação de saúde influenciam na mesma (exemplo: estresse, insatisfação, apatia). E, por fim, deve-se considerar o desgaste do “capital social”, ou seja, o desgaste das relações solidárias e de confiança entre grupos. A desigualdade minora a confiança entre as redes sociais, influenciando fortemente na condição de saúde e cidadania do indivíduo.

As três abordagens devem ser concomitantes porque todos os mecanismos estão interligados e o sistema é complexo. Então, a análise não pode ser simplista, embora deva ser simples.

5.2. MEDICALIZAÇÃO E NORMALIZAÇÃO DA DOENÇA

A medicina é hoje a única responsável e legitimada a criar/reconhecer doenças, devido ao exclusivo conhecimento técnico para tal. Só os médicos podem fazer diagnósticos nosológicos²⁵ de enfermidades e orientar tratamentos²⁶, de onde advém um inegável poder desses profissionais em relação a toda a sociedade.

Segundo Goffman (2014), a medicina cria a doença através da legitimação da mesma pela validação tecnológica de diagnósticos, pelo humanismo médico e pela rotulização (*labeling*) da doença. O rótulo em questão pode se tornar um estigma social irreversível, como salienta o autor.

Riessman (2003) aduz que a medicalização deriva de dois processos sociais interligados: o comportamento ou conduta tida como doentia, anormal; e a categorização, pela medicina, do que seria um grau adequado de normalidade, de

²⁵ De acordo com a Lei 12.842/2013, diagnóstico nosológico é a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios: I - agente etiológico reconhecido; II - grupo identificável de sinais ou sintomas; III - alterações anatômicas ou psicopatológicas.

²⁶ A Lei 12.842/2013, que dispõe sobre o exercício da medicina, esclarece que fisioterapeutas têm exclusividade do diagnóstico e tratamento fisioterapêutico, dentistas têm exclusividade do diagnóstico e tratamento ortodôntico, e assim por diante em relação a outras especialidades da área de saúde.

conformidade com os padrões aceitos ou esperados pela sociedade (processo de normalização).

Nessa perspectiva interacionista (RIESSMAN, 2003), bases morais para categorizar algo como doença podem tomar aparência científica através do poder da medicina. Exemplo disso foi o uso da expressão “homossexualismo” no passado, onde a homoafetividade era categorizada como uma doença. Hoje, com o avanço do pensamento, da crítica e da própria medicina, essa ideia cedeu ao entendimento de que não se trata de uma enfermidade ou de algo a ser curado, e sim de uma condição natural entre seres humanos, consideradas suas diversidades e idiossincrasias.

Ainda dentro dessa análise sobre a medicalização da saúde, Parsons (2010) observa que o doente exerce um papel social, pois dele são esperadas determinadas reações e comportamentos específicos. Além disso, devido ao domínio da linguagem técnica ser somente do médico, o doente fica em uma condição de vulnerabilidade, seja pela ignorância, seja pela fragilidade física e emocional típica de quem não está em perfeitas condições de saúde.

No exercício de seu papel social de doente, é dispensado de seus papéis sociais normais enquanto não se cura; não é responsabilizado por estar doente (por ser entendido como portador de um desvio social legítimo)²⁷; não deve extrair prazer ou satisfação da sua condição; e deve tentar curar-se a todo custo. Se não desempenhar adequadamente tal papel, as consequências são a ausência de simpatia e empatia, bem como a rejeição social (abandono, isolamento, falta de cuidado).

Em contraste a essa patologização da vida, vale observar o que se entende como saúde.

²⁷ Ressalvada aqui a posição dos planos de saúde, especialmente nos Estados Unidos, onde a análise de doenças preexistentes e as probabilidades genéticas de cada indivíduo são levadas em conta quando da assinatura do contrato de seguro. Pode-se dizer que há uma responsabilização do doente pela sua condição nesse cenário, uma vez que portadores de doenças crônicas e/ou de alto custo de tratamento são comumente rejeitados pelos planos de saúde como contratantes. O mesmo ocorre com aqueles cuja genética indica altas chances de desenvolverem determinadas patologias consideradas de alto custo para os planos. Evidentemente, por serem agentes da iniciativa privada e visarem o lucro através da sua atividade empresária lícita, os gestores dos planos de saúde não têm obrigação de aceitarem todo e qualquer proponente-contratante. O que se ressalva aqui é somente que, dentro das relações entre os indivíduos e os planos de saúde, os doentes são, sim, responsabilizados por serem ou estarem enfermos, na medida em que são por isso impedidos de contratar esse serviço em específico.

5.2.1. Saúde como fenômeno social

A saúde é conceituada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença. Já o artigo 196 da Constituição de 1988 diz que a saúde é um 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.

Diante desses conceitos amplos, nota-se claramente que a saúde é um fenômeno social ainda mais complexo que a doença, pois não se resume à mera ausência da enfermidade. Seria ela um objetivo ideal da vida? O seu ponto de equilíbrio? Ou, como diz Herzlich (2004), a obrigação de cada pessoa?

Ocorre que esses conceitos da OMS e da Constituição de 1988, quando contrastados com a realidade brasileira, chegam a parecer uma aporia, ou mesmo uma utopia. Ainda que se entenda serem normas programáticas, a apontarem um objetivo a ser alcançado pela sociedade como um todo, o cenário atual da saúde revela, mesmo aos olhos do senso comum e das observações cotidianas do homem médio, abissal distância entre a previsão legal e a prática.

E, nesse diapasão, determinantes sociais diversas influenciam para que a realidade não se pareça em nada com os belos conceitos de saúde trazidos pela OMS e pela Constituição Brasileira de 1988.

5.2.2. Dimensões das relações interpessoais como determinantes sociais: gênero, rede e controle sociais

Doença e saúde articulam-se entre os âmbitos biológico e social. Essa articulação está inserida nas relações de gênero, de dominação e de cuidado (BOURDIEU, 1998). Contribuem para a perpetuação da dominação masculina: (i) a violência efetiva (conjugal, sexual, mortes por abortos, falta de acesso a serviços médicos, etc.); (ii) a violência simbólica (tendência a submissão, culpabilização da vítima, sensação de constante ameaça e outros mecanismos de reprodução da dominação); (iii) a divisão do trabalho e das atividades segundo o gênero (mulheres

predominam no papel de cuidadoras); e (iv) a estrutura do espaço (público para homens, privado para mulheres).

Conquanto estejam presentes em todas as relações humanas as dimensões de antagonismo (relações de força e opressão), complementariedade e concorrência, no caso das relações de gênero estão presentes o antagonismo, a transversalidade (um funciona mesmo sem o outro), a dinâmica (podem avançar ou retroceder a depender do momento histórico) e a produção de categorização social, através da ideia do “verdadeiro homem” e da “verdadeira mulher” (FOUCAULT, 1977).

Existe uma dupla face das questões de poder de gênero em relação à saúde e à cidadania, conforme analisam Gutierrez e Minayo (2008). Se por um lado a mulher é a “rainha do lar”, a cuidadora por excelência, por outro tem mais dificuldades no mercado de trabalho (obtenção de postos e salários em condições de igualdade aos homens) e espera-se que seja submissa e emotiva. Já quanto aos homens, por um lado têm privilégios e poderes na sociedade, pelo seu papel historicamente construído, e por outro sofrem com a alienação emocional, por se esperar deles que sejam “fortes”, não sucumbam a lágrimas ao ficarem doentes e não demonstrem ansiedade, medo ou nervosismo.

Vê-se, assim, que as condições de saúde e doença são vivenciadas e encaradas de forma diferente por homens e mulheres. A própria sociedade deles espera condutas diversas face às enfermidades (quer acometam a si mesmos, quer a familiares e amigos). É possível inferir, diante disso tudo, que a questão do gênero constitui mais uma determinante social de saúde e cidadania.

Ademais, extrapolando-se a análise de gênero para uma análise mais ampla, de toda a rede social de um indivíduo, Gutierrez e Minayo (2008) dizem que a relação entre essa rede e a saúde individual pode representar um círculo virtuoso ou um círculo vicioso. Virtuoso porque tanto o apoio da rede ajuda a proteger a saúde das pessoas, como a pessoa saudável fortalece e amplia sua rede. E vicioso porque tanto a doença afasta a pessoa de sua rede, quanto uma rede ausente piora as condições de saúde da pessoa.

Nesse sentido, “a pobreza relativa das relações sociais constitui um fator de risco para a saúde comparável a fumar, à pressão arterial elevada, à obesidade e à ausência de atividade física.” (SLUZKI, 1997, p. 69)

Há que se observar também o papel exercido pela mídia e pelo controle social no âmbito da saúde e da cidadania. Existe um código específico de conduta por cada grupo social. Esse tipo de código é imposto globalmente junto com a cultura dos países hegemônicos através da disseminação midiática. Passa-se a repetir comportamentos, costumes, modas e expectativas em uma escala planetária. Para a obediência ou não a tais padrões, existem sanções positivas (recompensas, popularidade, sensação de pertencimento ao grupo) e negativas (exposição ao ridículo e exclusão social).

Além disso, observa-se a reprovação mútua entre grupos distintos (ricos e pobres, especialmente)²⁸. Essa disseminação de códigos específicos de conduta ratifica a oposição entre classes sociais profundamente desiguais através de representações que repetem estruturas iníquas em novelas, filmes, etc. (NERI & SOARES, 2002)

As diferentes classes sociais têm diferentes ideias de doença como impedimento de funcionalidade do corpo. Os pobres parecem valorizar a resistência à dor e só procurar os médicos quando os sintomas da doença os impedem de trabalhar, de fazer o uso normal do corpo. Daí a dificuldade dos pobres em aderirem à noção de prevenção, que se inscreve em uma planificação do tempo a partir da escuta do corpo. Apesar de recentes mudanças nos perfis, antigamente era comum os pobres favorecerem um corpo mais forte, enquanto os ricos buscavam uma espécie de refinamento, um bom gosto e certo ascetismo. Boltansky (1987) observou isso em relação às classes sociais francesas.

Dentro deste cenário uniformizante e controlado, surgem alguns efeitos estruturantes em relação aos cuidados com a saúde. Um deles é a vergonha de si mesmo, do próprio corpo, devido a padrões de beleza culturalmente impostos e pela estigmatização do corpo.

Outro efeito é a desapropriação cultural de determinadas populações ou grupos que são subjugados pela uniformização dos códigos de conduta sociais. Ocorre uma quebra de tabus religiosos e sociais com o fim de possibilitar a reconquista do corpo pelo sujeito. Isso pode também ser descrito como o final de um processo objetivo de

²⁸ A título de exemplo, vê-se que as mulheres pobres reprovam as mais ricas por terem tempo e dinheiro de sobra para cuidar da saúde, e também pela sua vaidade. Enquanto isso, as ricas reprovam as pobres por suas roupas, cuidados pessoais, etc.

desapropriação cultural, pois é correlato a um crescimento da necessidade social de especialistas.

Busca-se exterminar costumes de comunidades tradicionais em relação a tratamentos alternativos, o que acaba também extinguindo aspectos culturais e obstaculizando acesso a certos tratamentos para pessoas pobres, cuja única opção seria aquela religiosa/cultural, já que não alcançam o Sistema Único de Saúde (SUS) e muito menos planos de saúde. Assim, a saúde vai ficando cada vez mais inacessível para os pobres, mantendo-se como um lugar exclusivo dos privilegiados.

5.3. ILIMITAÇÃO DE DEMANDAS E ESCASSEZ DE RECURSOS

É consenso doutrinário que a saúde é um setor da sociedade cujos custos financeiros são sempre crescentes (BAUMOL, 2012). Suas necessidades são culturais, cultivadas, e aumentam à medida em que são satisfeitas. Porém o autor defende que a saúde sempre será custeável pelo Estado, desde que administrada com honestidade e eficiência. Isso porque embora os custos com a saúde sempre tendam a crescer, em outras áreas eles tendem a diminuir, equilibrando a balança²⁹.

De qualquer maneira, o custo crescente da saúde representa um imenso desafio para os Estados Nacionais na contemporaneidade. Ainda mais quando se lida com uma constante tensão entre os paradigmas sócio-político e biomédico/bacteriológico na saúde pública.

O paradigma social e político defende que ciência médica é intrínseca e essencialmente uma ciência social, pois as condições socioeconômicas exercem um importante efeito sobre a saúde e a doença. O próprio termo “saúde pública” expressa seu caráter político e implica necessariamente na intervenção na vida política e social para identificar e eliminar os fatores que prejudicam a saúde da população.

Já o paradigma biomédico e bacteriológico enfoca o surgimento uma nova medicina após as descobertas de bactérias e vírus, estreitando o foco da saúde pública, que passa a se distanciar das questões políticas e dos esforços para reformas sociais e sanitárias de caráter mais amplo e preventivo.

A longo do século XX, observa-se a tensão entre esses dois paradigmas. A cada período, um tem mais ênfase do que o outro. Com a criação da Comissão sobre

²⁹ Em áreas onde o avanço tecnológico reduz os custos de produção, por exemplo, como as telecomunicações e os transportes.

Determinantes Sociais da Saúde da OMS em 2005, atualmente prevalece o paradigma Social e Político. Porém é importante que os dois caminhem juntos, sempre presentes, para se alcançar melhores resultados na saúde pública, pois ambos trazem aspectos reais e inegáveis da vida e da doença.

Uma primeira questão polêmica é o “direito à saúde” do cidadão, de todos os cidadãos, sendo que tal direito deveria ser garantido pelo Estado, através de políticas sanitárias eficazes e “fundamentadas” no princípio de justiça, entendida, esta, como “equidade” (*fairness*), isto é, como justa igualdade de oportunidades. Como afirma explicitamente a Constituição Brasileira de 1988, *a saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado*. Mas, atualmente, considera-se cada vez mais que este “direito” deva ser visto no contexto dos recursos efetivamente disponíveis, quer dizer, relativizado ao interior daquela “cultura dos limites” da qual fala Callahan ou, então, gerando novos recursos por novas formas de impostos, nem sempre bem aceitos pela população. [...]

Um exemplo desta tendência em vincular o direito à saúde aos recursos disponíveis é aquele da Itália. A Constituição Italiana de 1948, no seu artigo 32, afirmara que o direito à saúde é um direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade. Mas, como escreve o jurista italiano Amedeo Santosuosso, durante muitos anos este direito obteve tão somente um reconhecimento formal, não sendo praticamente respeitado, nem pelos governos católicos que, sobre outras questões, defenderam o princípio absoluto da sacralidade da vida (como na questão do aborto). Neste sentido compreende-se a decisão, tomada em julho de 1995 pela Corte Costituzionale Italiana, que estabelece que o direito à saúde vale somente tendo em conta o contexto dos recursos econômicos realmente disponíveis. Desta forma, aquele que parecia ser um princípio absoluto, ou fundamental (visto que estava inscrito na própria Constituição), revela-se como um princípio relativo, ou seja, o direito à saúde está vinculado à condição dos meios disponíveis que o contextualizam e relativizam. Mas o problema, neste caso, é como preservar a efetividade do princípio de justiça enquanto “equidade” (i., e., da justa igualdade de oportunidades ou da igual consideração dos interesses), sem discriminar os cidadãos que de fato não têm os recursos disponíveis para cuidar de sua saúde. (SCHRAMM, 2007, p. 236)

Schramm (2007) abordou a “cultura dos limites”, ou seja, essa tendência de vincular o direito à saúde aos recursos disponíveis, que também existe no Brasil. Afirmou que ela pode ter efeitos negativos sobre a própria qualidade de vida e a saúde dos cidadãos, particularmente das pessoas mais vulnerabilizadas (idosos, pobres e, de forma geral, todos que precisam da intervenção estatal para ter uma vida minimamente digna).

A primeira tentativa de lidar com o problema da escassez de recursos e ilimitação da demanda de saúde, sob o ponto de vista da bioética, foi a criação, em

1962, do Comitê de Seattle (VILLAS-BÔAS, 2012). Composto de médicos, membros da comunidade e um jurista, o comitê tinha como objetivo estabelecer critérios na tomada de decisões acerca da alocação desses recursos. A princípio, a solução era dada extrajudicialmente, porém com o passar dos anos observa-se o fenômeno cada vez maior da judicialização do direito à saúde.

Tratando da judicialização e da medicalização da vida nos dias atuais, Villas-Bôas (2012, p. 98) aponta aspectos positivos e negativos:

A judicialização indica uma época de maior consciência e de defesa mais ciosa dos direitos, motivada notadamente pela valorização da autonomia que marcou a transição dos séculos XX e XXI. A medicalização excessiva de aspectos até pouco tempo corriqueiros da vida humana, por seu turno, espelha, como vantagem, uma época de mais recursos técnicos.

Ambas têm representado, contudo, fatores de distanciamento e vulneração recíproca, tanto dos pacientes, quanto dos profissionais de saúde, fragilizando não apenas a relação, mas os seus dois lados componentes, que se sentem acucados e desamparados, ante uma relação que se torna gradativamente mais protocolar, frequentemente intermediada por planos de saúde, como quarto elemento em uma equação que deveria ser marcadamente de proximidade humana.

Vale ressaltar que a saúde é uma área da vida da sociedade que possui determinantes múltiplos e complexos, requerendo a elaboração e efetivação de políticas públicas abrangentes. Quer dizer, o Estado deve ir além da mera prestação de acesso a serviços e produtos médicos. (STODDART, 1995) A saúde é um conceito amplo, segundo a Organização Mundial da Saúde (que em 1946 definiu saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos”, e ainda reconheceu a saúde como um dos direitos fundamentais de todo ser humano). Assim, concordando a Constituição de 1988 com esse conceito e elevando-o como objetivo a ser alcançado pelo Brasil, não basta que o Estado invista em hospitais, clínicas, laboratórios e medicamentos. É preciso que também destine recursos para evitar que a doença surja, melhorando o saneamento básico e as condições de moradia, educação e trabalho; diminuindo as desigualdades sócio-econômicas; combatendo a discriminação de toda espécie (raça, gênero, orientação sexual, etc); enfim, promovendo em todos os flancos a dignidade da pessoa humana para todos os seus cidadãos.

Até porque desde o Relatório Lalonde do Canadá (*A new perspective on the health of Canadians*, 1974)³⁰ as pesquisas vêm apontando e forçando o reconhecimento de que a ênfase em assistência médica (*health care*) não é o melhor caminho para a melhoria das condições gerais de saúde da população. É preciso também tomar conhecimento e investir nos demais fatores ditos determinantes sociais de saúde e cidadania, tais como educação, moradia, igualdade sócio-econômica, etc.

Segundo Welch, Tugwell et al (2012), a Conferência Mundial sobre Determinantes Sociais da Saúde (out. 2011) reconheceu a necessidade de cada vez serem mais disponibilizados dados sobre as iniquidades em saúde e a alocação de recursos. O Simpósio Global sobre Pesquisas de Sistemas de Saúde (2010) também considerou a equidade em saúde fundamental. Porém apesar de tais compromissos internacionais, ainda há pouca evidência dos efeitos das políticas públicas na equidade em saúde. Vale destacar a definição de equidade em saúde como a ausência de iniquidades injustas e evitáveis na área.

A Constituição Brasileira não só reconheceu esse fato como incluiu em seu artigo 200, entre as competências e atribuições do SUS, as atividades de vigilância sanitária e epidemiológica, de saúde do trabalhador, colaboração na proteção do meio ambiente (nele compreendido o do trabalho) e outras³¹, todas visando alcançar o conceito mais amplo de saúde, promovido pela OMS.

Assim, não se pode considerar que o Estado esteja realmente perseguindo os ideias constitucionais e internacionais de saúde se apenas limitar-se a investir na assistência médica (*health care*) todos os recursos dentro de seu orçamento para a saúde. Aliás, dentro dessa esteira, focar meramente na assistência seria, em verdade,

³⁰ Reconheceu a existência de quatro campos de determinantes de saúde: estilo de vida (*lifestyle*), meio ambiente (*environment*), biologia humana (*human biology*) e assistência à saúde (*health care*). A maior parte dos recursos era destinada ao último, sendo que os maiores influenciadores nas condições gerais de saúde da população eram os outros três.

³¹ Art. 200 - Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

inconstitucional. E se a judicialização das demandas de saúde, como parece vir sendo feita, levar o Poder Judiciário a decidir casuisticamente, de forma a forçar o Executivo e o Legislativo a privilegiarem a assistência, em detrimento das demais áreas, verificar-se-á o desvirtuamento completo dos ideais pós-guerra de Bem-Estar Social e de dignidade da pessoa humana para todos. (STODDART, 1995)

6. DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

*At the end of the day it's another day over,
With enough in your pocket to last for a week,
Pay the landlord, pay the shop.
Keep on working as long as you're able.
Keep on working till you drop,
Or it's back to the crumbs on the table.
You've got to pay your way,
At the end of the day!*

(Les Misérables³², 2012)

Com a redemocratização após a ditadura militar, a Constituição da República de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, firmou valores, princípios e direitos fundamentais inéditos na sociedade brasileira, aliando-se aos paradigmas celebrados pelo Neoconstitucionalismo. Pela primeira vez, a Carta Magna traçou direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, em suas diversas dimensões, como garantias. (CUNHA JR, 2008)

Os de primeira geração surgiram no século XVIII e correlacionam-se com a liberdade, visando garantir que o Estado não interfira na esfera de liberdade pessoal dos cidadãos (*non facere*). São exemplos os direitos políticos.

Já os de segunda geração nasceram no século XIX e têm como objetivo prover o máximo de igualdade possível entre as pessoas, através de atitudes positivas (*facere*) do Estado, tais como políticas públicas. São exemplos os direitos sociais e econômicos.

Os direitos da terceira geração aparecem no século XX, sob o ideal da fraternidade entre as pessoas e entre o Estado e seus cidadãos, tratando de interesses trans/meta/supraindividuais. Um exemplo é o direito ao meio ambiente equilibrado. Embora se discuta existirem até seis gerações de direitos fundamentais, a última pacificamente aceita pelos constitucionalistas (CUNHA JR, 2008) é a quarta, surgida já no final do século XX, início do século XXI, protegendo direitos que a

³² Trecho da música “At the end of the day”, pertencente à trilha sonora do musical baseado na obra de Victor Hugo, de 1862, “Les Misérables”. Tradução livre da autora: “No fim do dia é mais um dia que acabou com dinheiro suficiente para durar a semana, pagar o aluguel, pagar a loja, continue trabalhando enquanto for capaz, continue trabalhando até morrer, ou é voltar para os farelos na mesa. Você tem que pagar pela sua vida, no fim do dia.

humanidade passou a ter em virtude dos avanços tecnológicos, tais como direitos biogenéticos, acesso à informação, etc.

A doutrina majoritária³³ entende que todos os direitos fundamentais são de eficácia imediata, sendo exigíveis de plano, independentemente da elaboração posterior de leis ou regulamentos.

Em 1946, a Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos”, e ainda reconheceu a saúde como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, independentemente de sua condição social e econômica ou sua crença religiosa ou política, afirmando a importância de uma política sanitária. Assim, o direito à saúde integra este rol de direitos fundamentais, mais especificamente entre os direitos sociais.

Cabe aqui diferenciar direitos fundamentais individuais (ou de liberdade) de direitos sociais. Segundo Marinho (2009), os objetos dos primeiros são bens públicos e coletivos, seus conflitos são distributivos e plurilaterais, o que significa que suas perdas ou ganhos são repartidos entre toda a sociedade. Além disso, os direitos sociais geralmente são presentes ou futuros, o que dificulta ainda mais a efetividade das decisões judiciais a seu respeito, em casos individualizados: não pode o juiz, no caso concreto, analisar o direito à educação, à saúde ou a qualquer outro bem/serviço público, como se fora direito individual, sem qualquer impacto na distribuição de recursos para o resto dos cidadãos. Com base no "tudo ou nada", seja por tradição, seja por falta de aparelhamento da instituição para melhor analisar, compreender e resolver as demandas, as decisões não são adequadas à lógica específica dos direitos sociais.

6.1 FUNÇÃO DO ESTADO

O modelo de Estado do Bem Estar Social do pós-guerra trouxe em si a ideia de uma comunidade baseada na solidariedade, onde cabe ao Estado incorporar grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea, em uma função de patrocínio da igualdade. (STRECK & MORAIS, 2012) Por isso, é preciso repensar o papel e a soberania dos Estados Nacionais nos dias de hoje. (KURZ, 1995)

³³ CUNHA JR, Dirley (2008) e PADILHA, Rodrigo (2012).

Os referidos autores apontam a conexão inseparável entre os direitos humanos e a evolução do Estado moderno. Esses direitos possuem caráter circunstancial, na medida em que não surgem em um momento isolado e específico, mas sim vão sendo construídos historicamente, com o avançar do pensamento e da civilização. Os direitos humanos, portanto, não nascem da própria "natureza" do homem, preexistindo-o. São criados, compreendidos e efetivados pelo homem ao passo em que as circunstâncias de sua vida variam ao longo da história. Norberto Bobbio (1992, p. 06) aduz que

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem [...] ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências [...]

Entretanto, o caráter circunstancial dos direitos humanos não os torna efêmeros ou negligenciáveis. Bobbio (1992) afirma que o Estado do Bem Estar Social seria aquele onde qualquer cidadão, em qualquer situação social, teria direito a proteção contra dependências de curta ou longa duração. Um tal Estado garantiria o mínimo existencial de renda, alimentação, saúde, habitação e educação a todos – não como caridade, mas como direito político – tese de habilitação (SEN, 1993).

Nesse mesmo sentido: "A tese da presença do Estado nas questões sociais (saúde, ensino, trabalho, etc.) é flagrante ruptura com o liberalismo clássico, contra o qual já se insurgira Keynes." (STRECK & MORAIS, 2012, p. 152)

Dirley da Cunha Jr. (2007) aponta que o fenômeno do neoconstitucionalismo, em meados do século XX, fez com que as constituições do período pós Segunda Guerra Mundial incorporassem explicitamente valores, opções políticas gerais e específicas. Passou-se a ter uma nova compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental e dotada de supremacia em relação a todas as demais normas do ordenamento jurídico, condicionando-as em validade e conteúdo. A partir daí a Constituição passa também a condicionar a própria atuação dos poderes políticos, na medida em que ela deve ser condizente com e sempre buscar efetivar o quanto expresso constitucionalmente. Esse processo histórico desencadeou uma mudança de paradigma do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito.

Dentro dessa transformação do pensamento jurídico, Hans Kelsen (2013) desenvolveu a Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), formulando o ordenamento jurídico como uma pirâmide, onde algumas normas estariam hierarquicamente superiores a outras. No topo estaria uma norma hipotética

fundamental, abstrata, não escrita, composta por um sistema de valores almejados pela sociedade e de onde todas as demais normais seriam derivadas. Logo abaixo viria a constituição, superior a todas as outras, que por isso mesmo se chamam normas infraconstitucionais. Segundo o autor, a constituição e todo o corpo do ordenamento jurídico de uma sociedade extrairiam seus fundamentos de validade da norma hipotética fundamental.

A partir da Teoria Pura do Direito, tornou-se comum a interpretação de que a constituição funcionaria como se fora a norma hipotética fundamental escrita, ou o mais próximo que dela se poderia chegar. Assim, as leis complementares, ordinárias, regulamentos, decretos, portarias e demais obras legislativas seriam materialmente válidas³⁴ se estivessem de acordo com os valores e objetivos erigidos na constituição.³⁵

As cartas constitucionais do pós-guerra, segundo Dirley da Cunha Jr. (2007), reaproximaram o Direito da Ética, da Moral, da Justiça e dos demais valores substantivos, "a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana." (CUNHA JR., 2007, p. 73)

Assim, o fenômeno do neoconstitucionalismo e as mudanças de paradigma e pensamento que provocou fortaleceram a defesa da efetividade dos direitos fundamentais sociais, uma vez que a redução das iniquidades e a obrigação do Estado de prestar serviços de saúde, educação, previdência social, entre outros, passaram a integrar as cartas constitucionais expressamente, como suas opções políticas a serem obedecidas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Esses direitos sociais são verdadeiramente parâmetros axiológicos de limitação à atuação estatal (*non facere*) e, ao mesmo tempo, de imposição à atuação estatal (*facere*). (CUNHA JR, 2007)

Essa concepção de direito está fundada no esgotamento do modelo novecentista de justiça, edificado sobre o pressuposto de que a atuação individual livre e autointeressada levaria à felicidade geral (bem comum). A crise desse modelo resultou na perda de legitimidade

³⁴ A validade formal dependeria de terem sido elaboradas conforme o correto processo legislativo, sem irregularidades, cumprindo todas as etapas, quóruns, etc.

³⁵ Trata-se de apropriação com alteração das ideias de Hans Kelsen, pois o mesmo defendia que a norma hipotética fundamental teria alcance internacional. O autor alemão tinha uma visão monista do Direito, entendendo que o direito internacional tem supremacia sobre os nacionais, e que a norma hipotética fundamental seria, portanto, fundamento de validade para todas as legislações nacionais. Assim, a mesma não poderia se confundir com a constituição de uma nação em específico. (LOSANO, 2002)

do regime privatista e civilista como fundamento da justiça social. De fato, ao longo do século XIX, quando se consolidou o modelo judicial moderno em sociedades centrais, assente em uma teoria da separação dos poderes que conformou a organização do poder político de modo a neutralizar o Judiciário, os tribunais moviam-se em um quadro jurídico pré-constituído. Os tribunais atuavam reativa e retrospectivamente, com o objetivo de reconstituir uma realidade normativa plenamente constituída, por meio da resolução de conflitos interindividuais. Mas a partir do pós-guerra, pelo colapso da teoria da separação dos poderes, sobretudo em vista da proeminência legislativa do Poder Executivo, e pela consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos, alterou-se profundamente o significado socio-político do Judiciário nas sociedades centrais. (AVRITZER, MARONA e GOMES, 2014, p. 16)

Dirley da Cunha Jr (2004) afirma que esse contexto reconheceu, em última instância, um direito fundamental à efetivação da Constituição. Assiste-se, portanto, a um deslocamento da chamada *doutrina dos direitos fundamentais dentro da reserva legal* para uma *doutrina da reserva da lei dentro dos direitos fundamentais*. Assim, o Judiciário se desneutraliza e passa a assumir responsabilidades promocionais do Estado, assim como os demais Poderes já faziam.

A crítica esboçada nos últimos quatro parágrafos, entretanto, é reducionista, pois não abarca o paradoxo da modernidade e, deste modo, mantém latente a crítica do valor/fetichismo.

Essa acepção mais ampla dos direitos demanda uma ressignificação sociopolítica do Poder Judiciário, conforme afirmam Avritzer, Marona e Gomes (2014, p. 16). Isso passaria por três elementos, segundo os referidos autores: “a territorialidade/identidade; a desagregação dos atores e dos interesses e a possibilidade de uma justiça pós-liberal que reconheça tanto o individual quanto o coletivo, o social e o comunitário [...]”

Conforme expresso no art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Essa é a tradução do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, que vincula a atuação dos três Poderes, independentemente de intermediação legislativa infraconstitucional. Nesse sentido, Canotilho (2003), ao analisar o art. 18º/1º da Constituição Portuguesa, que equivale em conteúdo ao art. 5º, parágrafo 1º da Brasileira, reforça essa ideia, e diz que tais normas constitucionais chegam a valer diretamente contra a lei, se esta impuser restrições em desconformidade com a constituição.

Complementando esse pensamento, o também português José Carlos Vieira de Andrade (1976) aduz que o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais vale

[...] como indicador da exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua 'perfeição', isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa. (ANDRADE, 1976, p. 256-257; *apud* CUNHA JR., 2003, p. 77)

Flávia Piovesan (2003, p. 90-91) concorda com o referido princípio, entendendo que é dever dos poderes públicos conferir máxima efetividade e eficácia a todas as normas definidoras de direitos fundamentais. Nesse sentido, caberia aos juízes interpretar tais normas em sua aplicação a casos concretos, conforme o princípio da efetividade ótima; bem como densificá-las de forma a possibilitar sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.

Ora, se no caso do direito fundamental à saúde existem normas regulamentando o SUS em seus mínimos detalhes, desde o fornecimento de medicamentos e vacinas até os procedimentos de alta complexidade, não se pode falar em "ausência de leis concretizadoras" do referido direito. Tampouco se pode falar, portanto, na autorização para que os juízes densifiquem o direito fundamental à saúde em cada caso concreto que lhes cheguem às mãos, alegando estar só assim possibilitando a aplicação do direito em tela. Se existente a legislação que efetiva o direito fundamental em questão, não cabe ao juiz atropelar o legislador e o executivo, ao arrepio do sistema de separação dos poderes, em prejuízo da isonomia entre os cidadãos e da previsão orçamentária estatal.

Virgílio Afonso da Silva (2005, p.320) aponta, entre as razões da menor efetividade dos direitos sociais, o seu maior custo de implementação. O autor aduz que enquanto boa parte dos requisitos fáticos, institucionais e legais para a plena efetividade dos direitos civis e políticos já existe, as condições para o exercício dos direitos sociais ainda têm que ser criadas. E tal criação, segundo ele, é pura e simplesmente mais cara. Complementa ainda que

[...] enquanto boa parte dos custos dos direitos civis e políticos é aproveitada de maneira global pro todos eles - legislação, organização judiciária, etc. - cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva que só é aproveitada na sua realização, mas não na realização de outros." (2005, p. 320)

Verifica-se, entretanto, que para melhor organizar e promover o cumprimento de tais previsões constitucionais, os Poderes Legislativo e Executivo criam regras e políticas públicas, como é o caso do Sistema Único de Saúde (SUS) e das listas de fornecimento obrigatório de medicamentos pelos hospitais e clínicas dessa rede, com subdivisão da responsabilidade entre os entes federativos, a depender da complexidade e custo. O SUS é regulamentado pela Lei 8.080/1990 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Honneth e Fraser (2003) ressaltam a relevância da dimensão dos direitos no âmbito da sua teoria da justiça, reconhecendo-os como expressões da dignidade universal, expressos em gramáticas igualitárias que deveriam balizar as interações sociais. Para eles, os direitos alimentam a capacidade das pessoas de se respeitarem, na medida em que se percebem como iguais, merecedoras do mesmo respeito por serem titulares dos mesmos direitos humanos.

Fraser (2003, p. 14) aponta especificamente que a falta de reconhecimento de direitos é ao mesmo tempo um problema simbólico, uma injustiça e um déficit participativo. A autora identifica ainda uma metainjustiça, associada à perda do direito de ter direitos (FRASER, 2008).

Para Habermas³⁶, o perigo da afirmação judicial dos direitos subjetivos constitucionais é justamente o de negá-los, pois a concretização de direitos subjetivos sob o signo de um intervencionismo judicial em nada colaboraria para a afirmação legítima do direito, colocando em xeque, por conseguinte, a própria ideia de democracia. (CIARLINI, 2013, p. 79)

Nesse sentido, o Poder Judiciário é capaz de incluir ou excluir sujeitos (indivíduos ou grupos) da comunidade política, na medida em que reconhece ou nega reconhecimento aos seus direitos – ou mesmo ao seu direito a ter direitos. Esse reconhecimento pode vir através do acesso a políticas públicas.

Para este trabalho, considera-se o conceito de políticas públicas trazido por Patrícia Helena Massa-Arzabe (2006, p. 63, *apud* LASCALA & FREITAS, 2010, p. 03), segundo quem elas são os conjuntos de ação governamentais estáveis no tempo,

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade de validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II, p. 159.

racionalmente moldados, implementados e avaliados, dirigidos à realização de direitos e de objetivos relevantes dos pontos de vista social e jurídico. As políticas públicas buscam a distribuição e a redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, bem como a liberdade de escolher como usar tais recursos.

Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior (2009, p. 34), por sua vez, traz sete elementos que compõem uma política pública:

(i) competências dos órgãos e entidades na formulação, implementação e avaliação das políticas públicas; (ii) eventual articulação entre os órgãos do Estado; (iii) financiamento da política pública; (iv) mecanismos que viabilizem a participação popular; (v) segmentos da população elegíveis para cada política; (vi) mecanismos de operacionalização; e (vii) a avaliação, a realidade e a eventual redefinição das políticas públicas. (VIEIRA JUNIOR, 2009, p. 34, *apud* LASCALA & FREITAS, 2010, p. 04)

No contexto de tentativa de implementação do Estado do Bem Estar Social, só faz sentido se falar em política pública se ela visar a realização da igualdade material, tendo como objetivo maior a dignidade da pessoa humana – mas o que é *ser humano* na modernidade? Assim, as políticas públicas só serão coerentes com o modelo de Estado adotado pelo Brasil a partir da redemocratização e da Constituição de 1988 se tiverem por objetivo minimizar as iniquidades sociais, distribuindo e redistribuindo os recursos de forma equânime entre os cidadãos. Nesse sentido, Lascala & Freitas (2010, p. 06) frisam que “é preferível investir mais em problemas sociais que são geradores de outros a investir em políticas públicas paliativas.”

Uma vez criadas e implementadas tais políticas públicas, o orçamento do Estado é previamente alocado na quantidade necessária para provê-las, bem como a estrutura física dos hospitais, clínicas e postos de saúde é preparada para tal. Pressupõe-se que, ao desenvolver tais políticas e regras, os Poderes Executivo e Legislativo levaram em consideração as necessidades da população – não somente quantitativas, mas também qualitativas.

Nesse sentido, antes de incluir um medicamento na lista de fornecimento pelo SUS, o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) realizam estudos e experimentos para verificar a segurança no seu uso, adequação e benefícios no tratamento ao qual se propõe, além de vantagens ou desvantagens em

relação a outros medicamentos anteriormente incluídos na lista e fornecidos pelo Estado. (Tudo isso é realizado dentro do orçamento previamente alocado para a saúde pública, sendo o mínimo determinado no art. 198 da Constituição e na Lei Complementar nº 141/2012.)

Como na democracia se distribuem os benefícios e os sacrifícios (LASCALA & FREITAS, 2010, P. 07), o Estado precisa tomar decisões acerca da alocação de ambos. Ao fazê-lo, deve buscar sempre a maneira mais eficiente e equânime. Sua escolha deve ser pautada pela racionalidade e parecer justificável aos olhos de qualquer cidadão que a analise. Wanderley Guilherme Santos (1998, p. 52) traz o seguinte exemplo, comprovando as ideias expostas:

É possível analisar as políticas de saneamento básico e de assistência médica à infância e decidir que devem se pautar pelo princípio dos direitos absolutos – o que significa, na prática, que entre as alternativas de oferecer ambos os serviços de forma qualitativamente superior, porém limitados a determinadas áreas geográficas do país, ou proporcioná-los a todo o país, embora de qualidade inferior, não há razão legítima e plausível para optar pela primeira alternativa. Ao contrário, seria perfeitamente legítimo – segundo o princípio dos direitos absolutos – distribuir universalmente os recursos disponíveis para tais políticas, compartilhando a população das conveniências desta igualdade distributiva, justamente pela ausência de critérios que permitam discriminar positiva ou negativamente esta ou aquela área geográfica.

Não obstante todo esse planejamento prévio, é fato público e notório que a saúde pública no Brasil não vem sendo capaz de atender a toda a população que dela carece. A precariedade da estrutura física de atendimento, a falta de profissionais e, principalmente, a falta de medicamentos prejudicam milhares de pessoas diariamente, levando ao ajuizamento de milhares de demandas na busca por atendimento/tratamento. O Poder Judiciário, então, vem sendo cada vez mais provocado a se manifestar e apresentar alguma solução nesses casos concretos, ainda que, *a priori*, não tenha competência para modificar ou transpor leis, regulamentos e políticas públicas preexistentes, uma vez que cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, tomar tais medidas.

6.2 TENSÃO COM OS PRINCÍPIOS DA INTEGRALIDADE E DA ISONOMIA

A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a

dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição de 1988), e como alguns de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (artigo 3º, I, III e IV da Constituição de 1988). Ademais, logo na abertura do artigo 5º, a Carta Magna brasileira diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Assim, é evidente que a ordem constitucional brasileira prima pela isonomia entre seus cidadãos. Trata-se de um dos seus princípios basilares, a refletir em todo o ordenamento infraconstitucional.

Conforme informa Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 15), o Superior Tribunal de Justiça reconhece em repetidos julgados (por exemplo: REsp 212346 no Ag. 842866; REsp 814076; REsp 807683; AgRg no REsp 757012; REsp 684646; REsp 658323; REsp 625329, MS 8895; REsp 509753 MS8740; REsp 430526; REsp 338373) o direito à integralidade da assistência à saúde a ser prestada pelo Estado, seja na forma individual ou coletiva.

Segundo Motter e Alves (2006), analisando as previsões legais que norteiam o SUS, a integralidade deve assumir ações de saúde combinadas e voltadas, ao mesmo tempo, para prevenção e a cura. Os serviços devem atender ao indivíduo como um ser integral, submetido às mais diferentes situações de vida e de trabalho, que o levam a adoecer e a morrer. O indivíduo deve ser entendido como um ser social, cidadão que biológica, psicológica, social e espiritualmente está sujeito a riscos de vida. Dessa forma, o atendimento deve ser feito para a sua saúde e não somente para as suas doenças. Isso exige que o atendimento seja feito também para erradicar as causas e diminuir os riscos, além de tratar de danos. Ou seja, é preciso garantir o acesso a ações de: promoção (que envolve ações também em outras áreas, como habitação, meio ambiente, educação, etc.); proteção (saneamento básico, imunizações, ações coletivas e preventivas, vigilância à saúde e sanitária etc.); e recuperação (atendimento médico, tratamento e reabilitação para os doentes).

O SUS é composto por todas as ações e serviços públicos de saúde³⁷, não estando incluídos os serviços privados. O SUS não se presta a ser um sistema de saúde complementar do setor privado, de forma que ao paciente não é dada a escolha de um médico privado ou de um tipo de hotelaria, sem nem precisar primeiro ir às unidades básicas de saúde para encaminhamento aos serviços de maior complexidade. Ora, a própria Constituição define, em seu artigo 198, que o SUS deve se organizar em redes regionalizadas e hierarquizadas de serviços. Rede hierarquizada significa uma relação hierárquica em relação à complexidade de serviços.

Assim, o sistema não permite que o cidadão simplesmente escolha ir direto aos serviços de mais alta complexidade, desvirtuando toda a lógica e hierarquia da política pública de saúde, que foi desenhada cuidadosamente para promover a melhor efetividade do acesso à saúde por toda a população.

Portanto, o SUS atende aos seus princípios de isonomia e integralidade de maneira sistematizada, organizada, hierarquizada. Ao permitir o acesso direto a maiores complexidades, focando única e exclusivamente no tratamento de uma doença, de forma pontual e até mesmo com privilégios, como reiteradamente o Judiciário vem fazendo, o que se obtém é uma ruptura com todos os princípios basilares da política pública de saúde.

Segundo Lenir Santos (2010):

Desde a consagração do direito à saúde na Carta Constitucional luta-se para a implantação de um sistema público de saúde. Entretanto, a marca da desigualdade sempre emerge, seja em razão dos apadrinhamentos presentes nos serviços públicos; na garantia de serviços de saúde ou planos de saúde para servidores públicos (Judiciário, Legislativo, Ministério Público, Tribunal de Contas, Executivo); na segunda porta nos serviços públicos de saúde; e agora a imposição pelo Judiciário de serviços diferenciados para quem pode pagar – hotelaria hospitalar e médico particular adentrando o serviço público para se ocupar de paciente que pretende que o SUS o atenda de acordo com as suas preferências e não de acordo com a lei.

³⁷ Vide artigo. 198 da Constituição Federal de 1988.

Ou seja, apesar de todas as previsões constitucionais e legais, e de toda a doutrina no sentido de se proteger e buscar a isonomia entre as pessoas, esse princípio vem sendo sistematicamente aviltado na prática.

Vale lembrar aqui o segundo princípio da justiça, segundo John Rawls (2000), conforme o qual desigualdades sociais e econômicas deveriam ser dispostas de forma a garantir o maior benefício para os membros mais vulnerabilizados (ou possuidores de menos vantagens) da sociedade. Este é o sentido da isonomia a ser respeitada pelo SUS, mas constantemente vilipendiada pelas decisões judiciais abordadas neste trabalho.

As decisões na área da saúde são de cunho complexo, pois envolvem desde o financiamento até o uso racional de recursos, necessitando de bom planejamento prévio para a administração das ações. Regulamentos técnicos, protocolos e critérios científicos e epidemiológicos farão grande diferença na definição da melhor política de saúde. A judicialização da medicina interfere diretamente nessa organização, prejudicando a alocação racional de recursos e o planejamento das ações de saúde, que preconizam a universalidade, a integralidade e a equidade. Acabam por maximizar diferenças, haja vista que acolhem situações nas quais o indivíduo eventualmente não pertence à população mais vulnerável, possuindo esclarecimento e poder econômico suficiente para custear a intervenção de um advogado. (D'ESPÍNDULA, 2013, p. 441)

A título de exemplo, observe-se o caso em que o Juiz da 1^o Vara Federal de Santo Ângelo deferiu pedido do Conselho Regional de Medicina-RS³⁸ permitindo que o cidadão, quando enfermo, tenha o direito de pleitear ao SUS serviços de hotelaria de maior conforto pessoal em relação àqueles existentes para todos, além de poder escolher médico particular para atendimento nos serviços públicos de saúde. A leitura da sentença é chocante tanto por denotar o mais completo desconhecimento da estrutura e organização do SUS, quanto pela desigualdade que instala no âmbito dos serviços públicos.

Defiro o pedido do exequente e determino a intimação do Município de Giruá acerca da referida decisão, para que, a partir da ciência da presente: a) permita o acesso do paciente à internação pelo SUS e o pagamento da chamada diferença de classe, para obter melhores acomodações, pagando a quantia respectiva, quer ao hospital, quer ao médico; b) abstenha-se de exigir que a internação só se dê após exame do paciente em posto de saúde (outro médico que não o atendeu), e de impedir a assistência pelo médico do paciente,

³⁸ Execução de sentença contra Fazenda Pública nº 2003.71.05.005440-0/RS.

impondo-lhe outro profissional. Cientifique-se o representante legal do Município de que, havendo descumprimento da decisão proferida nestes autos, incorrerá o executado em multa diária, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Oficie-se à Prefeitura do Município de Giruá. Cumpra-se. Intimem-se. Santo Ângelo, 13 de maio de 2010. Lademiro Dors Filho - Juiz Federal Substituto - D. E. Publicado em 19/05/2010.

Segundo Lenir Santos (2010), essa decisão se fundamenta em um acórdão do STF, de 2009, do Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário 596.445/RS³⁹, que entende que a jurisprudência do STF concede ao cidadão o direito de exigir serviços públicos de saúde diferenciados, quando de sua internação (quarto individualizado e conforto superior), mesmo que esse procedimento seja contrário ao princípio da isonomia e não tenha previsão legal por ferir o princípio do acesso universal e igualitário no SUS.

Evidentemente, existem hipóteses de indicação médica/terapêutica que exigem o isolamento do paciente em acomodações diferenciadas. Mas não há que se confundir isto com o pedido de tratamento diferente para maior conforto pessoal, a causar desigualdade entre pacientes em situações iguais – o que é vedado pelos artigos 196 da Constituição e 7º, IV, da Lei 8.080/1990, que define, dentre os princípios do SUS, a igualdade da assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.

Ainda sobre a referida decisão, Lenir Santos (2010) aduz que:

Outro absurdo jurídico é a possibilidade de se permitir a escolha de médico do setor privado para prestar serviços no serviço público, que

³⁹ "A controvérsia jurídica objeto deste processo já foi dirimida pela colenda Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal (RE 226.835/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO): "Direito à saúde. 'Diferença de classe' sem ônus para o SUS. Resolução n. 283 do extinto INAMPS. Artigo 196 da Constituição Federal. - Competência da Justiça Estadual, porque a direção do SUS, sendo única e descentralizada em cada esfera de governo (art. 198, I, da Constituição), cabe, no âmbito dos Estados, às respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente. - O direito à saúde, como está assegurado no artigo 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. Inexistência, no caso, de ofensa à isonomia. Recurso extraordinário não conhecido." (RE 261.268/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES). Cumpre ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito desta Corte, a propósito de questão essencialmente idêntica à que ora se examina nesta sede recursal (RE 228.750/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RE 496.244/RS, Rel. Min. EROS GRAU – RE 601.712/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO – RE 603.855/RS, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, v.g.). O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na matéria em referência. Sendo assim, considerando as razões expostas, conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, • 1º-A). Publique-se. Brasília, 18 de dezembro de 2009. Ministro CELSO DE MELLO – Relator".

exige concurso público de ingresso e toda uma gama de requisitos no tocante a condição de servidor público, investido em cargo ou função pública, e as responsabilidades do próprio Poder Público em relação à prestação de serviços em seu âmbito.

Nessa esteira, observa-se ainda violação ao princípio da integralidade na maneira como ele é vislumbrado dentro do SUS.

Frise-se que as reformas sanitárias que basearam a formação do SUS como nova política pública de saúde alteraram o modo até então vigente de organização da assistência, segundo Gastão Wagner de Souza Campos (2007, p. 1871):

Os sistemas nacionais, em decorrência, sugeriram modos alternativos à tradição liberal para organizar o cuidado à saúde. Vem dessa tradição o conceito operacional de “sistema” ou de rede integrada de atenção à saúde. Estes sistemas ou redes de cuidado seriam organizados com base na diretriz da integração sanitária, mais tarde redefinida como integralidade. [...] Na lógica de mercado, cada serviço é um ente autônomo, feudo independente, e cabe ao paciente (ou ao cliente) deslocar-se entre estes serviços para garantir a “integralidade” requerida para seu caso. Na tradição do público, investem-se na constituição de um sistema interligado de serviços, com fluxo regular de regras, pessoas e formas necessárias de comunicação. O planejamento e a gestão desta rede sistêmica de serviços ficavam a cargo do Estado. Intervenção do Estado para assegurar bem-estar, distribuição de renda, equidade e para criar um espaço protegido para o cuidado à saúde. O planejamento e a programação ocorreriam não com base na demanda de clientes por procedimentos e atos sanitários, mas com base em necessidades de saúde e nas possibilidades tecnológicas e financeiras para enfrentá-las. A remuneração do pessoal de saúde dar-se-ia segundo tradição do serviço público e não necessariamente com base em procedimentos. O financiamento deixaria de basear-se em atos e procedimentos realizados e utilizaria outros critérios de caráter global. Necessidades de saúde e responsabilidade sanitária de cada segmento do sistema deveriam orientar a gestão segundo o modelo público.

O trecho acima traduz o significado do princípio da integralidade, conforme adotado por este trabalho. Nesse sentido, o SUS não pode ser utilizado pelas classes socioeconomicamente mais privilegiadas como um *hail Mary* quando lhes é conveniente. Quando seus planos de saúde particulares se negarem a cobrir um tratamento de altíssimo custo, ou a lhe proverem maior conforto de acomodações, ou os honorários de um médico escolhido “a dedo”, correrem para o SUS e terem tal pleito (egoísta e descompassado com a realidade social do país) prontamente deferido pelo Judiciário. Seria esse um cenário onde os juízes, normalmente pertencentes a essas mesmas classes socioeconomicamente superiores, não

conseguem enxergar além de si mesmos (refletidos ali na parte demandante), de seu conforto, de sua falsa sensação de *entitlement*, de um distanciamento verdadeiramente cruel da realidade vivida pela grande maioria dos cidadãos brasileiros.

No mundo desenvolvido – Inglaterra, Canadá, Espanha, Itália, França, o sistema de saúde é hierarquizado em relação à complexidade de serviços, não sendo possível o paciente ir direto a um serviço de maior especialização sem passar pela atenção primária. O mesmo se diga em relação à acomodação diferenciada que também não é permitida! Até a princesa do Reino Unido, ou da Espanha, deve manter-se em acomodação igual aos súditos em nome do princípio da igualdade de todos perante a lei. Aqui no Brasil, vale o princípio da Casa Grande e Senzala.

Se vamos reproduzir no SUS, e porque não dizer, nas universidades públicas, no acesso à Justiça e demais serviços públicos, o sistema de classe social – a Casa Grande e a Senzala - permitindo que quem pode mais, escolha o que lhe convém e do modo que lhe convém e não como está disposto na Lei, estaremos ferindo de morte a Constituição Federal. (SANTOS, 2010)

Conquanto o direito à saúde e suas diretrizes de integralidade, universalidade e isonomia tenham ganhado adesão nas jurisprudências do STF e do STJ, ele passou a ser afirmado com caráter autoaplicável e absoluto. Não se questiona que “todos têm direito à saúde e à vida”, mas seria essa exatamente a questão sob análise? Não estaria o problema na possibilidade de afirmação desse direito social sem que isso importasse no desequilíbrio da frágil estrutura de uma sociedade democrática? (CIARLINI, 2013, p 67)

Aqui o paradoxo da modernidade é confirmado na alteridade público/privado “determinada” pela universalidade abstrata da forma mercadoria na forma dinheiro.

A questão consiste, por assim dizer, em saber qual o preço a pagar pela tentativa de sanar a deficiente gestão das políticas públicas pelo Estado por meio da expansão do poder judicial. Em contrapartida, consiste ainda em aquilatar a repercussão desse protagonismo nos critérios democráticos de obtenção de um consenso acerca de questões políticas, a partir da constatação de que, nesse particular, não foram precedidos da necessária e plural participação da sociedade democrática na deliberação desses temas e na elaboração das estratégias aptas a fundamentá-las. (CIARLINI, 2013, p 67)

A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam ao mesmo tempo responde à exigência da igualdade e carece do respeito a ela. Se o sistema privilegiar alguns, em detrimento dos outros, não poderá garantir

a mesma qualidade de prevenção e tratamento para toda a coletividade. Em última instância, essa diferenciação aprofundará o fosso já existente de desigualdades socioeconômicas no país, prestando um verdadeiro desserviço à sociedade – ainda mais considerando-se que o desenvolvimento real imprescinde da diminuição dessas desigualdades (SEN, 2013)

6.3 PANORAMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA CRISE DO KAPITAL E DO ESTADO NACIONAL

Inicialmente, vale aqui fazer a ressalva de que o capitalismo neoliberal hoje vigente no Brasil é o que está sendo considerado para fins deste trabalho, sem aprofundar a discussão acerca das diferentes fases e consequências do capitalismo em diferentes países. Parte-se aqui de uma análise geral para chegar ao caso específico do Brasil nos dias atuais.

O capitalismo⁴⁰ é um sistema que tem crises imanentes e cíclicas, cujo efeito inexorável é a desigualdade socioeconômica. Seus paradoxos intrínsecos não permitem uma perspectiva de humanização, pois ela seria inconciliável com o objetivo de crescimento econômico infinito – ainda mais em um planeta de recursos finitos. Por isso, como será visto adiante, o alcance das políticas públicas para minorar as desigualdades é limitado, sua eficiência ficando sempre comprometida diante das engrenagens do próprio sistema.

Ao trocar a ideia de desenvolvimento real pela de crescimento econômico, os Estados Nacionais sob os auspícios do “livre mercado” não podem realizar completamente seu papel, que é o de promover a justiça social através da garantia e efetivação de direitos fundamentais e de cidadania. Assim, o Estado é uma instituição que deve visar alcançar a cidadania social, mediante a construção do conhecimento e a realização dos direitos básicos para toda a sua população. A melhor maneira para

⁴⁰ É possível falar em diversas aplicações diferentes do capitalismo ao longo dos anos e a depender do local do globo, já que ele se metamorfoseia para ajustar-se a contingências diversas. (FURTADO, 2002). Entretanto, aqui fala-se do sistema como um todo, no que tem de nuclear e essencial, no que não muda mesmo com suas metamorfoses.

isso é a implementação de políticas públicas de modo eficaz, eficiente e efetivo (OLIVEIRA, 2013).⁴¹

A compreensão da ideia de justiça social passa pelo conceito de cidadania social, conforme definida anteriormente por Thomas Marshall (1950), à luz do seu impacto sobre a desigualdade social.

No Brasil, somente indivíduos pertencentes às classes sociais mais ricas exercem amplamente seus direitos civis, políticos e sociais. Entre as camadas mais pobres, e mesmo entre a classe média, a ignorância e o desrespeito aos mais fundamentais direitos civis é recorrente – como, por exemplo, no caso do restrito e insuficiente acesso à saúde pública, em franca ofensa ao direito de acesso universal e integral, previsto no artigo 196 da Constituição Brasileira de 1988. (RIOS, 2014)

Nesse sentido, a desigualdade social reflete não só questões financeiras e econômicas, como também a ausência de direitos básicos e, portanto, de cidadania plena para algumas camadas ou classes sociais. Políticas públicas que objetivem sanar tais desigualdades devem, por consequência, também ampliar direitos, garantias e a própria cidadania das pessoas que estejam em condições desfavoráveis, sofrendo prejuízos constantes em sua dignidade humana, para, assim, alcançar a justiça social. Um Estado que não tenha tais metas não está cumprindo seu papel de provedor de consumo social, e, se não o faz, encontra-se em crise.

Assim, o Estado brasileiro, inserido dentro do sistema capitalista, está em incontestável crise, na medida em que é incapaz de promover a justiça social. Mesmo quando nos debruçamos somente sobre a questão da saúde pública, isso fica evidente.

Aqui utiliza-se o termo “crise” no sentido da crise estrutural, elucidada por Robert Kurz (1992), como mudança de paradigma de que também fala Boaventura de Sousa Santos (2013). Debate-se, nesta acepção, o papel do Estado na realização da

⁴¹ Oliveira (2013) diferencia os três conceitos, definindo eficiência como fazer tudo certo, aplicar bem os recursos, reduzir os custos sem prejuízo da qualidade; eficácia como fazer a coisa certa, evitando perda de tempo, produzindo alternativas, maximizando o uso dos recursos sem prejuízo da qualidade, obtendo resultados e aumentando os lucros; efetividade como manter-se no ambiente, apresentar resultados globais positivos ao longo do tempo (ideia de permanência), com capacidade de coordenar constantemente no tempo esforços e energia. A eficácia depende de identificar oportunidades no ambiente, sendo flexível e adaptável, enquanto a efetividade depende de prévias eficiência e eficácia.

justiça social. Quem está em crise é o Estado Nacional, não o capital, pois o capital não tem fronteiras e o Estado Nacional, sim.

Desta maneira, dentro do objetivo do sistema de acumular valor, movimentando o capital, a crise não desaparece, apenas se move, de forma que sempre há um ponto do sistema que está em crise. (BRESSER PEREIRA, 1993) Essa lógica paradoxal do Kapital não permite que se vislumbre uma situação global livre de crises.

O sistema capitalista não visa a equidade, o bem comum, o desenvolvimento⁴² da sociedade. Por conta disso, dentro dele não se pode falar em uma autorregulação do mercado ou da própria sociedade que alcancem esses objetivos. Isso causaria uma ruptura com a lógica do sistema, que não pode ser humanizado e ter suas bases destruídas sem que haja uma verdadeira revolução e ele seja completamente transformado em algo novo – e ainda não elucubrado pela academia, pelo mercado ou pela sociedade em geral. (RIOS, 2014)

O Estado é um elemento legitimador. O papel do Estado é oprimir, mas, ao mesmo tempo, legitima a dominação, isto é, dá uma aparência de justiça, de racionalidade, de lógica para aquilo que é uma exploração de classe. E o Estado faz isso, por exemplo, dizendo que todos são iguais perante a lei. Naturalmente, o próprio Estado dá umas recuadas, quando, por exemplo, o sujeito que tem curso superior completo fica em cela separada. E por quê? Por que irão abusar dele? Então, quem não tem curso superior completo pode sofrer abuso, é isso? Fica claro que, às vezes, nem o Estado consegue disfarçar. [...] Tudo no Estado vem revestido de aparência de neutralidade e racionalidade, porque tudo precisa mascarar a sua verdadeira natureza, que é de opressão e dominação de uns sobre outros. (BARROS FILHO & DAINEZI, 2014, p. 110-111)

Mesmo com a virada neoliberal do capitalismo e a tão divulgada ideia do afastamento e minimização do Estado, a sociedade passou a cobrar cada vez mais dele. Deveria fornecer uma rede de mecanismos e estruturas para garantir o pleno funcionamento das empresas privadas, do mercado, permitindo livre e intensa circulação de bens e de serviços, de trabalhadores e de consumidores. Continuou sendo dever do Estado prover transporte, educação, saúde, segurança pública, previdência e sistema judiciário, estruturas essenciais também ao mercado, mas que

⁴² Desenvolvimento aqui entendido sob a ótica Aristotélica e Platônica, de fazer do homem um ser produtivo, com um ambiente estimulante para que desenvolva suas potencialidades ao máximo, onde sejam distribuídos a todos as benesses geradas pela sociedade. Retoma, ainda, ao conceito de justiça de Platão, que determina que seja dado a cada um conforme o seu potencial de produtividade, dentro de condições proporcionais a esse potencial (em um ambiente propício), de forma a se realizar o bem comum, de forma igual para todos.

este não tem interesse de custear, por não conseguir obter lucro com elas. (HARVEY, 2005)

Tais estruturas representam, por outro lado, alto custo para a máquina estatal, que não exerce atividade econômica (lucrativa), por natureza, dependendo predominantemente da tributação como fonte de renda⁴³. Ora, se também não pode elevar muito os tributos, sob pena de arrochar e inviabilizar o próprio funcionamento do mercado e, por tabela, falir seu “povo” e a si mesmo, fica clara a difícil posição em que foi colocado o Estado Nacional a partir dos anos 1970-90, quando o neoliberalismo se firmou. (KURZ, 1997)

Sobre a prevalência da tributação como fonte de renda estatal:

Existem basicamente três formas de financiar as atividades de um Estado. A primeira delas seria por meio da emissão de moeda. No entanto, a função primordial da moeda é a de possibilitar a dinâmica das trocas entre os agentes econômicos. Assim, a simples emissão de moeda que não encontre lastro econômico, conduz, inevitavelmente, à perda de seu valor e, portanto, desencadeia um processo inflacionário que prejudica toda a sociedade, mas principalmente a chamada classe trabalhadora. A segunda forma de financiarmos as funções estatais é por meio de empréstimos. No entanto, todos nós sabemos o que pode acontecer conosco quando contraímos muitas dívidas e nossos rendimentos próprios não são suficientes para pagar essas dívidas: ficamos insolventes, sem crédito no mercado e somos obrigados a reduzir drasticamente nossos gastos, pois, do contrário, corremos o risco de sermos executados e perdermos nossos bens. Com o Estado ocorre o mesmo. Portanto, as duas fontes citadas de financiamento do Estado (emissão de moeda e endividamento) são muito perigosas e conduzem a consequências sociais indesejáveis. Assim, a forma mais sadia de financiarmos as atividades estatais é promovermos a geração de receitas próprias. Essas podem ser classificadas em receitas originárias e receitas derivadas. As receitas originárias decorrem da administração do próprio patrimônio público (venda ou locação de bens públicos e exercício de monopólios estatais, por exemplo). Nos Estados contemporâneos, essa forma de obtenção de receita vem se tornando cada vez menos importante, em razão da significativa redução da presença do Estado na economia. As receitas derivadas decorrem da capacidade do Estado de auferir receitas provenientes do patrimônio dos particulares sob a forma de

⁴³ Segundo o capítulo II da Lei 4.320/1964, são receitas do Estado: impostos, taxas, contribuições de melhoria, receitas imobiliárias, receitas de valores mobiliários, participações e dividendos, receitas de serviços industriais, multas, cobranças da dívida ativa, operações de crédito, alienação de bens móveis e imóveis, amortização de empréstimos concedidos, transferências de capital e outras. Nos artigos 157 a 159 da Constituição está descrita a repartição da receita entre os entes federativos, dando ênfase à advinda dos tributos.

tributos. Constituem a principal fonte de financiamento das atividades estatais em nossos dias. (SEFAZ-GO, 2012)⁴⁴

Ainda nesse sentido, segundo a Escola de Administração Fazendária (2009, p. 07) “No Brasil, o tributo é a principal fonte de financiamento sustentável das atividades estatais e sua normatização está expressa no Sistema Tributário Nacional, regido por princípios constitucionais.” As complexidades brasileiras nesta seara são amplas, especialmente no que se refere aos processos de inflação, estagflação e dívidas interna e externa, embora este trabalho não se proponha a aprofundar as questões econômicas do país.

Vale esclarecer que, ao contrário do que se deduziria de uma análise rasa, a efetivação dos direitos humanos de primeira dimensão tem custos para o Estado. Eles não constituem uma mera abstenção ou “*non facere*” por parte da Administração Pública. É preciso, por exemplo, manter uma polícia para garantir o direito à propriedade; um Poder Judiciário para garantir que os direitos individuais à liberdade sejam respeitados; e toda uma estrutura de transporte para garantir o direito de ir e vir. Embora em relação aos direitos humanos de segunda dimensão (direitos sociais, como o direito à saúde) o Estado muitas vezes alegue o princípio da reserva do possível para justificar sua não efetivação (MELLO, 1996), observa-se que o custo estatal é sempre crescente e ele faz escolhas axiológicas sobre onde gastar seus escassos recursos. Eis aí o fenômeno da juridificação, de acordo com as atividades econômicas do Estado moderno (KURZ, 1997).

Observa-se que o Estado vem fazendo essas escolhas de forma a atender aos interesses do capital, e não a fomentar o real desenvolvimento da sociedade. (KURZ, 1992) Nesse diapasão, aqueles quem tenham mais recursos financeiros conseguirão exercer seus direitos fundamentais pela via privada, como por exemplo através de planos de saúde e tratamentos médicos particulares. Porém os mais pobres ficarão irremediavelmente excluídos dessa possibilidade, já que dependem da via pública – e se esta não recebe recursos estatais suficientes, sua ineficácia implica na negação do direito à saúde para a população de menor renda.

Nesse sentido, Robert Kurz (1997) e Amartya Sen (2011) contribuem para a ideia de Thomas Marshall (1950) de que a cidadania social ainda não foi alcançada

⁴⁴ Disponível em <<http://aplicacao.sefaz.go.gov.br/index.php/post/ver/142368/curiosidades>> Acesso em 14 abr. 2015.

pela sociedade. Se ela optou por permitir que o mercado regesse o Estado, restou prejudicado o objetivo institucional do último de promover e realizar a justiça social, mediante a construção do conhecimento e a realização dos direitos básicos para todos, afinal o mercado não tem essa intenção e não procura adotar nenhuma medida para atingir a cidadania social.

Tanto Robert Kurz (1995) quanto Amartya Sen (2011) afirmam que o conceito de desenvolvimento vem sendo confundido com o de crescimento econômico. Busca-se, pelo livre mercado e também através de políticas públicas, a mera redistribuição de dinheiro e bens produzidos no sistema capitalista, o que não é suficiente para alcançar o desenvolvimento real, com justiça social.

Essa confusão não é acidental. Atende aos interesses das classes hegemônicas, que utilizam amplamente da manipulação de discurso, da propaganda e do próprio Estado como instrumento de dominação das massas. Inclusive, nos Estados Nacionais atuais, a lei não é o reflexo de um ideal de justiça erigido no contrato social de determinado “povo” em determinado momento histórico, mas sim um instrumento de manutenção de hegemonias vigentes. (RIOS, 2014) Isso confirma o anunciando por Arendt (2008) sobre o contrato social vertical hobbesiano.

O Estado e o Mercado “condicionam-se mutuamente, não como complementação idealmente equilibrável de elementos sociais civilizatórios, mas sim como institucionalização de um antagonismo violento.” (KURZ, 1992, p. 08) O Estado porta uma natureza dupla, tanto no âmbito histórico como no institucional. No histórico, ao mesmo tempo cria o sistema produtor de mercadorias e se torna um componente dele. No institucional, ao tempo em que assegura as condições que apoiam o capitalismo, é também a sua instância reguladora, que começa a sufocar a estrutura de auto-movimento do capital.

Historicamente, para reverter as crises imanentes ao Kapital, apostou-se em novas ondas de crescimento econômico. No passado, elas foram alcançadas com a 1ª Revolução Industrial, com a globalização de mercado e produção. Mas hoje o mundo enfrenta o desafio de uma nova onda de crescimento para sanar a crise imobiliária e do capital excedente sem ter para onde ser realocado. A desigualdade atinge níveis cada vez mais extremos, limitando liberdades individuais, gerando alienação inconsciente e exclusão socioeconômica. Quem tem recursos financeiros

tem atendidos direitos fundamentais que os pobres ficam impedidos de acessar, tais como saúde, moradia e educação. Esse cenário atesta a pior das violências resultantes do sistema capitalista neoliberal contra as pessoas, que é a negação de sua cidadania.

David Harvey acrescenta que:

De um modo ou de outro, o Estado capitalista precisa desempenhar suas funções básicas. Se não conseguir fazer isso, então esse Estado deve ou ser reformado, ou então o capitalismo deve dar lugar a algum outro método de organizar a produção material e a vida cotidiana. (HARVEY, 1999)

A racionalidade empresarial de minimização abstrata dos custos não somente externaliza para o Estado os custos sociais, mas também os custos ecológicos. Ela faz isso, sobretudo, porque a natureza não pode ser um sujeito de direito, razão pela qual se abusa dela enquanto lugar de despejo dos escombros dos custos sistêmicos. Em verdade, os substratos naturais do mundo são bons para todos ou insuportáveis para todos. Não podem ser submetidos a relações econômicas de escassez, nem ser representados por preços de mercado, para serem acessíveis somente para quem tem dinheiro.

Ocorre que, sem desenvolvimento, até mesmo o crescimento econômico está em queda no mundo, porque na prática parte da produção global não é reinvestida de forma a sustentar suficientemente o Kapital. A economia política de conceder crédito e criar capital fictício, empurrando a crise para uma conta futura, continua sendo praticada, sem previsão de arrefecer, sob a forte ameaça de uma crise insolúvel que quebre, em definitivo, todo o sistema.

Em um tal cenário, o que seriam consideradas políticas públicas de excelência? Segundo Parada (2007):

Os governos são instrumentos para a realização de políticas públicas. Mais que olhar para o ordenamento das atividades do setor público, como dado por sua organização, convém mirá-lo como um instrumento para a realização das políticas públicas. Assim como a conquista principal de uma empresa não é seu organograma, mas sim suas utilidades, o importante em um governo são seus resultados, mais que sua estrutura (PARADA, 2007, p. 67-68)

As políticas públicas de excelência incluem o aspecto político como sua origem, objetivo, justificativa ou explicação pública. Se as políticas públicas não são marcadas por um amplo processo de participação, ele pode enviesar os atores públicos: os especialistas para a

tecnocracia e os comunicadores ou colunistas para o populismo imediatista. (PARADA, 2007, p. 69)⁴⁵

Ora, se a ausência dos direitos fundamentais para a maior parte da população lhes impede de atingir a cidadania plena, é evidente que também será insuficiente a sua participação popular nas decisões governamentais. Quem não tem acesso a saúde, educação e moradia não terá condições (tempo, recursos, consciência crítica e política) de efetivamente participar da vida política de seu Estado – e nem seria razoável se exigir isso. E essa sua ausência participativa retroalimenta um círculo vicioso, onde a elaboração de políticas públicas será sempre defeituosa; e as políticas públicas falhas perpetuarão as desigualdades socioeconômicas, não conseguindo atender satisfatoriamente às necessidades dos mais vulnerabilizados. Continuando vulnerabilizados, continuarão sem participar politicamente, mantendo o próprio sistema que lhes vulnerabilizam.

Vale lembrar que os mais recentes avanços tecnológicos fazem desaparecer mais empregos do que os que geram, enquanto a capacidade da sociedade e do mercado de produzir bens é maior do que a de consumi-los. Assim, são criadas “necessidades” para tentar equilibrar a balança, mas sem sucesso. Uma quantidade sempre crescente de pessoas não tem e não voltará a ter trabalho, e, portanto, não tem e não terá renda para consumir. Mesmo que o Estado lhe dê dinheiro (através de políticas públicas de repasse de recursos) para tentar sustentar o sistema baseado em consumo, além de tal medida não ser suficiente, gera inflação, na medida em que surge um excedente de capital sem valor, já que não foi derivado de trabalho. Além disso, Tony Judt (2010) informa que:

Na medida em que falamos de aliviar males sociais, supomos suficiente o ‘crescimento’ econômico: a disseminação de prosperidade e privilégio irá fluir naturalmente de um aumento do bolo. Infelizmente todos os indícios sugerem o contrário. [...] numa época de abundância

⁴⁵ Livre tradução da autora do original: Los gobiernos son instrumentos para la realización de políticas públicas. Más que mirar al ordenamiento de las actividades del sector público, como dado por su organización, conviene mirarlo como un instrumento para la realización de las políticas públicas. Así como el logro principal de una empresa privada no es su organigrama, sino sus utilidades, lo importante en el gobierno son sus resultados, más que su estructura. (PARADA, 2007, p. 67-68) Las políticas públicas de excelencia incluyen el aspecto político como su origen, objetivo, justificación o explicación pública. Si las políticas públicas no son enmarcadas en un amplio proceso de participación, ello puede sesgar a los actores públicos: los especialistas hacia la tecnocracia y los comunicadores o encuestólogos hacia al populismo imediatista. (PARADA, 2007, p. 69)

o crescimento econômico costuma privilegiar uma minoria enquanto acentua o desfavorecimento relativo da maioria. (JUDT, 2010, p. 35)

Ademais, “quanto maior o fosso entre a minoria rica e a maioria empobrecida, piores os problemas sociais” (JUDT, 2010, p. 33), aumentando mais ainda os custos estatais, na medida em que são urgentes cada vez mais políticas públicas de reajuste, redistribuição de renda e reequilíbrio mínimo das necessidades humanas básicas (tais como saneamento básico, saúde e alimentação).

Dalmo Dallari (1980) dizia que, no contexto da crise institucional do Estado contemporâneo, vem se perdendo o padrão objetivo do justo, mesmo que essa objetividade tenha que ser relativizada, tratada como um referencial ético-jurídico na tentativa de se garantir os conteúdos mínimos de convívio social.

A crise está construída desde que há 30 anos nos é dito que a rota para o bem estar universal está em abandonar os custos da justiça e da equidade e permitir que os julgamentos do mercado sigam sem obstáculos. Decisões privadas no mercado supostamente são moral e economicamente melhores do que qualquer outra ação pública ou coletiva. Como resultado, o senso de “nós” que mantém a sociedade unida e nos dá razão para pertencer a ela está se perdendo. Refugiamo-nos em olhar para um só, porque não há sentido ou razão para fazer nada além disso. A consequência inevitável é o declínio da integridade pública e uma nova ausência de cuidado com os outros. (HUTTON, 2015)

Somando-se a isso a quebra de confiança generalizada e o medo (da mudança, do declínio, de estranhos, de um mundo pouco familiar), suficientes para lançar na desordem democracias estáveis, a necessidade prática de Estados fortes e governos intervencionistas é indiscutível. (JUDT, 2010) Porém subsiste uma ausência de “repensamento” do Estado, uma relutância em defender o setor público com base no interesse coletivo. A recomposição social faz-se urgente, mas depende do Estado promover o verdadeiro consumo social, e não só a multiplicação do capital.

A teoria crítica orienta, no contexto de uma profunda reestruturação da vida cotidiana, o dissipar da névoa que encobre uma outra perspectiva para além do Estado e do fetiche do capital. Propõe e incita os atores sociais a assumirem o comando de seus destinos e formas de socialização sem subterfúgios externos que se voltam contra o criador e perpetuam a sociedade do espetáculo. Afinal, sob a égide de determinações causais antagônicas, a crise estrutural do capital não será, como sugere o ritual da modernidade, solucionada com base em mais capital. (CAVALCANTI & SILVA, 2011, p. 151)

Ora, é evidente que um tal sistema, frágil, contraditório e excludente por essência, não pode se sustentar indefinidamente. Por isso, faz-se premente no mínimo uma reforma em suas estruturas, com o intuito de dar conta de suas atribuições e promover a paz social através da justiça.

7. JUDICIALIZAÇÃO E ALTERNATIVAS A ELA

*At the end of the day there's another day
dawning,
And the sun in the morning is waiting to rise.
And the waves crash on the sand,
Like a storm that'll break any second...
There's a hunger in the land,
There's a reckoning still to be reckoned...
And there's gonna be hell to pay,
At the end of the day!*

(Les Misérables⁴⁶, 2012)

Independentemente da regulação do SUS e do seu funcionamento no Brasil, a realidade continua a gerar insatisfação nos cidadãos, pois não têm seu direito à saúde atendido pelo Estado na medida em que julgariam adequada. Correm às portas do Poder Judiciário para tentar fazer valer seus direitos fundamentais, em pleno exercício de seus direitos de petição e de acesso à justiça.

Entretanto, nem toda a população sequer tem conhecimento sobre quais são seus direitos. Em verdade, a pesquisa realizada por Fernanda Vargas Terrazas (2010) comprova que o perfil daqueles cidadãos beneficiados por medicamentos através da judicialização é de classe média. Quer dizer que a parcela mais pobre, mais vulnerabilizada da sociedade, sequer alcança o Poder Judiciário.

Em geral, os cidadãos com menos recursos financeiros e econômicos conhecem menos os seus direitos e, portanto, têm mais dificuldades em reconhecer a dimensão jurídica de um determinado conflito que os envolve. Destaca-se o fato de que, via de regra, a distância geográfica entre a moradia/trabalho e os tribunais, defensorias ou escritórios de advogados é grande. (SANTOS et al., 1996) Além disso, têm também maiores níveis de desconfiança ou resignação (VERBA, 1996).

A judicialização da justiça distributiva questiona o Judiciário quanto à sua capacidade e eficiência, fazendo delas depender a sua legitimidade enquanto Poder.

⁴⁶ Trecho da música “At the end of the day”, pertencente à trilha sonora do musical baseado na obra de Victor Hugo, de 1862, “Les Misérables”. Tradução livre da autora: “No fim do dia há outro dia nascendo e o sol da manhã está esperando para se erguer. E as ondas quebram na areia como uma tempestade que vai estourar a qualquer momento... Há uma fome na terra. Há um cálculo ainda a ser computado... E haverá um inferno a pagar, no final do dia!”

Assim, o acesso à justiça via direitos precisa ser entendido amplamente, segundo Avritzer, Marona e Gomes (2014), em duas dimensões.

Em uma primeira dimensão, como a garantia de efetividade dos direitos, o que depende da informação acerca dos direitos, de uma socialização que permita o recurso a uma instância ou entidade à qual se reconheça legitimidade para dirimir eventual litígio, e da efetiva reparação da injustiça ou desigualdade proveniente da violação do direito. Em uma segunda dimensão, entretanto, o pleno acesso à justiça pela via dos direitos indica a possibilidade de participação na conformação do próprio direito. Trata-se, nesse caso, de perceber que o reconhecimento de identidades (individuais e coletivas) implica a própria criação de novas categorias de direito que passam, então, a ser reconhecidas pelo Judiciário. (AVRITZER, MARONA e GOMES, 2014, p. 17)

Se o direito à saúde for entendido nessas dimensões, é fácil observar a fragilidade do sistema, na medida em que boa parte da população sequer tem informações sobre tal direito, ou muito menos sobre seu direito de acesso à justiça e ao Judiciário. Suas chances de participação e conformação do próprio direito ficam, conseqüentemente, comprometidas – para não dizer impossibilitadas.

Para que seja garantido pleno acesso à justiça pela via dos direitos, não basta sua previsão constitucional como direito fundamental de todos, independentemente de gênero, etnia, classe social ou grupo de origem. É preciso haver também uma reforma institucional que viabilize a efetivação de todos os direitos fundamentais (em especial os sociais, como a saúde). Há que se considerar que, na realidade, um conjunto de extensão variável de condicionantes de ordens socioeconômicas ou identitárias fundam estruturas de exclusão e desigualdade social, a impactarem na efetiva igualdade de acesso à justiça pela via dos direitos. (AVRITZER et al, 2014, p. 21)

Afinal, se no contexto da redemocratização já positivaram-se amplamente os direitos fundamentais, mesmo os sociais, não se trata mais de uma luta pela sua consagração, e sim pelo seu real reconhecimento e distribuição. São justamente os frequentes desrespeitos às previsões legais desses direitos, pela insuficiência do acesso a eles, que emergem conflitos a desaguar no sistema judicial.

O acesso à saúde deveria ser, como manda a Constituição de 1988, para todos, independentemente de condições financeiras. Porém o fato de a efetivação desse

direito se dar de forma individualizada e diferenciada, especialmente através da judicialização, é um problema que compromete todo o SUS, porque os recursos são deslocados para beneficiar pessoas que já possuem melhores condições socioeconômicas. (TERRAZAS, 2010) Ora, se tais recursos deveriam ser para todos, atendendo principalmente aos mais necessitados (mais pobres), deslocá-los para grupos seletos que geram custos mais elevados, mesmo sendo já privilegiados, causa uma inegável injustiça. A diferenciação em benefício dos já privilegiados por melhores condições socioeconômicas e de maiores possibilidades de participação no processo político representa verdadeira ofensa à lógica universalista e igualitária do Sistema.

Assim, as pessoas com melhores condições socioeconômicas, com maior acesso à informação e, portanto, com maiores possibilidades de acesso à Justiça, frequentemente não usuárias do Sistema Único de Saúde, são as principais beneficiadas por essa intervenção do Poder Judiciário na política pública de assistência farmacêutica (fornecimento de medicamentos).

A judicialização dos direitos sociais pelo menos nesse caso, ao contrário do que se afirma, não seria um meio de democratização do acesso às políticas públicas, de dar voz aos desconsiderados no processo político de decisão, de garantir a proteção de seus direitos fundamentais - a voz institucional dos pobres. Na verdade, ela serve aos interesses de grupos incluídos e bem representados no processo democrático, que utilizam o Judiciário como mais um *locus* onde conseguem impor seus interesses e vê-los concretizados, em detrimento daqueles a quem supostamente o Judiciário deveria dar mais visibilidade e proteção. (TERRAZAS, 2010, p. 111)

Vale frisar que a decisão mais paradigmática do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas foi proferida na Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45-9/2004⁴⁷, em decisão monocrática prolatada pelo Ministro Celso de Mello. Analisando a posição contida nela. Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 17) resume que:

[...] são necessários alguns requisitos para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Em franco desrespeito a essa lógica reconhecida pelo STF, decisões judiciais se acumulam aos milhões determinando prestações positivas de saúde por parte do

⁴⁷ Decisão integral disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf> Acesso em 11 ago. 2014.

Estado. Ora, se uma política pública é razoável (e, portanto, adequada), ela propicia que o maior número possível de pessoas seja atendido com os mesmos recursos. Na contramão da razoabilidade, da ética e do próprio conceito de política pública, diversas sentenças em processos individuais vêm determinando que o Estado pague tratamentos de elevadíssimo custo, até mesmo em outros países, ou forneça medicamentos caríssimos e/ou experimentais, que por vezes sequer foram liberados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) no Brasil. Nesse tipo de caso, não se observa uma tentativa do Poder Judiciário de corrigir uma omissão por parte dos demais Poderes, ou de corrigir uma política pública equivocada. (GRINOVER, 2010) Trata-se, em verdade, de interferência abusiva do Judiciário na competência dos outros Poderes, o que onera o erário e prejudica, em última instância, toda a coletividade.

Há um detalhe que passa despercebido por quase todos os autores que se debruçam sobre o tema em tela, mas para o qual chama atenção Ada Pellegrini Grinover (2010): as sentenças que impõem a prestação positiva do Estado via de regra preveem sanções para o seu descumprimento, sendo a mais praticada delas a aplicação de multa diária (astreinte). E como observa Eurico Ferraresi (2008, p. 27):

Não se pode esquecer o fato de que a multa diária recairá, diretamente, no patrimônio público, bem de todos. E que, por isso, os efeitos de uma multa aplicada ao setor particular e ao setor público podem ser completamente diversos.

Significa que a astreinte aplicada ao Estado por descumprimento da decisão judicial, via de regra, onera ainda mais o erário. Isso, naturalmente, prejudica toda a coletividade, na medida em que se trata de dinheiro que pertence a toda a sociedade civil. Considerando-se que a maioria dos processos envolvendo direito à saúde são individuais, e que haja aplicação de multa diária em apenas alguns deles, ainda assim é injustificável o impacto suportado por todos os cidadãos, em prol de um punhado que ajuizou ações e que se beneficiarão sozinhos. Mais uma vez, resta ofendida a isonomia entre os cidadãos.

7.1 ANÁLISE INSTITUCIONAL COMPARADA

O presente estudo não visa apresentar a solução ideal para a problemática da inefetividade das políticas públicas concernentes a direitos fundamentais, como é o

caso da saúde. Porém, é essencial analisar quais as alternativas existentes no cenário atual à judicialização das mesmas. Nesse sentido, não se pode somente criticar a atuação do Poder Judiciário no controle de atos administrativos que instrumentalizam políticas públicas de saúde. É preciso também analisar que outras instituições poderiam fazer escolhas sobre tais direitos fundamentais. Aí são impostas as seguintes questões: quem fará tais escolhas? Quem tem legitimidade para fazê-las? As três principais instituições candidatas a esta tarefa, no Estado Democrático de Direito e em uma economia capitalista, são o mercado (através do processo de trocas), o Executivo/Legislativo (através do processo político) e o Judiciário (através do processo adjudicatório). Por serem as três instituições imperfeitas, Badin (2013) defende que a escolha deve ser feita pelo juiz casuisticamente, ponderando as limitações de cada uma.

Para adentrar na análise institucional comparada, proposta por Neil Komesar (1981), primeiro faz-se necessário observar o que se define por “interesse público” ou “fins socialmente relevantes” a serem perseguidos pelo Estado, noção que passa, inicialmente, pelo princípio da eficiência dos atos administrativos.

A eficiência é a justificativa para a existência da Administração Pública enquanto instituição organizadora. Não faz sentido que exista se não for para bem administrar a coisa pública. “O dever de bem administrar decorre do princípio republicano, segundo o qual quem administra gere o que pertence à sociedade, a *res publica*.” (FAZZIO JÚNIOR, 2003, p. 23)

Nesse diapasão:

A persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. (DE MORAES, 2000, p. 232)

O interesse público deve sempre ser perseguido pela Administração Pública, por imperativo da lógica republicana e democrática, e também, mais diretamente, por determinação legal, a exemplo das Leis de Responsabilidade Fiscal⁴⁸ e de

⁴⁸ Lei Complementar nº 101/2000.

Improbidade Administrativa⁴⁹. Mas o que é interesse público? Trata-se de conceito abstrato, indeterminado, plurissignificativo, que, por tal natureza, sempre causou dissenso entre a doutrina e a jurisprudência.

Os doutrinadores de Direito Administrativo costumam diferenciar interesse público primário de interesse público secundário, graças à influência do direito italiano (MELLO, 2007). O interesse público primário se resumiria aos fins que cabe ao Estado promover: justiça, segurança e bem-estar social. O interesse público secundário seria o da pessoa jurídica de direito público, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas (BARROSO, 2005). Os dois não podem ser confundidos, e a Administração não pode alegar estar atendendo ao primário quando, em verdade, está meramente defendendo seus próprios interesses enquanto instituição, sob pena de desvirtuar sua atuação proba.

Ao longo dos séculos, os mais diversos autores tentaram conceituar o interesse público. Rousseau usou o termo “vontade geral”:

Só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento de sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou. O que existe de comum nesses vários interesses forma o liame social e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada. (ROUSSEAU, 1973, p. 49)

Entretanto, o que seria essa vontade geral, o que seria esse interesse público no caso concreto? Como identificar, em um determinado ato administrativo, a presença do interesse público e o atendimento a um “fim socialmente relevante”? Juarez Freitas (2004, p. 34-35) aduz que “O princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais.”

Observa-se o mergulho interminável e inevitável em conceitos abertos, como o de interesse público e o de dignidade da pessoa humana, cujo significado no caso concreto dependerá muito do intérprete.

No modelo clássico de separação de poderes, o foro institucionalizado no qual essas discordâncias fundamentais deveriam ser

⁴⁹ Lei nº 8.429/1992.

sistematicamente exploradas, mapeadas e sintetizadas era o processo político (Executivo e Legislativo). Todavia, a positivação dos direitos econômicos e sociais ao longo do século XX, que caracteriza a emergência do Estado do Bem Estar Social, rompeu com o monopólio do *processo político* como foro institucionalizado de participação e vocalização do interesse público. (BADIN, 2013, p. 14)

Na passagem do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social, ocorreu uma mudança de paradigma entre um direito meramente retributivo e um direito distributivo. José Reinaldo Lima Lopes (2002) ressalta que, no Estado Liberal, a intervenção do Poder Judiciário tinha um caráter reparador nos casos de ruptura da ordem, enquanto no Estado do Bem-Estar Social ele tem a missão de instrumentalizar a efetivação de uma justiça distributiva, promovendo a requalificação da distribuição de renda, riqueza e oportunidades.

Dessa busca por uma justiça redistributiva, emerge a necessidade de adoção de algum critério para melhor delimitar o que seja um ato administrativo que atende ao interesse público. Assim, como já dito, o “critério do ótimo” do italiano Vilfredo Pareto (1996) assume conotação ética ao afirmar que se uma determinada distribuição de recursos ou direitos pode melhorar a situação de todos, ela é necessariamente superior a outras distribuições. (BADIN, 2013). - No entanto, vale frisar que em uma estrutura ou modelo econômico podem coexistir diversos *ótimos de Pareto*. Um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável. Por exemplo, a concentração de renda ou recursos num único agente pode ser ótima no sentido de Pareto, segundo Amartya Sen (1993).

Tendo como base o critério de Pareto, Arthur Badin (2013) faz uma análise institucional comparada por meio do "modelo centrado na participação", proposto por Neil K. Komesar (1981). Esse modelo insere-se nas tradições da *Public Choice* e da Nova Economia Institucional, vertendo de três diferentes teorias que se debruçam sobre cada uma das instituições comparadas: (i) Teoria Política dos Grupos de Interesse, que diz respeito à atuação dos Poderes Executivo/Legislativo; (ii) Teoria dos Custos de Transação (COASE, 1960), que se refere à atuação do mercado; e (iii) Teoria da Revisão Judicial (ELY, 2002), que, naturalmente, trata sobre a atuação do Poder Judiciário.

A análise comparada leva sempre em consideração a imperfeição de todas as instituições acima, sobretudo no que tange à sua permeabilidade à participação de

grupos de interesse. Isso porque, segundo a “teoria da captura” ou “teoria da escolha pública” (STIGLER, 1971), após entenderem as regras do jogo, tais grupos passam a exercer forte influência sobre os processos de tomada de decisão da instituição, enviesando sua atuação. A teoria de Stigler gerou um pessimismo em relação aos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, especialmente entre os anos 1960 e 1980. Nesse período, aumentou o ativismo judicial em relação aos atos administrativos, justamente na intenção de obrigar esses Poderes a serem mais receptivos aos interesses sociais, minorando a influência corruptora dos grupos de interesse específicos.

De acordo com esse pessimismo ainda mais generalizado a respeito do funcionamento das instituições democráticas, nenhum corpo político pode ser considerado capaz de atingir resultados segundo o interesse público. [...] Assim, a Teoria da “Public Choice” sugere que o interesse público estará melhor atendido quanto mais se transferir o poder de decisão para longe das instituições políticas (Executivo e Legislativo). Os candidatos preferenciais para receber tal autoridade seriam o mercado e os tribunais. (MERRIL, 1997, p. 961)

Dentro dessa perspectiva de crítica ao processo político como uma opção na tomada de decisões sobre as políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais, ressalta-se o ceticismo em relação à sua transparência e objetividade em nome do interesse público primário. Porém Komesar (1994) estende esse ceticismo para o mercado e o Poder Judiciário, vendo todos como incapazes de atuar sem sofrer distorções através da atuação de grupos de interesses. Paradoxalmente, propõe uma atuação simultânea das três instituições, a fim de alcançar o ideal de justiça social redistributiva e isonômica.

7.1.1 O Processo Político

Primeiramente, observem-se os prós e contras do processo político⁵⁰ como instituição prevalente na tomada de decisões sobre direitos fundamentais e suas políticas públicas. Sob o ponto de vista da participação, tem-se que o resultado das discussões e decisões nessa instância dependem, sobretudo, de quem participa desse processo (*rule-making*). Naturalmente, aqueles indivíduos ou grupos que

⁵⁰ Processo político aqui entendido como atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, por serem as instituições democráticas tradicionalmente competentes para elaborar e pôr em prática políticas públicas.

tiverem condições de participar ativamente do processo de discussão e decisão terão mais chances de ter suas opiniões ouvidas e seus interesses levados em consideração.

Porém o custo para essa participação é alto, uma vez que o processo decisório se dá, no que se refere às normas gerais sobre o direito à saúde, no Congresso Nacional, com sede em Brasília-DF. Ora, é evidente o elevado custo das viagens, hospedagem, alimentação e demais necessidades para estar presente em todas as sessões do Congresso que tratem sobre o tema – sessões essas que ocorrem em semanas e até meses diferentes, podendo se prolongar por anos. Até acompanhar essa agenda de sessões envolve um custo, que pode variar desde verificações da programação *online* nos sítios da Câmara e do Senado, ligações para funcionários destas Casas, até contratação de lobbistas profissionais e pagamento de propinas para maior acesso e permeabilidade⁵¹. Arthur Badin (2013) resume que, portanto, existem custos de participação decorrentes de informação, acesso e organização.

Ora, os indivíduos buscarão participar do processo político somente se o cálculo do custo/benefício lhes for favorável. A tentativa de influenciar o resultado institucional, no caso do processo político, normalmente tem elevado custo e baixo benefício, já que as benesses são pulverizadas por toda a sociedade, quase imperceptíveis em nível individual. Assim, dificilmente o benefício esperado compensa os custos da participação. “Benefícios individuais baixos e altos custos (de informação, de coordenação ou de ação política) desencorajam a atuação de grupos majoritários, ainda que o somatório dos benefícios seja superior à inação.” (BADIN, 2013, p. 131)

Daí decorre que somente grupos minoritários, com bastante poder econômico e conhecimento técnico sobre a matéria, terão condições de participar desse processo. Tais grupos normalmente são compostos por grandes empresas ou conglomerados econômicos, que além dos recursos financeiros e dos dados técnicos, possuem relacionamentos próximos com as autoridades que integram os Poderes Executivo e Legislativo – justamente as que estão tentando influenciar.

⁵¹ A prática do lobby não é regulamentada no Brasil, além de ser ilegal o oferecimento de qualquer vantagem a servidores públicos (de cargos eletivos ou não) para obter favorecimento de qualquer interesse, conforme o artigo 333 do Código Penal.

Komesar (1994) se debruça sobre o jogo de forças entre as influências da maioria e da minoria, ressaltando que um resultado político equilibrado depende de uma maioria atuante. Não é o que ocorre no processo político brasileiro, como visto.

Embora a maioria tenha superioridade numérica, a minoria influencia através da distribuição desigual da cidadania e do acesso direitos fundamentais na sociedade (vivemos, então, numa democracia oligárquica?). Komesar (1994, p. 78) ressalva que “não há como saber em que ponto as chances de predomínio da minoria prevalecem sobre as de predomínio da maioria. Mas podemos facilmente traçar um *continuum* de possibilidades em termos das determinantes da participação institucional.”⁵²

Porém “Para o escopo da análise institucional comparada, pouco importa a frequência ou severidade de uma distorção causada pelas influências majoritária ou minoritária, mas sim o quanto que uma determinada distorção pode ser corrigida por outra instituição” (BADIN, 2013, p. 134). Komesar (1994) esclarece que distorções em favor da maioria são comumente melhor endereçadas pelo controle judicial do que aquelas em favor da minoria. Isso porque o prejuízo de uma minoria significa que ela terá maior interesse em participar do processo decisório, haja vista que o benefício individual será alto, compensando o custo para participação.

Assim, nota-se a permeabilidade enviesada do processo político, tendendo sempre a favorecer minorias detentoras de poder econômico, acesso próximo à instituição e conhecimento técnico.

7.1.2 O Processo de Trocas (Mercado)

O Estado e o Mercado são dois pólos do mesmo momento histórico, relacionando-se de forma indissociável. No caso brasileiro, ambos convivem em uma economia capitalista, de forte cunho neoliberal. São premissas institucionais do mercado a livre iniciativa, a garantia da propriedade privada e as normas de contratos e obrigações.

⁵² Livre tradução da autora para: “There is no way to know at what point the chances of majority dominance become less than minority dominance. But we can easily trace out the *continuum* of possibilities in terms of the determinants of institutional participation” (KOMESAR, 1994, p. 78).

Komesar (1994, p. 99) lembra que “Assim como ocorre com o processo político, a extensão com que o mercado produz eficiência, equidade, justiça ou qualquer outro objetivo é amplamente determinada pelo padrão de participação.”⁵³

No modelo clássico, o mercado funciona conforme a lógica liberal da “mão invisível” que regularia as trocas de forma ideal, de forma que promoveriam o máximo de bem-estar possível para a sociedade. A auto-regulação do mercado alocaria os bens e serviços para quem lhes atribuísse maior valor, supostamente alcançando uma justiça social. Os desequilíbrios e desigualdades observados na prática são chamados comumente de “falhas de mercado”, dentro desse modelo perfeito e ideal.

Coase (1960) associa as falhas de mercado a quatro possíveis determinantes: (i) informação incompleta, (ii) externalidades, (iii) concorrência imperfeita ou (iv) custos de transação.

A informação incompleta é muito comum na prática, pois os agentes atuantes nas trocas normalmente não têm conhecimento sobre todos os aspectos da transação, detalhes técnicos do produto, minúcias econômicas para entender os valores em tela e visão de todas as possibilidades de troca, para saber qual seria de fato a melhor. Assim, eles não dispõem de informação suficiente para tomar as decisões ótimas em relação à maximização do seu bem-estar.

Já as externalidades dizem respeito à visão do coletivo. Quais os impactos daquela troca na sociedade como um todo? Pessoas alheias àquela transação podem sofrer prejuízos que normalmente não são levados em conta pelos agentes do mercado.

A concorrência, por sua vez, é imperfeita quando surgem monopólios, oligopólios e outras distorções.

Por fim, os custos de transação, segundo Pondé (1993, p. 3):

[...] podem ser entendidos como o dispêndio de recursos econômicos para planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, garantindo que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com sua finalidade econômica.

⁵³ Livre tradução da autora para: “As with the political process, the extent to which the Market process produces efficiency, justness, fairness, or any other goal is largely determined by pattern of participation” (KOMESAR, 1994, p. 99).

Os custos de transação ficam muito elevados diante da racionalidade limitada dos agentes do mercado. Entende-se que são racionalmente limitados porque não têm condições de conhecer todas as variáveis e fatores em jogo no presente e no futuro, e que condicionariam suas escolhas. Também sobem face à assimetria de informação entre os agentes de uma transação específica, quando um detém mais conhecimentos do que o outro, o que enviesa a decisão final daquela relação.

As falhas de mercado são fatores que impõem limitações à capacidade do mercado, enquanto instituição, de promover a alocação ótima dos recursos, atendendo da melhor forma possível ao *interesse público*.

O Teorema de Coase (1960) afirma que quando os custos de transação ou negociação forem nulos, os direitos de propriedade serão transferidos aos agentes que atribuam maior valor a eles. Quer dizer que, independentemente da alocação de propriedade original, feita pelo direito, o próprio mercado os redistribuirá da maneira mais eficiente possível, naturalmente, em um processo de autocomposição. Daí que o custo de informação se torne o fator mais relevante no processo de decisão, sendo a principal variável a ser analisada no mercado, conforme o modelo centrado na participação. É ela quem vai determinar o comportamento institucional do mercado.

A regulação é vista como uma solução para as falhas de mercado. Nesse diapasão, Posner (1992) e outros autores consideram-na justificativa suficiente para a intervenção estatal através de políticas públicas. Komesar (1994) e Badin (2013) nem sempre concordam com essa proposta, já que partem de uma análise institucional comparada e frisam que as limitações de uma instituição podem também ser as das demais, sendo necessário verificar, caso a caso, qual delas é a mais adequada para alcançar uma decisão mais próxima do real interesse público - o que vai depender do objetivo social que se tenha em vista.

Por conta das falhas de mercado acima descritas, em especial as relativas à dificuldade de acesso à informação completa sobre cada negócio e à visão do coletivo, pode-se dizer que também no mercado a participação de grupos de interesse enviesa as decisões. Isso porque deterá mais informação quem tiver mais poder econômico e potencial de lucro com as trocas em questão. Participará mais do processo decisório quem obtiver maior compensação lucro/benefício. E, geralmente, quem conjuga essas características são minorias, são os mesmos grupos econômicos, empresários e indústrias que já detêm a hegemonia no país.

Desta maneira, fornecedores ricos e que mantém um relacionamento próximo com as agências reguladoras de seus respectivos setores têm larga vantagem no processo de trocas em relação aos consumidores. Pela mesma lógica do benefício pulverizado e quase imperceptível a cada consumidor individual, ele não compensa o custo de participação, de informação sobre cada troca. Até porque, cada consumidor realiza milhares de trocas no seu cotidiano, não sendo viável, na prática, que desenvolva interesse em participar ativa e influentemente em cada uma delas. Como consequência dessa ausência de participação dos consumidores, as minorias representadas pelos fornecedores se perpetuam no domínio do poder na relação do mercado.

Na presença de altos interesses, o mercado costuma funcionar melhor do que o Poder Judiciário.

Às vezes as partes evitam controvérsias que poderiam resultar em litígio buscando lidar com seus problemas por meio de complexos contratos que detalham as contingências e estabelecem respostas. Mais frequentemente, partes com altos interesses e riscos, que mantêm relacionamento contínuo, procuram resolver desentendimentos imprevistos por meio de negociações informais ou mecanismos informais de governança, sem sequer pensar em litígio judicial. (KOMESAR, 1994, p. 130)⁵⁴

"A realidade analítica reside na comparação institucional: custo baixo em relação a quê e custo alto em relação a quê alternativa" (KOMESAR, 1994, p. 112). Assim, também o mercado apresenta problemas enquanto instituição que se proponha a tomar decisões quanto a direitos fundamentais.

7.1.3 O Processo Adjudicatório

Os custos de acesso ao Poder Judiciário são mais altos do que às demais instituições sob análise. Isso se dá por diversos fatores, bem elencados por Badin (2013): (i) formalidade ; (ii) restrição de oferta de serviços judiciários (trata-se de uma instituição menor, com menos recursos e dificuldades de se expandir rapidamente para atender às novas demandas); (iii) participação mediada por advogados (que trazem mais custos, diretos e indiretos); (iv) restrições legais quanto à habilitação para

⁵⁴ Livre tradução da autora para: "Sometimes parties avoid controversies that might result in litigation by working out their problems through complex contracts that detail contingencies and set out specific responses. More commonly, high stake parties who have continuing relationships work out any unforeseen differences through informal negotiation or informal governance mechanisms, without any thought of litigation." (KOMESAR, 1994, p. 130)

estar em juízo e tomar parte nos processos (é preciso preencher as condições da ação⁵⁵, tanto nas individuais quanto nas coletivas – nesse sentido, o interesse de agir jurídico⁵⁶, e não econômico constitui grande limitação); (v) riscos de ônus de sucumbência; (vi) custas e honorários; e (vii) morosidade (associada à insuficiência de servidores e da própria estrutura em relação ao volume sempre crescente de processos no Brasil, ao despreparo dos servidores existentes, etc.)

Entretanto, o Judiciário goza das garantias de independência e imparcialidade⁵⁷, tornando-se, comparativamente, a instituição menos permeável à influência e à participação de grupos de interesses diversos. Por essa razão, acabam se encarecendo também os custos de informação para esta instituição tomar suas decisões.

Sob uma ótica social, Komesar (1994) aduz que o fato de os juízes serem mais isolados das pressões de diversos grupos de interesses, resguardados pelas formalidades processuais, constitui uma importante vantagem quando comparamos o Judiciário com as demais instituições. Significa que sua independência proporciona decisões não afetadas pelas distorções que as outras instituições sofrem devido à influência e pressão dos grupos de interesses.

Por outro lado, esse mesmo isolamento tem também um aspecto negativo, que é o distanciamento dos juízes de determinadas realidades e questões sociais, dificultando que tomem conhecimento deles devido ao elevado custo de acesso ao Judiciário por parte da população.

⁵⁵ Segundo os artigos 267 e 295 do Código de Processo Civil atualmente vigente, as condições da ação são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir. Sem preenchê-las, a petição inicial será indeferida pelo juiz por carência da ação.

⁵⁶ Haverá interesse de agir (também chamado interesse processual) quando a parte tiver a necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida (interesse-necessidade) e, outrossim, quando tal tutela jurisdicional puder lhe trazer alguma utilidade do ponto de vista prático (interesse-utilidade), redundando a falta do aludido interesse processual (seja por ausência do interesse-necessidade e/ou do interesse-utilidade) no indeferimento da petição inicial (artigo 295, III do CPC) e na extinção do processo, sem resolução do mérito (artigo 267, VI do CPC), em razão de carência da ação. (RIBEIRO, 2013)

⁵⁷ A independência do Poder Judiciário decorre do artigo 2º da Constituição da República de 1988: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. As garantias dos magistrados são literalmente dispostas no artigo 95 da Carta Magna: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do Art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Por sua vez, o artigo 99 assegura ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira.

Veríssimo (2006) analisa esse quadro paradoxal, reconhecendo a legitimidade que o Judiciário possui dentro do sistema de freios e contrapesos⁵⁸ e seu papel como canal de representação de interesses de minorias em relação a políticas públicas; bem como reconhecendo a instituição como "formuladora errática de políticas públicas" e "péssima alocadora de recursos". Isso devido a seu distanciamento da realidade social, desconhecimento acerca dos detalhes técnicos que foram levados em conta quando da formulação de determinada política pública. O Judiciário tem extrema dificuldade em vislumbrar o cenário em ampla escala, em considerar não somente os indivíduos diretamente envolvidos naquele processo adjudicatório específico, mas toda a coletividade que pode ser direta ou indiretamente afetada pela decisão naquele caso concreto (o juiz "olha a árvore, e não a floresta"). A própria formalidade legal que determina a adstrição do juízo ao caso em tela, suas provas e argumentos, o impede de ter essa visão mais ampla.

Ora, se o juiz é necessariamente limitado a uma visão parcial, incompleta da política pública discutida em cada processo, como pode tomar decisões para indivíduos isolados, caso a caso, concedendo-lhes ou negando-lhes determinada tutela (em um verdadeiro jogo de "tudo ou nada"), sem afetar todo o sistema e toda a coletividade? Por mais que ele não tenha condições ou instrumentos para conhecer toda a complexidade da política e da realidade social a ela subjacente, suas decisões casuísticas inevitavelmente afetarão o quadro geral.

Como argumento de defesa para não fornecer determinado tratamento ou medicamento, o Estado⁵⁹ costuma alegar a teoria da reserva do possível. Significa dizer que reconhece o direito do requerente, mas não possui recursos disponíveis para atendê-lo naquele momento e/ou daquela maneira.

A teoria da reserva do possível não se propõe simplesmente a contrapor, de um lado, a previsão orçamentária do Estado, e de outro, a vida ou a saúde do indivíduo. A forma como estão sendo realocados recursos para o atendimento individualizado de um só paciente afeta diretamente a não prestação dos mesmos direitos (ou seja, vida e saúde) à coletividade. (CORDEIRO, 2008, p. 02)

⁵⁸ Apesar da independência dos poderes (artigo 2º), a Constituição Federal, visando, principalmente, evitar a concentração de poder e o desrespeito aos direitos constitucionais, criou mecanismo de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do estado democrático de direito. Esse sistema de interferência recíproca é chamado de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). (PADILHA, 2012, p. 415)

⁵⁹ Aqui entendido *lato sensu*, ou seja, incluindo União, Estados, Distrito Federal e Municípios, já que todos são solidariamente responsáveis pela gestão da saúde no Brasil.

Mesmo no processo coletivo, que será melhor analisado adiante, a visão do juiz permanece limitada, haja vista o elevado custo para os indivíduos interessados se habilitarem no processo, podendo nele atuar (produzir provas e argumentos), e a morosidade inerente a qualquer processo dessa natureza no Brasil. Quanto maior o número de partes, mais lentamente andarão a causa, além de maiores os seus custos.

Além disso, a natureza de dialética, contraditória, bipolar do processo (acusação *versus* defesa) impede que sejam representados, em cada causa, interesses variados relacionados ao assunto em discussão. Isso contribui para a limitação da visão e da capacidade do Judiciário de solucionar as demandas de forma a promover o verdadeiro interesse público.

Em termos de conhecimento técnico, as agências reguladoras o possuem de forma especializada, enquanto os juízes são generalistas, leigos em matérias mais complexas e distantes de sua área de formação (como é o caso da saúde). Poder-se-ia defender, nesse aspecto, a atuação das agências. Porém o próprio desconhecimento técnico apriorístico dos juízes os defende de maiores influências e pressões de grupos de interesse minoritários, aumentando sua independência.

Nesse sentido, a criação de varas especializadas em saúde, por exemplo, por um lado diminuiria o déficit cognitivo acerca da matéria, em relação às agências reguladoras. Mas, por outro, reduziria a vantagem do Judiciário sobre elas, que é justamente a sua independência e distanciamento das mencionadas influências e pressões externas. "Este equilíbrio entre informação e imparcialidade é um dos assuntos mais difíceis na escolha institucional" (KOMESAR, 1994, p. 142).

O aspecto da morosidade e falta de estrutura suficiente para atender ao crescente número de demandas versando sobre direito à saúde também limita a efetividade da atuação judicial como instituição a decidir sobre a matéria.

Nos últimos anos, seja em razão das reconhecidas falhas do amplo sistema de saúde pública brasileira, seja em razão da conscientização social de acesso às vias judiciais, estruturou-se um crescente movimento de judicialização das políticas públicas de saúde. Dados da Coordenação de Medicamentos e Correlatos do Ministério da Saúde (COMEC/MS), demonstram que entre o ano de 2005 e o mês de junho de 2008, houve uma evolução de quase 300% no número de ações judiciais que compelem a União a financiar medicamentos

mediante a aquisição direta dos insumos⁶⁰, com valores unitários que variam de menos de dois até quase um milhão de reais, excluindo-se os custos de publicação no Diário Oficial e do envio postal dos insumos para a residência do autor. (CORDEIRO, 2008, p. 01)

Em ampla pesquisa empírica sobre os beneficiados por decisões judiciais para obter o fornecimento de medicamentos pelo SUS, no Estado de São Paulo, Terrazas (2008) verificou, por exemplo, que 60,63% dos entrevistados nessa condição possuem plano de saúde ou podem pagar por serviços particulares de saúde. Diante dos dados colhidos, a autora concluiu, em sua dissertação de Mestrado, que:

As pessoas com melhores condições socioeconômicas, com maior acesso à informação e, portanto, com maiores possibilidades de acesso à justiça, frequentemente não usuárias do SUS, são as principais beneficiadas por essa intervenção do Poder Judiciário na política de assistência farmacêutica (fornecimento de medicamentos). A judicialização dos direitos sociais, pelo menos nesse caso, ao contrário do que se afirma, não seria um meio de democratização do acesso às políticas públicas, de dar voz aos desconsiderados no processo político de decisão, de garantir a proteção dos seus direitos fundamentais – a voz institucional dos pobres. Na verdade, ela serve aos interesses de grupos já incluídos e bem representados no processo democrático, que utilizam o Judiciário como mais um lócus onde conseguem impor seus interesses e vê-los concretizados, em detrimento daqueles a quem supostamente o Judiciário deveria dar mais visibilidade e proteção. (TERRAZAS, 2008, p. 45)

Outra pesquisa empírica que demonstra o mesmo quadro foi a de Duran-Ferreira (2004), envolvendo os beneficiados de tratamento de DST/AIDS através de decisões judiciais. Os estudos revelaram que a política pública de distribuição de antirretrovirais para os portadores de AIDS assegura a cerca de 115 mil soropositivos, que representavam 0,06% da população brasileira à época, usufruir de 1,6% do orçamento dedicado à saúde na União. Significa dizer que este grupo minoritário recebe 27 vezes mais recursos do que receberia se esses fossem alocados igualmente, dentro do desenho original da referida política.

Avritzer, Marona e Gomes (2014) aduzem que os custos econômicos de acesso ao Poder Judiciário incidem desigualmente entre os cidadãos. Questões como preparos, custas judiciais, honorários de advogados e outros profissionais (peritos,

⁶⁰ Esse quantitativo não inclui os processos judiciais nos quais a União foi condenada a efetuar o cumprimento da decisão mediante depósito judicial do valor dos insumos e/ou tratamento médico. (CORDEIRO, 2008)

contadores, engenheiros, etc.), deslocamento e custos de oportunidade com valor econômico, para além dos resultantes da morosidade⁶¹, tornam a justiça proporcionalmente mais cara para causas de menor valor. “Isso afeta, especialmente, aquela parcela da população, indivíduos, grupos ou coletividades historicamente oprimidas/excluídas, que geralmente mobiliza causas de pequeno valor.” (AVRITZER, MARONA e GOMES, 2014, p. 19)

É nesse sentido que o ativismo judicial quixotesco acaba distorcendo a lógica das políticas públicas, determinando uma atuação do Executivo muitas vezes contrária à almejada originalmente e, por consequência, contrária ao interesse público. Através da judicialização das políticas de saúde, observa-se a desproporção na alocação de recursos público, beneficiando uma minoria dentro de um sistema de recursos sempre escassos. E, pior ainda, essa minoria já é beneficiada em outros aspectos da vida civil, pois já possui maior renda, maior escolaridade, maior acesso a bens e serviços em geral - seja através do setor público (processo político), seja pelo próprio mercado.

A atuação do Poder Judiciário, portanto, continua a reproduzir o fenômeno da concentração de gastos públicos em camadas sociais de maior renda. Esse efeito não é desejado pelos juízes quando, casuisticamente, tomam as decisões nesse âmbito, porém é inegável a sua ocorrência e seu impacto no coletivo.

Destaca-se o Documento Técnico número 319 do Banco Mundial⁶², emitido em 1996, tratando sobre a reforma do Judiciário nos países da América Latina e Caribe. O viés das recomendações do Banco Mundial é claramente o de tornar o Judiciário um fomentador do comércio, investimentos e financiamentos. Embora fale em buscar um sistema justo e eficiente, o texto deixa claras suas intenções neoliberais, ou seja, de proteção da propriedade e da liberdade de quem é proprietário.

A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso a justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado. (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 10)

⁶¹ Vide Santos et al., 1996.

⁶² Disponível em <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>> Acesso em 21 abr. 2015.

O Documento 319/1996 utiliza o termo “desenvolvimento” no lugar de “crescimento” econômico, como se fossem sinônimos. Mas como já esclarecido anteriormente, não o são e a confusão é proposital.

No referido Documento, o Banco Mundial recomenda ampliação da independência e da autonomia do Judiciário, bem como do acesso à justiça, reconhecendo que o custo para isso é elevado e proibitivo para grande número de pessoas.

O acesso à justiça depende do adequado funcionamento do sistema jurídico como um todo, mas alguns fatores específicos incluem os obstáculos psicológicos, acesso a informação e barreiras físicas, para que os indivíduos possam ter acesso aos serviços jurídicos, abrangendo, os gastos com as demandas e as instalações, bem como as diferenças de linguagem que podem ser encontradas entre populações indígenas, por exemplo. Os programas de assistência jurídica e defensorias públicas e formas alternativas de resolução de conflitos também podem auxiliar na promoção do acesso à justiça. Os programas de defensoria pública e assessoria jurídica devem ser disponibilizados para prover assistência legal e orientação para aqueles que não tem condições de arcar com estes custos para propor uma ação ou se defender em juízo. (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 13)

O Documento 319/1996 também reconheceu o despreparo dos juízes e operadores do Direito, abordando a precariedade do ensino e da pesquisa na área jurídica. Considera que o Judiciário tem como função organizar a sociedade e resolver os conflitos sociais, denotando uma visão limitada, que não considera como papel dessa instituição promover também a justiça social *lato sensu*, através de decisões que gerem a redistribuição dos recursos, diminuindo as iniquidades da concentração dos mesmos nas mãos de poucos.

O objetivo das reformas recomendadas pelo Banco Mundial é tornar o Judiciário mais eficiente para decidir sobre questões financeiras, especialmente diante do que o Documento 319/1996 chama de “demandas das novas relações comerciais” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 18). O foco das reformas no Judiciário ali articuladas é atender aos interesses do mercado, do capital. Isso é dito inúmeras vezes no Documento, não deixando margem para dúvida. Como por exemplo quando afirma que “Os governos devem ser capazes de efetivar a aplicação das regras do jogo que foi criado; o judiciário, pode proporcionar este serviço garantindo direitos individuais e direitos sobre a propriedade.” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 18)

O Documento fala muito de indivíduos, proprietários e empresários, mas nada sobre o coletivo ou sobre os direitos sociais.

[...] o desenvolvimento econômico não pode seguir em frente sem uma efetiva definição, interpretação e garantia dos direitos de propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade na resolução de conflitos, ampliando o acesso à justiça e promovendo o desenvolvimento do setor privado. (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 19)

A respeito do acesso à justiça, o Documento 319/1996 chega a conclusões semelhantes às anteriormente mencionadas neste capítulo:

O acesso à justiça pode ser avaliado através de diversos fatores como: tempo de julgamento, custos diretos e indiretos das partes com a litigância (despesas com requerimentos, custas processuais, cauções, honorários advocatícios, perdas salariais com o tempo despendido, etc.), acesso físico às Cortes e a capacidade dos potenciais usuários, de ter acesso a informação e possibilidade de acompanhamento das fases processuais. Em outras palavras, os sistemas jurídicos podem apresentar barreiras psicológicas, informacionais e físicas aos indivíduos que necessitam desses serviços. Existem diversas soluções para superar ou diminuir determinadas barreiras econômicas à justiça, incluindo a redução dos custos da litigância, programas de assistência jurídica e a criação de formas alternativas de resolução de conflitos, menos onerosas. (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 38)

Ou seja, o Banco Mundial reconheceu que os custos de acesso ao Judiciário limitam o exercício de tal direito, especialmente para as populações de baixa renda. (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 42). Recomendou reformas estruturais no sistema judiciário, defensorias públicas, advocacia e mesmo a introdução de soluções alternativas a conflitos (como por exemplo a mediação e a arbitragem).

Atendendo a boa parte das recomendações do Banco Mundial, o Brasil aprovou a Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como “Emenda da Reforma do Judiciário”⁶³. A ênfase na agilidade e nas mudanças estruturais respondeu bem ao Documento 319/1996, evidenciando a submissão do Judiciário brasileiro ao capital. A prática das soluções alternativas de conflito, entretanto, não chegou à área da saúde, e os custos de acesso ao Judiciário continuaram elevados.

O perfil do Judiciário continuou sendo para atender a demandas individuais, instrumentalizado para proteger os direitos à propriedade. Os direitos sociais, de natureza bem diferente dos de liberdade, continuam sendo matéria de difícil abordagem para o Judiciário brasileiro.

⁶³ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em 21 abr. 2015.

Comprovando essa dificuldade, na Ação Civil Pública nº 001.06.014309-7, no julgamento de suspensão da tutela 91/AL-Alagoas⁶⁴, a Ministra Ellen Grace distinguiu "direito à saúde" e "direito ao remédio", entendendo que o artigo 196 da Constituição não autoriza o atendimento prioritário de situações individualizadas, como o fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo que estão fora das listas do SUS, sob pena de inviabilizar o próprio sistema, prejudicando a coletividade.

Nas palavras da Ministra:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. (Min. Ellen Gracie, Ação Civil Pública nº 001.06.014309-7)

Ademais, decisões judiciais não raro deixam de delimitar claramente as obrigações de cada ente federativo condenado ao fornecimento de um medicamento ou tratamento. Ao manter a obrigação solidária, há probabilidade de cumprimento por mais de um dos entes (duplicação ou triplicação do prejuízo ao erário), ou descumprimento por todos eles, à espera de que outro cumpra.

Outra questão à qual deve o juiz atentar é se consta dos autos solicitação do referido medicamento ou tratamento por médico do SUS, atestando a necessidade daquele objeto específico, de maneira exclusiva como opção para o paciente, não havendo no sistema nenhum similar. Isso evita que pacientes que sequer são usuários do SUS gerem um ônus a mais para o Estado, perpetuando a desigualdade de direitos e acesso à saúde no país, com a obtenção de mais um privilégio por um cidadão que já pertence a uma classe mais favorecida, em detrimento daqueles mais vulneráveis. Além disso, afasta a possibilidade de o juiz conceder a tutela para o fornecimento de

⁶⁴ Ação Civil Pública nº 001.06.014309-7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=43&dataPublicacaoDj=05/03/2007&incidente=2466232&codCapitulo=6&numMateria=21&codMateria=7>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

medicamentos ou tratamentos não autorizados pelos órgãos técnicos estatais como seguros, eficazes, eficientes, efetivos e equitativos; bem como daqueles "redundantes" no sistema – quer dizer, que possuem similares já fornecidos pelo sistema, e que atendem aos requisitos anteriormente elencados.

Conforme reiterada jurisprudência do STJ e do STF, o juiz deve analisar também, no caso concreto, a situação de hipossuficiência do paciente, como justificativa, perante a sociedade, para a entrega de uma prestação extraordinária e individualizada, às custas do erário. Não é que seja preciso ser hipossuficiente para ter acesso ao SUS, já que o direito à saúde é universal, como garante o artigo 196 da Constituição, não podendo ser vinculado a determinada situação socioeconômica. Porém o fornecimento, pelo SUS, de medicamento ou tratamento que não é normalmente disponibilizado para todos, precisa ser eticamente justificável perante a coletividade.

Ferraz (2009) aduz que a insistência do Poder Judiciário brasileiro em entender e interpretar o direito à saúde como um direito individual a atendimento ilimitado, isolando-o do contexto da escassez dos recursos, que é uma realidade da sociedade no país, sacrifica os princípios da universalidade e da equidade, constitucionalmente garantidos. Em decorrência disso, resta invertida a lógica do SUS e prejudicada a realização de seus objetivos. Assim, a judicialização das políticas de saúde presta-se a perpetuar iniquidades que, nessa área, já são significativas no Brasil.

Critica-se, ainda, o alto grau de discricionariedade apresentado pelos juízes nas decisões acerca de atos administrativos dos Poderes Executivo e Legislativo.

A "teoria do xamanismo judicial", proposta por Tomas (2006) evidencia que quando decisões judiciais anulam ou alteram lei ou ato administrativo, alegando que não obedecem aos princípios constitucionais, não atendem ao "interesse público" ou desrespeitam o real "espírito da lei", o que está acontecendo, na verdade, é uma mascarada imposição da vontade pessoal do juiz ou de uma classe à qual pertence (classe esta já privilegiada, tanto economicamente quanto por deter o conhecimento jurídico). Essa vontade, então, sobrepuja aquela expressa pelo Poder Legislativo – o que, em última instância, significa um atropelo à intenção dos legítimos representantes eleitos do "povo".

"Numa democracia, todo exercício de poder pede um controle democrático. Portanto, todo o problema passa a ser a maneira pela qual essa escolha é feita e como

podemos controlá-la democraticamente." (Rodriguez, Püschel e Machado, 2006, p. 15)

Nesse sentido, em 1984, a Suprema Corte americana decidiu, no famoso processo *Chevron USA vs. Natural Resources Defense Council*, que eram os órgãos públicos, e não as cortes, as instituições preferenciais para solução de conflitos entre políticas públicas face à aplicação de leis. O argumento principal era o maior conhecimento e especialização dos órgãos públicos nas áreas de sua atuação, tornando-os mais aptos a tomarem decisões com máxima eficácia, eficiência e efetividade, melhor completando eventuais lacunas ou preenchendo conceitos abstratos contidos na lei. A Suprema Corte fixou, então, que caso não houvesse nenhuma determinação particular do Congresso acerca da aplicação da lei em questão, a interpretação do órgão público competente para sua execução seria vinculante perante as cortes. A ideia é que, sendo esse o cenário, a interpretação do órgão se encontraria perfeitamente "dentro dos limites das interpretações possíveis da lei", não cabendo ao Poder Judiciário revisita-la.

Robert Alexy (2011), em sua clássica teoria que divide normas em regras e princípios e traz a regra da proporcionalidade e a técnica de sopesamento destes últimos, defende que não há uma única resposta correta ou "legítima" na interpretação do texto constitucional. Um princípio não se sobrepõe ao outro, de forma hierárquica ou anulatória, quando da correta utilização dessas técnicas. Pelo contrário, um fica restringido em relação ao outro, em determinado caso concreto, sem perder sua validade, cedendo somente em uma lógica comparativa do máximo possível de realização ótima de ambos. O autor revela, portanto, grande deferência ao sopesamento realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo. Porém suas ideias são amplamente utilizadas de forma distorcida no Brasil, como a justificar a discricionariedade abusiva do Poder Judiciário face às escolhas dos outros Poderes. (MARMELSTEIN, 2008)

Esse uso inadequado e abusivo da teoria dos princípios é raramente apontado pela doutrina brasileira, apesar de provocar uma deficiência democrática relevante. Os princípios são largamente utilizados de forma retórica, a construir argumentos que pareçam racionais, "embasando" decisões que suplantam a vontade do legislador e do administrador, em prol da vontade do juiz.

Conclui-se, portanto, que o processo adjudicatório apresenta prós e contras enquanto instituição a fazer escolhas sobre direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, em demandas individuais.

7.2. PROCESSO COLETIVO

Uma outra possibilidade, ainda dando ao Poder Judiciário a escolha final, é o uso do processo coletivo.

Elpídio Donizetti (2011) informa que:

O processo coletivo começou a ganhar corpo a partir da sua primeira regulamentação no direito norte-americano, em 1842, bem como em virtude da necessidade de proteção dos interesses de massa que emergiram da Revolução Industrial, nas primeiras décadas do século XX.

No direito brasileiro, o desenvolvimento tardio do capitalismo fez com que somente na segunda metade do século XX a regulamentação do processo coletivo se intensificasse, sobretudo com a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a promulgação da Constituição de 1988 e as inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Dentro da realidade de inadequação do processo individual para tratar das questões que atingem grupos e/ou a coletividade, os pilares fundamentais do processo coletivo são acesso à justiça, economia processual e efetivação dos direitos coletivos (DONIZETTI, 2011).

Uma das principais vantagens do processo coletivo sobre o individual é a diminuição do número de demandas individuais ajuizadas, na medida em que em uma única causa são solucionadas, de forma genérica, centenas ou milhares de questões idênticas ou similares. Outra vantagem é impedir a existência de sentenças individuais contraditórias (ocorrência comum, na medida em que um juiz pode entender ser devido determinado tratamento e outro juiz, lidando com caso similar ou idêntico, mas de outra pessoa, entender que o mesmo tratamento não é devido. Assim, o Estado forneceria o tratamento somente à primeira pessoa, de forma irracional). Além disso, outra vantagem do processo coletivo é a efetivação de direitos coletivos, “seja por meio da aplicação do direito pelo órgão julgador em uma causa específica, seja de forma preventiva e abstrata, visto que a punição de condutas ilícitas gera estímulo para o cumprimento voluntário do direito pela sociedade” (DONIZETTI, 2011). O processo individual não possui mecanismos capazes de efetivar direitos coletivos ou difusos.

Nesse ponto, faz-se necessário diferenciar direitos sociais de direitos individuais. Segundo Marinho (2009), os objetos dos primeiros são bens públicos e coletivos, seus conflitos são distributivos e plurilaterais, o que significa que suas perdas ou ganhos são repartidos entre toda a sociedade. Além disso, os direitos sociais geralmente são presentes ou futuros, o que dificulta ainda mais a efetividade das decisões judiciais a seu respeito, em casos individualizados.

Não pode o juiz, no caso concreto, analisar o direito à educação, à saúde ou a qualquer outro bem/serviço público, como se fora direito individual, sem qualquer impacto na distribuição de recursos para o resto dos cidadãos. Com base no "tudo ou nada", seja por tradição, seja por falta de aparelhamento da instituição para melhor analisar, compreender e resolver as demandas, as decisões não são adequadas à lógica específica dos direitos sociais.

Nesse sentido, o processo coletivo mostra-se muito mais adequado e melhor aparelhado para lidar com demandas envolvendo o direito à saúde, por sua natureza de direito social⁶⁵.

E, como tal, o direito à saúde nasceu fundado no princípio da solidariedade humana, sendo efetivado através de políticas públicas que garantam amparo e proteção social aos mais fracos e pobres (COMPARATO, 1998). Como corolários da justiça social (RAWLS, 2000), os direitos sociais conferem aos indivíduos prestações sociais de que necessitam minimamente para viver com dignidade, passando cada cidadão a poder exigir do Estado o cumprimento de uma série de deveres para que tais direitos lhes sejam garantidos.

Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 691-692) resume que os direitos sociais são:

[...] posições jurídicas que credenciam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a *igualização de situações sociais desiguais*, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁶ é base de todos os direitos sociais, de onde se deduz que a cidadania social (MARSHALL, 1950) não

⁶⁵ Em seu artigo 6º, a Constituição de 1988 elencou como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a assistência aos desamparados, a proteção à maternidade e à infância.

⁶⁶ A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º, III da Constituição de 1988.

pode ser alcançada onde tais direitos não sejam efetivados. Assim, o Estado é o principal destinatário das normas que preveem direitos sociais, na medida em que é ele o responsável por elaborar políticas, programas, planos e ações que lhes deem efetividade.

Os direitos sociais constituem, assim, direitos fundamentais de segunda dimensão, ou seja, direitos a uma prestação positiva do Estado, a uma obrigação de fazer (CUNHA JÚNIOR, 2008).

Entretanto, o Estado alega o princípio da reserva do possível para não efetivar o direito à saúde como universal e acessível para todos os brasileiros através do SUS. Quer dizer, argumenta que não dispõe de recursos financeiros e/ou jurídicos suficientes para garantir-lhes. Daí haver autores que até qualifiquem os direitos sociais como “direitos relativos.”

Diante dessa realidade de recursos escassos e inefetividade do previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988 para todos, surgem milhares de demandas envolvendo o direito à saúde no Brasil. Ora, se essas demandas são, em sua maioria, ajuizadas individualmente, resta claro que o Poder Judiciário não dará conta de tomar as melhores decisões possíveis, diante do quadro coletivo de necessidades.

Isso porque se cada juiz decide um caso isolado (ou vários), ele não tem condições práticas de conhecer e levar em consideração todas as variáveis da sociedade como um todo. O custo de um tratamento individual concedido em tutela individual pode causar forte abalo no orçamento destinado à saúde para todo um município, ou até todo um estado.⁶⁷ É exatamente o caso apontado por Cristiane Segatto na Revista Época, em reportagem de 16 mar. 2012, intitulada “O paciente de R\$ 800 mil.” Trata-se de um jovem paulista (Rafael) que, por força de decisão judicial, tem o tratamento mais caro do mundo custeado pelo SUS, levantando dos cofres públicos, sozinho, mais de R\$ 800 mil por ano.

Sobre isso, na mesma reportagem, Giovanni Cerri, secretário estadual de Saúde de São Paulo se manifestou dizendo que “A judicialização da saúde é uma injustiça. Os mais ricos desviam recursos dos mais pobres.”

Ninguém quer a morte de Rafael. Nem de qualquer outro doente que recorre à Justiça para conseguir outros medicamentos caríssimos. Mas, quando são obrigados a fornecer remédios caros da noite para o

⁶⁷ Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>> Acesso em 06 dez. 2013

dia (ao preço que o fabricante se dispõe a vender), os gestores do orçamento público da saúde tiram o dinheiro de outro lugar. Com isso, milhares (ou milhões) de cidadãos perdem. A verba destinada à compra de um frasco de Soliris seria suficiente para garantir milhares de doses de anti-hipertensivos e de outros medicamentos baratos que atingem a maior parte da população. Sem interrupções. É preciso reconhecer que priorizar o direito individual em detrimento do direito coletivo tem consequências sobre a saúde pública.

A reportagem traz ainda outros dados que demonstram de forma alarmante a ineficiência do Poder Judiciário de, em demandas individuais, fazer boas escolhas no que tange aos direitos sociais:

Em 2005, o Ministério da Saúde foi citado em 387 ações. Gastou R\$ 2,4 milhões para atender essas três centenas de pacientes. Em 2011, foram 7.200 ações. A conta disparou para R\$ 243 milhões. As ações contra o governo federal são uma pequena parte do problema. Como todas as esferas do Poder Público (federação, Estados e municípios) são corresponsáveis pelo financiamento da saúde, a maioria dos pacientes processa só o secretário municipal, só o estadual ou ambos. [...] Nos pequenos municípios, as decisões podem ser arrasadoras. É o caso de Buritama, uma cidade de 15 mil habitantes no interior de São Paulo. O orçamento do município para fornecimento de remédios é de R\$ 650 mil por ano. No ano passado, mais da metade foi destinada apenas ao cumprimento de demandas judiciais. Um único paciente pediu na Justiça – e ganhou – uma cirurgia de implante de eletrodos para amenizar o mal de Parkinson. Preço: R\$ 108 mil. “Todos os pacientes que entraram na Justiça ganharam a causa. E o Judiciário nem mandou o Estado compartilhar os gastos conosco”, diz Nancy Ferreira da Silva Cunha, secretária de Saúde de Buritama. “Essas ações estão acabando com os pequenos municípios.”

Diante desse quadro, fica fácil observar o potencial do processo coletivo em lidar com demandas envolvendo o direito à saúde melhor do que o processo individual. Ocorre que o processo coletivo também tem suas limitações. A principal delas diz respeito aos custos do litígio, que sobem quanto maior for o número de membros da classe afetada. Isso porque a informação e a coordenação desse grande contingente de partes demanda custos organizacionais elevados, cuja compensação dificilmente é visualizável do ponto de vista individual.

Mesmo se a ação for ajuizada por um dos legitimados através de ação civil pública⁶⁸, o processo de habilitação⁶⁹ é custoso e pode demorar muito, o que também desestimula a aderência de mais interessados à causa, enfraquecendo o processo coletivo.

Para Ada Pellegrini Grinover (2010),

Há no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior pelo processo, e uma participação menor no processo: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado “representante adequado”.

Além disso, Badin (2013, p. 149) alerta que “a chance de inércia ou de não judicialização aumenta na medida em que a dispersão aumenta.” Então casos envolvendo direito à saúde que estejam pulverizados pela sociedade, com custo relativamente alto para cada indivíduo se mobilizar e acessar o Poder Judiciário, acabam não chegando a ele. Se não chegam por via do processo individual, tampouco pelo coletivo, haja vista o alto risco de comportamentos oportunistas do tipo “caroneiro” (*free-riders*) em bens coletivos, onde cada indivíduo fica inerte, esperando a ação dos demais.

Komesar (1994) aduz que a concentração de réus e a dispersão de autores aumenta as chances de judicialização através de um processo coletivo. Ele também é facilitado se existir um grupo concentrado dentro da maioria afetada que, por ter interesses mais elevados, é capaz de funcionar como catalisador da ação coletiva.

Outro problema em relação ao processo coletivo, segundo Badin (2013, p. 153) é que, a priori, “não há razões para duvidar que as mesmas críticas à capacidade institucional do Judiciário não se possam opor também ao Ministério Público.” Embora este goze de certa informalidade no acesso a informações, característica que o Poder Judiciário não tem, por isso mesmo acaba também se sujeitando mais à permeabilidade por grupos minoritários. A influência desses grupos pode enviesar sua atuação, servindo para perpetuar estruturas sociais hegemônicas.

⁶⁸ O Ministério Público é um dos órgãos competentes para ajuizar ações civis públicas, conforme o artigo 129, II e III da Constituição Federal. O artigo 5º da Lei 7.347/1985 legitima para tal também a Defensoria Pública, os entes federativos, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, e associações que cumpram pré-requisitos listados na mesma lei.

⁶⁹ O processo de habilitação visa integrar terceiros interessados a uma ação civil pública. Para tal, cada indivíduo interessado precisa comprovar ser um dos lesados no caso de direitos individuais homogêneos, ou comprovar seu direito em relação à sentença coletiva (se já tiver sido exarada), a fim de se beneficiar de seu comando.

Ainda sobre as limitações do Ministério Público, no Brasil os promotores não recebem bônus por produtividade ou honorários advocatícios, de forma que não possuem interesse pessoal nas ações civis públicas que impetram. Segundo Badin (2013), isso explica o grande número dessas ações “abandonadas”, andando da forma mais morosa possível graças à ausência de impulso autoral.

Isso fica evidente no caso do Ministério Público do Estado da Bahia, que, quando questionada em 2014⁷⁰ sobre suas ações civis públicas envolvendo o direito à saúde, informou não possuir dados quantitativos a respeito, e que os promotores enviariam as informações diretamente à Corregedoria do órgão. Quando redirecionado o questionamento à Corregedoria, a mesma respondeu que não possui tais dados. Ora, fica clara a completa falta de controle do Ministério Público do Estado da Bahia sobre ao menos quantas ações civis públicas sobre a garantia do direito à saúde possui em andamento, quantas sentenças de procedência ou improcedência, quais os objetos mais pleiteados pela população. Isso ratifica a ausência de interesse/incentivo do órgão na matéria.

No novo Código de Processo Civil (CPC), sancionado em 2015⁷¹, consta a previsão de que, cumpridos os pressupostos da relevância social e da dificuldade da formação do litisconsórcio, poderá ser feita a conversão da ação individual em ação coletiva. Tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública são partes legítimas para requerer tal conversão.

Conforme explica Carlos Eduardo Rios do Amaral (2015), para essa conversão, a ação individual proposta deverá ter pedido que tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade. Também será admitida a conversão nos casos em que o pedido da ação individual tenha por objetivo a solução de conflito de interesses relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo lesado.

Outrossim, será vedada a conversão se iniciada a audiência de instrução e julgamento no processo individual, se já houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto ou se o juízo da ação individual não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento – o

⁷⁰ Vide anexo I.

⁷¹ Lei 13.105/2015, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 22 mar. 2015.

Ministério Público ou a Defensoria Pública – para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. Realizado esse aditamento ou a emenda da preambular, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.

O autor originário da ação individual, não será excluído da lide, atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. Ficando isento de qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo, que na velha e ultrapassada legislação brasileira encontram-se esparsas na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se subsidiariamente o CPC. (AMARAL, 2015, p. 02-04)

Nesse mesmo sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite (201?) esclareceu seis novos princípios processuais advindos do CPC: (i) coletivização do processo por meio de instrumentos judiciais para proteção de interesses metaindividuais (como os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos), tais como mandado de segurança coletivo, ação popular, mandado de injunção coletivo e ação civil pública; (ii) ampliação da legitimação *ad causam* para promoção das referidas ações coletivas (antes só do Ministério Público e, em alguns casos, da Defensoria Pública, agora também para associações civis, sindicais, etc.); (iii) ampliação dos efeitos da coisa julgada e sua relativização segundo o resultado do processo, protegendo os direitos individuais; (iv) ativismo judicial (conforme os artigos 5º, XXXV da Constituição, 84 do Código de Defesa do Consumidor, 273 e 461 do CPC); (v) supremacia das tutelas alusivas à dignidade humana e aos direitos da personalidade sobre os direitos de propriedade; e (vi) possibilidade de controle judicial de políticas públicas, de acordo com a previsão do artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ratificado pelo Brasil em 1992.

A previsão parece servir perfeitamente para que ações ajuizadas individualmente, mas versando sobre o direito à saúde (cuja relevância social é patente), sejam convertidas em processos coletivos. O artigo 1.069 do novo diploma legal prevê que o Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas ali previstas. Com essa avaliação, no futuro poderá se verificar se o instrumento em tela será utilizado na prática, sanando os problemas apontados neste trabalho.

Conclui-se que embora o processo coletivo tenha inegáveis vantagens sobre o individual nas questões envolvendo direito a saúde, ele também não está livre de limitações e falhas. Entretanto, com o desenvolvimento da doutrina jurídica acerca da

matéria, da própria cultura/prática forense e a criação do Código Brasileiro de Processo Coletivo⁷², espera-se que o processo coletivo passe a ser uma das principais formas de acesso ao Poder Judiciário para tratar de direitos sociais.

7.3 NORMAS ÉTICAS E CONTROLE SOCIAL

Inicialmente, é preciso estabelecer que a ética, conforme conceituada por Aristóteles (350 a. C.), pertence à esfera individual, particular, e não à pública ou política. A política é determinante, enquanto a ética tem o poder de desvelar. A política está no espaço público, enquanto a ética está no privado. Se assim não fosse, o Estado ganharia vida própria. Também não pode ser diferente porque a ética se condiciona diretamente com a liberdade. A ideia de que a ética é um determinante da moral é uma leitura rasa, que faz parte de um processo alienante e decorrente da crise de valores do Iluminismo. (CHAUÍ, 2007 e KURZ, 2010)

O primeiro princípio ético em filosofia é tratar o outro com dignidade, com humanidade, e não só como uma mercadoria ou um objeto. Nesse contexto, dignidade é entender o outro como um ser em sua individualidade, único em seu pensamento. Não há dignidade, portanto, quando o homem é visto (pelo Estado ou pelos outros homens) como uma mera coisa, um instrumento não racional que só serve para alimentar o sistema de acúmulo de capital. Assim, um Estado que falha em reconhecer as pessoas como diferentes e racionais despe-as de sua dignidade – mas vale lembrar que o Estado é uma construção do próprio homem e por ele mesmo formado, e não um ser vivo, dotado de vontade própria independente, como se fora o Leviatã de Hobbes (1997).

A ética não visa o conhecimento teórico e sim o conceito de humanização e a consequente diminuição das iniquidades. A ética perpassa hábitos, costumes e virtude. Mas melhor do que debater a justiça é busca-la na prática, no dia-a-dia, na redução dessas desigualdades e na evolução do homem em sua virtude e moral. Nesse sentido, Aristóteles (350 a. C.) falava em justiça como realizar, o que só aconteceria na República: a atribuição a cada um conforme suas aptidões e potenciais. Assim, justiça e desenvolvimento caminhariam passo a passo, sempre se

⁷² Projeto de Lei nº 5.139/2009, em trâmite no Congresso Nacional.

retroalimentando. E o homem, como ser, em toda a sua complexidade, é o centro desse debate. Por isso, teoria e práxis⁷³ têm que andar juntos.

Aristóteles (350 a. C.) aduziu que a busca da felicidade é uma aporia, pois se trata de meio e fim ao mesmo tempo. Mas o fim último por trás de todas as coisas e ações é o bem, pois o bem é algo inerente ao homem e que dele não pode ser tirado. O autor defendeu que embora valha a pena atingir esse fim para um indivíduo só, é mais belo e mais divino alcançá-lo para a coletividade.

Nesse diapasão: “A felicidade é procurada sempre por si mesma e nunca com vistas a outra coisa, ao passo que à honra, ao prazer e a todas as virtudes nós de fato escolhemos por si mesmos. [...] O bem absoluto é considerado como autossuficiente.” (ARISTÓTELES, 350 a. C.)

O entrelaçamento necessário entre virtude e felicidade fica claro na obra do filósofo grego em vários pontos.

Se as atividades são [...] o que dá caráter à vida, nenhum homem feliz pode tornar-se desgraçado, porquanto jamais praticará atos odiosos e vis. Com efeito, o homem verdadeiramente bom e sábio suportará com dignidade [...] todas as contingências da vida, e sempre tira o maior proveito das circunstâncias. (ARISTÓTELES, 350 a. C.)

Entretanto, esse homem a quem o bem é inerente precisa ser considerado pelo Estado e reconhecido pelos outros homens como um ser pensante, um ser completo, com sua essência e predicados. Do contrário, não será capaz de desenvolver plenamente suas potencialidades. Em alegoria, a sociedade capitalista moderna que transforma o homem em adjetivo, extrai-lhe a essência, a dignidade, o ser-sujeito, a humanidade.

O homem limitado a ser-predicado não pode jamais ser o elemento de transformação de que falavam Platão e Aristóteles (350 a.C.). No sistema brasileiro capitalista atual, o sujeito pensar por si só, criticamente, é pouco valorizado (ou mesmo desencorajado). Então o ser humano já se despe de parte de si, pois para de pensar e assim vai se coisificando. Parafraseando Kafka (1985), uma mutação assustadora de homem em barata ou de sujeito político para objeto consumidor.

⁷³ Consoante Aristóteles, ação na qual o sujeito histórico e o resultado almejado são inseparáveis. (Em oposição à *poïesis*, a fabricação que pode privar o sujeito de seu próprio objeto)

Porém é o próprio homem o único responsável por realizar a justiça, construindo uma sociedade efetivamente justa e igual. Para isso, é fundamental que, no processo de evolução moral e de virtude, todos tenham acesso ao conhecimento (no sentido de compreensão), pois ele é a chave para o desenvolvimento e, portanto, para a justiça. Ademais, é o homem que cria e compõe o Estado e as instituições de governo, não sendo possível dissociá-lo da centralidade da discussão.

Como assevera Thoreau (2002⁷⁴, p. 323), “a lei nunca tornou os homens nem um pouquinho mais justos, e devido ao respeito que têm por ela, mesmo os bem intencionados tornam-se no dia-a-dia agentes da injustiça.”

Aristóteles (350 a. C.) dizia que mais importante do que estudar um conceito em si do que seja a virtude é exercitar os bons hábitos e realizar a justiça no dia-a-dia. A ética é um pensamento constante, uma reflexão sem uma resposta única ou definitiva. Se a ética tivesse uma resposta assim, a humanidade já viveria em harmonia, sem sofrimento, desigualdades ou exploração. Mas não tem, pois as noções de certo/errado, justo/injusto variam com o tempo e o contexto social e histórico. Nesse sentido, a política é a culminação da ética, já que a última é a arte da convivência humana, resultado de um esforço coletivo para se chegar à compreensão sobre como bem viver naquela época, naquele local e com aquelas pessoas.

Animais também convivem, porém exercem papéis fixos, determinados por características biológicas imutáveis. Como a sua convivência é necessariamente aquela, não há que se falar em ética. Um formigueiro, por exemplo, é uma sociedade não ética. Por outro lado, os humanos não possuem papéis sociais fixos, biologicamente determinados, de forma que sua convivência é contingencial. Daí se falar em ética, já que a organização e a forma de relacionamentos podem ser diferentes. Aliás, não só podem ser diferentes, como devem sempre melhorar, de onde se pode dizer que a ética é o aperfeiçoamento consciente e constante da convivência. (ARISTÓTELES, 350 a. C.)

A ética pressupõe a existência da liberdade, pois sem ela não é possível se fazer mudanças na convivência. Sem liberdade, não se pode escolher quais são os melhores caminhos coletivos. Assim, o objetivo da problematização constante é tentar

⁷⁴ Publicado originalmente em 1849.

identificar os melhores meios para uma determinada sociedade atingir os melhores fins – ou a boa vida, como dizia Aristóteles (350 a. C.).

O sujeito ético-moral, cerne da questão, é constituído por alguns elementos: (i) ser consciente de si e dos outros (capacidade de reflexão, de reconhecer o outro como sujeito ético-moral também); (ii) ser dotado de vontade (controle de paixões e sentimentos) e capaz de deliberação (escolha); (iii) ser responsável (reconhecer a si mesmo como autor de ações), avaliar as contingências e assumir as responsabilidades de suas ações; e (iv) ser livre (na pólis – seguir normas e regras de conduta). Ou seja, esse sujeito é um homem racional e, sobretudo, consciente.

Entretanto o Estado nos moldes atuais, criado pela sociedade e constituído por seres humanos, é incapaz de reconhecer seus cidadãos como sujeitos ético-morais. Além disso, a própria sociedade parece diferenciar homens que reconhece como humanos e homens que vê como não-humanos, como desprovidos de direitos.

Vale esclarecer que ética e política têm em comum justamente serem teorias voltadas à prática. São fins em si mesmas, tendo como pano de fundo comum a liberdade. Marilena Chauí (2007) entende que não há separação (falta de ética na política), e sim uma ética específica ali adotada.

Por outro lado, quem atua na política busca manter o seu poder através dela, enquanto a ética não tem esse fim. Isso as diferencia, mas não as separa. A aporia está na relação entre os fins das duas. Ainda, apesar da essência comum (a liberdade), política e ética se opõem por se relacionarem, respectivamente, com espaços públicos e privados.⁷⁵

Segundo Norberto Bobbio (2004), o fim ético se amplia para atingir a justiça e o desenvolvimento, tudo através da busca pelo conhecimento, cujo fim não se encerra em si mesmo. Porém a busca do conhecimento carece do método de uma ciência prática: a ética. Ela, por sua vez, é um fim em si mesma. Serve para compreender a natureza e o papel do Estado, enquanto método de investigação. Nesse sentido, o imperativo ético diverge do imperativo utilitarista, na medida em que o segundo não

⁷⁵ Marilena Chauí (2007) aponta a existência de quatro tipos de lógica ética: (i) clássica, vendo a virtude conforme a natureza; (ii) cristã, vendo a virtude conforme Deus; (iii) moderna, vendo a virtude conforme a razão; e (iv) maquiaveliana, vendo a virtude como *virtú*, no momento oportuno para manipular a fortuna.

atende ao fim ético por prejudicar o privado para benefício público – o que não permite a justiça, nem o desenvolvimento. Assim, o utilitarismo não se coaduna com o imperativo ético. (BOBBIO, 2004)

O utilitarismo não representa uma ciência prática cujo fim é a si mesmo (como a ética). O que se utiliza como instrumento para alcançar outros objetivos já não é, obviamente, o próprio fim. E é isso que o utilitarismo faz, usa algo para obter algum benefício para o espaço público.

A sociedade moderna (liberal) deu ao Estado características utilitaristas, autorizando-o a alocar sacrifícios a serem suportados por indivíduos em suas esferas privadas, em nome de um suposto benefício para a coletividade. Qualquer meio utilizado por esse Estado é válido, se os fins forem “bons”, se beneficiarem “a maioria”. De fato, a fórmula liberal pode ser resumida em “vícios privados, benefícios públicos”. Assim, fica evidente que esse Estado não é ético e tampouco pode reconhecer os homens como sujeitos. Que liberdade eles têm, nesse Estado? E que saúde esse Estado pode lhes promover?

Vale aqui retomar a definição de equidade em saúde como a ausência de iniquidades injustas e evitáveis na área (WELCH, TUGWELL et al, 2012). O julgamento moral de justiça envolve um debate ético sobre liberdade, capacidades e oportunidades de acordo com o contexto.

Essa ideia se coaduna com a chamada segunda fase da bioética ou bioética “pública” (SCHRAMM, 2007), onde o foco da discussão saiu dos direitos civis e políticos (de primeira geração) e passou para os direitos econômicos, sociais e culturais (de segunda geração). Esse segundo lado da bioética, dito público, é indissociável do primeiro, dito privado, mas claramente se relaciona com um aspecto da vida coletiva da sociedade, demandando, assim, uma maior participação sua na discussão de regras de convivência. Para tanto, a liberdade é pré-requisito.

[...] intimamente vinculado ao princípio de justiça, o importante seria considerar devidamente a dimensão pública, ou coletiva, dos vários problemas morais relativos ao efetivo bem-estar da coletividade humana. Em particular, como afirma Volnei Garrafa, devido aos profundos mutamentos do mundo atual, seria preciso que a bioética assumisse a análise crítica dos desdobramentos sanitários das políticas públicas, ou seja, considerar “a dimensão da ética em saúde pública.” (SCHRAMM, 2007, p. 233)

Marilena Chauí (2007) comenta que Hegel e Kant retomaram Aristóteles no sentido de que a liberdade só é possível quando forem vencidas e suprimidas as carências, as faltas e as necessidades. Por isso o reino ético precisa constituir-se à distância do natural. Para Hegel, o lugar da carência, da falta e da necessidade é a sociedade civil, espaço de luta passional dos interesses e das classes sociais. Por isso, a liberdade só poderá efetuar-se no Estado. (CHAUÍ, 2007, p. 498-499)

Faz-se necessário diferenciar necessidade de contingência. A necessidade é imanente ao homem. Já a contingência é imprevista, acidental, remete a paixões e interesses flutuantes. Quer dizer, a primeira surge no espaço da autonomia do sujeito. “Transformar o contingente em necessário e participar ativamente da necessidade imanente à Natureza, à Razão, ao Sujeito, à História definem tanto a ética quanto a política.” (CHAUÍ, 2007, p. 505)

Ou seja, o pós-modernismo⁷⁶ optou pela contingência, pelo efêmero, fragmentado e volátil. Aqui, consoante entendeu Aristóteles (350 a. C.), o sentido de *poiësis* está abarcado: o agente e o resultado estão separados ou são de natureza diferente, pois a ação realizada é técnica (*tékhnē*, em grego) ou prática, atividade em que a teoria, a ética e a política não estão inseridas (são *práxis*).

Ocorre que a relação da ética é privada, mas voltada para benefício do outro. Assim, o imperativo ético, se adotado na política, vai buscar promover e realizar o desenvolvimento. A liberdade é o meio pelo qual esse processo ocorre. Por isso não pode haver separação entre ética e política, ou não se irá atingir o desenvolvimento. Ora, fica claro que, ao adotar a contingência e o utilitarismo, o Estado passa longe da ética e da liberdade, e, por consequência, do desenvolvimento⁷⁷.

Schramm (2007, p. 234) afirmou que a bioética pode ser considerada como uma “nova forma de abordagem da ética pública e como instrumento de construção da cidadania”, devendo ser aplicada no Brasil e nos demais países latino-americanos como “cultura dos limites”, ou seja, conforme a ideia de que “em um mundo que vive uma transição epidemiológica profunda e uma revolução tecnológica radical, a democratização do acesso das majorias populacionais aos recursos e benefícios

⁷⁶ Não olvidar, como orienta Marilena Chauí (2007), que a pós-modernidade pode ser um produto da própria modernidade. Portanto, estamos a analisar o tempo presente e o nosso devir histórico.

⁷⁷ Desenvolvimento real, que não é sinônimo de crescimento econômico, como já visto.

disponíveis (naturais, técnicos e humanos) é progressivamente menor.” (SCHRAMM, 2007, p. 234)

Nesse sentido, conforme esclarecido por Michael J. Sandel (2014), a justiça teleológica e honorífica descrita por Aristóteles teria lugar na discussão da alocação dos recursos para a saúde pública. Ora, qual seria a forma mais justa, qual seria a decisão eticamente mais adequada, de se distribuir a saúde? Certamente não dando-a amplamente aos mais ricos e negando-a quase que totalmente aos mais pobres. Considerando-se que o fim (*télos*) da saúde pública é eminentemente coletivo, de melhoria de condições de vida de toda a população, a sua distribuição ideal seria a que mais efetivamente provocasse impactos positivos na coletividade – nesse sentido, o foco deveria ser preventivo para todos e de cuidados mais intensificados às populações mais vulnerabilizadas.

Seguindo o pensamento de Habermas (1983), em sua ética comunicativa, da discussão ou da argumentação, na dúvida entre valores ou princípios contraditórios, deve prevalecer aquele que a sociedade escolher no calor do debate para sua convivência se aprimorar. Assim, a ética passa a ser encarada como uma atividade ininterrupta de argumentação ou discussão sobre a convivência humana.

O lugar onde ocorre essa discussão é o espaço público, que será tanto mais competente quanto mais povoado for de bons argumentos. Nesse espaço de depuração de maus argumentos, o indivíduo sabe que não vencerá sempre, mas sempre terá oportunidade de apresentar suas ideias do que seria a melhor convivência. Isso é o que Habermas (1983) chamou de condição democrática da ética discursiva – quem convive é que decide sobre as regras éticas de convivência.

No último século, o homem percebeu que a ética não é só respeito a regras, é também a criação das mesmas (perspectivas normativa e aplicada). Há que se respeitar as regras, mas também participar de sua criação. A ética da modernidade avançada, portanto, é a certeza de que a razão compartilhada permite o aperfeiçoamento da sociedade. Não se trata de aceitar ou respeitar verdades absolutas, já que a convivência humana faz surgirem novos questionamentos o tempo todo. A ética hoje é uma disposição arejada e permanente para a discussão ininterrupta de problemas humanos. (HABERMAS, 1983)

Nesse diapasão, à luz das novas perspectivas sobre a ética, a participação dos cidadãos na tomada de decisões acerca de sua própria convivência se torna fundamental para o aperfeiçoamento da sociedade.

“Toda organização de homens, seja social ou política, se baseia na capacidade do homem de fazer promessas e mantê-las (ARENDR, 2008, p. 82), *consoante o imperativo moral* (grifo próprio)”. Por isso é importante questionar qual a relação da moral do cidadão com a lei em uma sociedade de consentimento.

As leis servem para garantir a estabilidade de um dado sistema de governo. Sob a égide da lei, os cidadãos aceitam que o poder seja exercido por certas pessoas e de determinada maneira. Qualquer forma de governo tem por objetivo garantir a estabilidade desse poder. Assim, a melhor forma de governo é a que consegue atingi-la. Por isso pode-se dizer que o Estado é um instrumento de dominação, já que serve para manter essa estrutura estável. – Apesar do alerta de Thoreau (2002⁷⁸, p. 321): “O governo em si, que é tão só o modo que o *povo* escolheu para executar sua vontade, é igualmente suscetível de abuso e deturpação antes que o *povo* possa atuar por seu intermédio.”

Desde o amanhecer da teoria política, na Grécia clássica, existe a certeza de que a democracia não convive com situações extremas: tanto a generalização da pobreza como sua necessária contrapartida, o fortalecimento da plutocracia, são incompatíveis com seu efetivo funcionamento. Quando os pobres se transformam em indigentes e os ricos em magnatas, sucumbem a liberdade e a democracia, e a própria condição de cidadão - verdadeiro fundamento sobre o qual se apoia a democracia - se deteriora irreparavelmente. A liberdade não pode sobreviver onde o cidadão indigente está disposto a vendê-la por um "prato de lentilhas", e um outro disponha da riqueza suficiente para comprá-la a seu bel prazer. (BÓRON, 1998, p. 71)

A questão recorrente, segundo Hannah Arendt (2008), é: onde ocorre a corrupção no Estado? Onde não é digno, não promove a justiça social e o desenvolvimento, não atendendo aos seus fins reais e não sendo ético.

Historicamente, a repetição irrefletida dos valores e costumes de uma determinada época propiciou a perpetuação de estruturas de poder. Somando-se a isso as barreiras inerentes à interpretação da própria condição social, fruto do difícil desvencilhamento de um discurso no qual os sujeitos já estão inseridos, incapacitam

⁷⁸ Publicado originalmente em 1849.

seu posicionamento frente aos abusos de poder. A obediência “cega” é fruto da alienação do homem da sua própria criação (o Estado) e de si mesmo (sujeito ético-moral e membro da sociedade).

A lógica alienante e excludente da sociedade capitalista contemporânea aleija a maioria das pessoas do exercício pleno da cidadania (MARSHALL, 1950). Pensar se torna um ato perigoso, porque pode levar à dissidência, ao desafio. O pensamento, segundo Hannah Arendt (2008), tem como características ser individual, ético e crítico.

Vale lembrar que:

O compromisso moral do cidadão em obedecer às leis, tradicionalmente provém da suposição de que ele, ou deu seu consentimento a elas, ou foi o próprio legislador; sob o domínio da lei, o homem não está sujeito a uma vontade alheia, está obedecendo a si mesmo – e o resultado, naturalmente, é que cada pessoa é ao mesmo tempo seu próprio senhor e seu próprio escravo [...] (ARENDR, 2008, p. 75-76)

Conclui-se que o “império da lei”, corolário da estabilidade social no ocidente, é usado para manter hegemonias vigentes, estimulando a alienação das massas e fomentando uma sensação generalizada de medo – medo este que justifica o Estado policialesco, a forte militarização e a busca constante por “inimigos”. O contrato social hipotético que justifica a submissão das pessoas ao império da lei não passa, em verdade, de um contrato de adesão. Não existe direito de dissidência real, então não se pode falar em liberdade. Se a pessoa não tem opção a não ser integrar-se ao sistema, então não exerce livremente a sua vontade, não pode pensar o mundo de forma consciente.

“Os homens fazem sua própria História, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias da sua escolha e sim sob aquelas com que se despontam diariamente, ligadas e transmitidas pelo passado.” (MARX, 2011, p. 57)

Dentro desse contexto, a ideia de participação social, como trazida pela Constituição de 1988, pode parecer uma panaceia. Conforme explica Solange Conceição Albuquerque de Cristo:

O termo tomou importância no Brasil a partir do processo de democratização, na década de 1980, e, principalmente, com a institucionalização dos mecanismos de participação nas políticas públicas na Constituição de 1988. Naquele momento, a participação foi concebida na perspectiva de controle social exercido por segmentos da sociedade civil sobre as ações do Estado, no sentido

desse atender aos interesses da maioria da população. (CRISTO, 2013, p.35)

Segundo o Dicionário de Política (1998), Bobbio et al conceituam controle social⁷⁹ como:

[...] o conjunto de meios de intervenção, quer positivos, quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e dissimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo. (p. 283)

Historicamente, o controle social em saúde primeiro voltou-se no sentido de ações estatais dirigidas a grupos em nome da saúde de todos, como por exemplo com as campanhas de vacinação obrigatórias. Com o advento da medicina sanitária, deslocou-se o foco para a necessidade de conquistar o consentimento das pessoas quanto ao seu desenrolar. (CRISTO, 2013)

Carvalho (1995, p. 28) ressalta que a ideia de controle social da saúde no Brasil é marcada por um viés duplo, “a dura realidade da exclusão social e o caráter secularmente clientelista e privatizado do Estado brasileiro.”

Dentro da descentralização do SUS, onde os municípios ficam responsáveis por executar as políticas de saúde (ainda que sem a isenção da participação dos Estados e da União), marcou-se neles a presença dos Conselhos de Saúde.

Os Conselhos Municipais de Saúde são órgãos permanentes, deliberativos, consultivos e normativos do SUS, com a competência de formular estratégias e controlar a execução das políticas de saúde nos respectivos municípios, inclusive em seus aspectos financeiros e econômicos. Sua composição é paritária (50% de usuários do SUS, 25% de trabalhadores de saúde e 25% de gestores e prestadores de serviço, segundo a lei 8.142/1990), para possibilitar à população exercer autonomia e responsabilidade na saúde pública de sua cidade.

O conceito de controle social se originou na sociologia de Émile Durkheim, objetivando atender o problema da ordem e da integração social. Na perspectiva

⁷⁹ Destaque-se que o uso da expressão “controle social” como sinônimo da “participação social” pode levar a confusões, visto que por vezes é também usada como sinônimo de “regulação social”. No primeiro uso, tem a conotação democrática, de mais vozes terem influência nas decisões da sociedade. Já no segundo uso é a ideia de que a sociedade regula comportamentos dos indivíduos dela mesma. Para fins deste trabalho, trata-se do uso como “participação social” através de Conselhos e outras organizações da própria sociedade.

marxista, o controle social é uma forma de integração social e um processo voltado para a reprodução social dos interesses de uma classe dominante. (CRISTO, 2013, p. 37) Essa ideia se coaduna com o quanto exposto anteriormente a respeito da lei e da ordem servirem a legitimar tais interesses, dando às massas somente a sensação de poderem exercer algum poder, quando na verdade apenas reproduzem a estrutura que os domina.

Nesse sentido, Navarro (2006) lembra que o controle social, entendido como participação social nas políticas públicas, ainda não fazia parte da consciência política dos realizadores da 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986). Naquele momento, falavam apenas em “participação da comunidade”, dentro de uma ideia de participação bastante limitada, visando somente a prestação de serviços à comunidade ou à sua organização isolada.

O termo “controle social” só foi usado a partir da 9ª Conferência Nacional de Saúde (1992), definido como “o controle social sobre políticas e atividades desenvolvidas com a Seguridade Social”. Fundamental trazer à baila o conceito de sociedade civil de Gramsci (2000), como o espaço de mediação entre Estado e classes sociais e entre os vários níveis de realidade. É um espaço sociológico objetivo do Estado, sem perder vínculo de determinação com a economia. A sociedade civil é um ambiente de cultura e de luta pela hegemonia. Nela estão todos os aparelhos privados que mantêm as hegemonias vigentes.

Para Gramsci (2000), a superestrutura comporta a sociedade civil e a política, enquanto a infraestrutura comporta as classes, o capital e o trabalho. Esses aspectos compõem o Bloco Histórico, abrigo da diversidade, das alianças e tensões políticas.

Correia (2006) destaca que o conceito de sociedade civil em Gramsci tem uma dimensão política, vez que é espaço de luta de classes pela hegemonia, pela conquista do poder político. A sociedade civil, por natureza, é campo de diversidade, contradições e conflitos de interesses. Os embates não são travados pela sociedade civil contra o Estado, mas sim entre setores da sociedade civil que representam interesses do capital *versus* interesses do trabalhador. Daí se compreende que o controle social é, em verdade, das classes sociais, portanto sempre em disputa.

Parecendo ignorar essa questão, o conceito de conselhos municipais dado pelo Portal da Transparência é:

Os conselhos gestores de políticas públicas são canais efetivos de participação, que permitem estabelecer uma sociedade na qual a cidadania deixe de ser apenas um direito, mas uma realidade. A importância dos conselhos está no seu papel de fortalecimento da participação democrática da população na formulação e implementação de políticas públicas.⁸⁰

Cabe esclarecer que “classe social” é um conceito profundamente conectado com a capacidade econômica, mas não somente. Por ele perpassam símbolos e significados que variam historicamente, incluindo aí laços de pertencimento e identidade, modos de vida, traços culturais, etc. As classes sociais podem ser estratificadas, como dizia Weber (1904), conforme seu acesso a diferentes valores, como riqueza, educação e prestígio, que fundamentam as desigualdades sociais.

A correlação de forças de cada classe em cada momento histórico vai definir que classe vai exercer o controle social sobre o conjunto da sociedade. Assim, Correia (2006) conclui que o controle social é fundamentalmente contraditório. A cada momento histórico, uma classe dominante vai tentar formar consensos em torno do seu projeto, para que o Estado o absorva e execute.

Para Nogueira (1999), esse controle social possibilita a elevação de interesses econômico-corporativos, ou seja, a passagem dos interesses do plano “egoístico” para o plano “ético-político”, universal.

Por maior que seja o número de Conselhos Municipais de Saúde no Brasil hoje (em 2013, Solange Cristo informava serem 5.549), seu funcionamento não tem o condão de sanar os conflitos de direito à saúde que chegam ao Judiciário. Conforme informa o Portal da Transparência (BRASIL, 2015), são funções dos Conselhos: Controlar o dinheiro da saúde; (ii) Acompanhar as verbas que chegam pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e os repasses de programas federais; (iii) Participar da elaboração das metas para a saúde; (iv) Controlar a execução das ações na saúde; e (v) Reunir-se pelo menos uma vez por mês.

Se os referidos Conselhos não fossem capturados também pelos interesses das hegemonias vigentes, poderiam até perceber o enviesamento do SUS a favor dessas classes já privilegiadas através da judicialização do direito à saúde, e contrapor-se a isso. Porém se são seus próprios pares que estão sendo beneficiados

⁸⁰ Disponível em
<<http://www.portaldatransparencia.gov.br/controlesocial/ConselhosMunicipaiseControleSocial.asp>>
Acesso em 24 mai. 2015.

pelo fenômeno da judicialização, a atuação dos Conselhos irá somente ratificar a situação de injustiça social, de apropriação do SUS e do Judiciário para favorecer as classes dominantes.

A participação da sociedade civil enfrenta limitações que se originam nas estruturas estatais pouco comprometidas com os processos de democratização, na burocratização, na falta de recursos, na ineficácia, na instabilidade dos projetos que implicam a parceria com o Estado e, ainda, na exigência de qualificação técnica e política que deveria estar atrelada à manutenção da autonomia e da capacidade de representação efetiva. No interior da própria sociedade civil há confronto entre diferentes projetos políticos, concepções e interesses. (CRISTO, 2013, p. 46)

Como poderia ser possível a participação dos excluídos, dos mais vulnerabilizados, que não dispõem sequer de condições materiais mínimas de sobrevivência, quanto mais de informações, consciência política e condições psicológicas para tomar parte no demorado e complexo processo de participação, sem que ele sequer lhes atenda de imediato às necessidades? Como ponderado em capítulo anterior, não seria sequer razoável exigir dessas pessoas a participação através de Conselhos de Saúde ou de qualquer outro mecanismo dito democrático, sem primeiro lhes fornecer formas de capacitação, educação e apoio contínuo. Eis aqui novamente aplicação da tese de habilitação de Amartya Sen (1998).

Entretanto, se a participação é um instrumento de controle do Estado pela sociedade (controle social e político), reside nela a possibilidade de os cidadãos definirem critérios e parâmetros para orientar a ação pública (CRISTO, 2013, p. 49)

A sociedade civil tem condições de captar e tematizar problemas e de exercer um papel crítico e propositivo em relação às demais esferas e a ela mesma, apesar das restrições e barreiras que lhe impõem os sistemas (político e econômico) e as limitações da cultura política vigente na sociedade como um todo. (TEIXEIRA, 2001, p. 52)

Toda forma de participação se relaciona com o exercício do poder. Nesse sentido, Gramsci (2000, p. 40) aborda quatro formas de participação que coexistem e se compatibilizam ao longo da história. Expressam os diferentes graus de consciência política coletiva. Respectivamente, da forma de menor consciência política para a de maior, são elas: (i) participação assistencialista; (ii) participação corporativa; (iii) participação eleitoral; e (iv) participação política.

A participação assistencialista tem natureza filantrópica ou solidária. É encontrada em todas as fases históricas da humanidade, como extensão de sua natureza gregária e social. Tem maior relevância entre as classes mais pobres, expressando-se com mais força nas épocas de maior miserabilidade e vulnerabilização da sociedade.

A participação corporativa debruça-se sobre a defesa de interesses de grupos específicos. “Ganham apenas os que pertencem ao grupo ou à associação” (NOGUEIRA, 2005, p. 131) Pode-se dizer que uma forma dessa participação se expressa no acesso diferenciado das classes mais ricas ao Judiciário e, conseqüentemente, ao direito à saúde. Trata-se de uma chaga no sistema democrático, que se transforma em um sistema neocorporativo, como disse Norberto Bobbio (2000, p. 37-38):

Aqueles que elaboraram, há cerca de dez anos, este modelo – que hoje ocupa o centro do debate sobre as “transformações” da democracia – definiram a sociedade neocorporativa como uma forma de solução dos conflitos sociais que se vale de um procedimento (o do acordo entre grandes organizações) que nada tem a ver com a representação política e é, ao contrário, uma expressão típica de representação dos interesses. (BOBBIO, 2000, p. 37-38)

[...] ao lado do aprofundamento democrático das sociedades, o que ocasionou um descompasso entre a pretensão de um poder unitário e o caráter plural das mesmas, ocorre uma dispersão nos centros de poder. Pode-se vislumbrar como que uma atitude centrífuga, de dispersão dos *loci* de atuação política na sociedade, seja no âmbito interior, seja no exterior. (STRECK & MORAIS, 2012, p. 139)

Já a participação eleitoral interfere na governabilidade e impacta toda a coletividade, não visando somente interesses de um grupo específico. Engloba direitos individuais e direitos políticos. Trata-se apenas de cidadania política, sem confrontar a universalidade abstrata da forma mercadoria.

Por fim, a participação política complementa e supera as anteriores, sem opor-se a elas ou abandoná-las. É uma prática ético-política que se relaciona “tanto com a questão do poder e da dominação quanto com a questão do consenso e da hegemonia, tanto com a força quanto com o consentimento, em resumo, tanto com o ato pelo qual se elege um governante quanto com o ato pelo qual um povo é um povo” (NOGUEIRA, 2005 *apud* CRISTO, 2013, p. 51) Por meio desse tipo de participação, diferentes interesses são discutidos e compatibilizados na busca do bem comum, na intenção de se democratizar e compartilhar o poder.

No caso, por exemplo, da formação dos Conselhos de Saúde no Brasil, a Resolução 457/2012 do Conselho Nacional de Saúde (CNS) foi a mais recente a regulamentar a eleição, incluindo representantes das entidades e dos movimentos sociais nacionais de usuários do Sistema Único da Saúde – SUS, das entidades nacionais de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde, das entidades nacionais de prestadores de serviços de saúde e das entidades empresariais nacionais com atividades na área de saúde, de acordo com o estabelecido no Decreto nº 5.839/2006, na Resolução CNS nº 453/2012, e no Regimento Interno, aprovado pela Resolução CNS nº 407/2008, artigos 61 a 73, para o mandato 2012/2015. Conforme previsto no art. 4º do Decreto nº 5.839/2006 as vagas para o CNS são as seguintes: (i) 24 (vinte e quatro) vagas para representantes titulares e 48 (quarenta e oito) vagas para representantes primeiro e segundo suplentes para as entidades e os movimentos nacionais de usuários do SUS; (ii) 12 (doze) vagas para representantes titulares e 24 (vinte e quatro) vagas para representantes primeiro e segundo suplentes para as entidades nacionais de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde; (iii) 2 (duas) vagas para representantes titulares e 4 (quatro) vagas para representantes primeiro e segundo suplentes para as entidades nacionais de prestadores de serviços de saúde; e (iv) 2 (duas) vagas para representantes titulares e 4 (quatro) vagas para representantes primeiro e segundo suplentes para as entidades empresariais nacionais com atividades na área da saúde.

Para concorrerem a tais vagas, as entidades e movimentos têm que existir há pelo menos dois anos. Além disso, há outros requisitos, como por exemplo que entidades e movimentos sociais nacionais de usuários do SUS têm que ter atuação e representação em, pelo menos, um terço das unidades da Federação e três Regiões geográficas do País. Devido à forma de organização das entidades indígenas nacionais, a representação indígena poderá contemplar um terço das unidades da federação e duas regiões geográficas do País. Já as entidades nacionais de profissionais de saúde, incluindo a comunidade científica da área de saúde têm que ter atuação e representação em, pelo menos, um terço das unidades da Federação e três Regiões geográficas do País, vedada a participação de entidades de representantes de especialidades profissionais. Em relação às entidades nacionais de prestadores de serviços de saúde devem congrega hospitais, estabelecimentos e

serviços de saúde privados, com ou sem fins lucrativos, e ter atuação e representação em, pelo menos, um terço das Unidades da Federação e três Regiões geográficas do País. Por fim, as entidades nacionais empresariais com atividades na área da saúde - as Confederações Nacionais da Indústria, do Comércio, da Agricultura e do Transporte – devem ter atuação e representação em, pelo menos, um terço das unidades da Federação e três Regiões geográficas do País⁸¹.

Segundo as previsões da referida Resolução, os delegados inscritos como representantes de cada movimento/organização participarão de uma plenária, onde elegerão os membros do Conselho. Porém os próprios movimentos e organizações devem arcar com seus custos de participação no processo – o que já limita consideravelmente a real possibilidade de participação de classes financeiramente desfavorecidas. Isso contribui para que o poder permaneça nas mãos onde sempre esteve (com as elites), através da cooptação das representações por aqueles que possuem mais recursos.

Evidentemente a situação do direito à saúde no Brasil passa longe de contar com a participação política, verdadeiramente inclusiva e emancipatória de todos os cidadãos. Deste modo, mesmo a existência de Conselhos Municipais de Saúde e de outros eventuais mecanismos de participação popular nas políticas públicas não é capaz de impedir a perpetuação de iniquidades em saúde. Para que tais mecanismos pudessem ter chance de serem eficazes nesse sentido, primeiro o país teria que contar com os demais direitos fundamentais atendidos para toda a população, em especial a educação emancipatória, fomentadora de consciência política/crítica em cada cidadão. E, ainda assim, haveria desafios impostos pela intrínseca luta de interesses dentro da própria sociedade civil.

⁸¹ Conforme o artigo 5º da Resolução 457/2012 do CNS.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o conceito programático de saúde trazido pela OMS e pelo artigo 196 da Constituição de 1988, é evidente que a realidade brasileira ainda se encontra muito distante do ideal. E, sendo a saúde direito fundamental, o exercício da cidadania resta comprometido enquanto ele não for garantido universalmente e à luz dos princípios do SUS, em especial o da isonomia e o da integralidade.

O objetivo geral deste trabalho foi analisar o fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde à luz da interlocução entre os princípios supracitados. Isso foi feito através do caminho abaixo exposto.

No decorrer do capítulo 4, cumpriu-se o primeiro objetivo específico deste trabalho, qual seja, investigar o fenômeno da judicialização de políticas públicas de saúde e seus efeitos face ao direito social à saúde. Ali, tal fenômeno foi discutido através das quatro diferentes abordagens trazidas pela revisão bibliográfica sistemática. Verificou-se que ele ocorre em escala global, não sendo tipicamente brasileiro.

A primeira abordagem, a deontológica, parte do pressuposto de que as respostas a todas as questões que possam emergir na sociedade estão já previstas na lei, de forma que o juiz é obrigado a decidir (o que se coaduna com o princípio da inafastabilidade do juízo).

A abordagem neoinstitucional afirma que a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas e contratos, com base em direitos e princípios sociais/coletivos, é considerada prejudicial ao desenvolvimento econômico, sob o argumento de que geraria insegurança jurídica.

Já a abordagem da teoria política questiona se haveria déficit ou potencial democrático em uma maior atuação do Poder Judiciário, que é típica dos Estados Neoconstitucionais. Por mais que se argumente que a interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes pode cumprir o papel de remediar a inércia e a ineficiência deles, é inegável o insulamento do Judiciário em relação ao processo político, ao controle e à participação social. E, por causa disso, torna-se mais permeável à influência de grupos minoritários, mas detentores de grande capital (financeiro e político).

Por sua vez, a abordagem da crítica à capacidade institucional reúne os críticos da capacidade institucional do Judiciário de lidar com os direitos sociais (no caso do presente trabalho, com foco no direito à saúde), haja vista a incapacidade de seus instrumentos para bem resolver disputas envolvendo-os. A referida instituição foi concebida sob uma perspectiva liberal, de proteção de direitos fundamentais de primeira geração (os direitos de liberdade, que, por natureza, são individuais). Todo o processo judicial nasceu nesses moldes, se instrumentalizando física e legislativamente para atender a demandas individuais.

Ocorre que políticas públicas e direitos sociais não se encaixam nesse molde liberal, individualizante. E, mesmo com o advento do processo coletivo no direito brasileiro, a forte tradição do processo individual o manteve tímido e raramente utilizado.

Atingindo o segundo objetivo específico deste trabalho, de analisar a situação da saúde atualmente sob a ótica de sua condição de direito fundamental universal, o capítulo 5 abordou as determinantes sociais da saúde, os processos de medicalização e normalização da sociedade, e, por fim, a problemática da escassez de recursos face à sempre crescente demanda por saúde.

Embora as determinantes sociais abordadas não sejam as únicas existentes, nem vinculem relação direta de causa e efeito com as iniquidades existentes na área da saúde, seu estudo aprofundado é um imperativo. Sem melhor entendê-las, não se pode elaborar projetos de políticas públicas em saúde que venham a ser eficientes.

Para tal, propõe-se a análise das heterogeneidades em saúde e cidadania através do ângulo da vulnerabilidade generalizada, por ser mais adequada para levar em consideração todas as complexidades da matéria, sem, no entanto, complicar seu estudo.

Para identificar os fundamentos teóricos, principiológicos e legislativos das políticas públicas de saúde no Brasil; além do papel do Estado em relação a elas, e assim cumprir o terceiro objetivo específico deste trabalho, veio o capítulo 6. Nele foi discutida a função do Estado em promover a justiça social através da efetivação de direitos fundamentais, redução das desigualdades socioeconômicas e oportunidade de exercício da cidadania plena para todos os seus membros.

Discutiu-se a ligação indissociável dos direitos humanos com o papel do

Estado. O fenômeno do neoconstitucionalismo e as mudanças de paradigma e pensamento que provocou fortaleceram a defesa da efetividade dos direitos fundamentais sociais, uma vez que a redução das iniquidades e a obrigação do Estado de prestar serviços de saúde, educação, previdência social, entre outros, passaram a integrar as cartas constitucionais expressamente, como suas opções políticas a serem obedecidas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Esses direitos sociais são verdadeiramente parâmetros axiológicos de limitação à atuação estatal (*non facere*) e, ao mesmo tempo, de imposição à atuação estatal (*facere*).

O SUS deve atender aos seus princípios de isonomia e integralidade de maneira sistematizada, organizada, hierarquizada. Ao permitir o acesso direto a maiores complexidades, focando única e exclusivamente no tratamento de uma doença, de forma pontual e até mesmo com privilégios, como reiteradamente o Judiciário vem fazendo, o que se obtém é uma ruptura com todos os princípios basilares da referida política pública de saúde.

O SUS não pode ser utilizado pelas classes socioeconomicamente mais privilegiadas como um *hail Mary* quando lhes é conveniente. Seria esse um cenário onde os juízes, normalmente pertencentes a essas mesmas classes socioeconomicamente superiores, não conseguem enxergar além de si mesmos (refletidos ali na parte demandante), de seu conforto, de sua falsa sensação de *entitlement*, de um distanciamento verdadeiramente cruel da realidade vivida pela grande maioria dos cidadãos brasileiros.

Conquanto o direito à saúde e suas diretrizes de integralidade, universalidade e isonomia tenham ganhado adesão na jurisprudência brasileira, ele passou a ser afirmado com caráter autoaplicável e absoluto. Aqui não se questiona/nega que “todos têm direito à saúde e à vida”, mas não é essa exatamente a questão sob análise. O problema está na possibilidade de afirmação desse direito social, em cada caso individual, sem que isso importe no desequilíbrio da frágil estrutura de uma sociedade democrática cujos recursos para a saúde são escassos e disputados, devendo ser distribuídos conforme a principiologia já mencionada.

A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível, a todos que deles necessitam ao mesmo tempo, responde à exigência da igualdade e carece do respeito a ela. Se o sistema privilegiar alguns, em detrimento dos outros, não poderá garantir

a mesma qualidade de prevenção e tratamento para toda a coletividade, já que os recursos parecem ser escassos. Em última instância, essa diferenciação aprofundará o fosso já existente de desigualdades socioeconômicas no país, prestando um verdadeiro desserviço à sociedade – ainda mais considerando-se que o desenvolvimento real impescinde da diminuição dessas desigualdades.

Dentro dessa tensão da realidade face aos princípios da isonomia e da integralidade, discutiu-se o panorama das políticas públicas de saúde dentro da crise do capitalismo e do Estado Nacional. Viu-se que o capitalismo é um sistema que tem crises imanentes e cíclicas, cujo efeito inexorável é a desigualdade socioeconômica. Seus paradoxos intrínsecos não permitem uma perspectiva de humanização, pois ela seria inconciliável com o objetivo de crescimento econômico infinito – ainda mais em um planeta de recursos finitos. Por isso, o alcance das políticas públicas para minorar as desigualdades é limitado, sua eficiência ficando sempre comprometida diante das engrenagens do próprio sistema.

Ao trocar a ideia de desenvolvimento real pela de crescimento econômico, os Estados Nacionais capitalistas não podem realizar completamente seu papel, que, como já dito, é o de promover a justiça social através da garantia e efetivação de direitos fundamentais e de cidadania plena para todos.

A desigualdade social reflete não só questões financeiras e econômicas, como também a ausência de direitos básicos e, portanto, de cidadania plena para algumas camadas ou classes sociais. Políticas públicas que objetivem sanar tais desigualdades devem, por consequência, também ampliar direitos, garantias e a própria cidadania das pessoas que estejam em condições desfavoráveis, sofrendo prejuízos constantes em sua dignidade humana, para, assim, alcançar a justiça social. Um Estado que não tenha tais metas não está cumprindo seu papel de provedor de consumo social, e, se não o faz, encontra-se em crise.

No país de desigualdades em que vivemos, aqueles que têm mais recursos financeiros conseguem exercer seus direitos fundamentais pela via privada, como por exemplo através de planos de saúde e tratamentos médicos particulares. Porém, os mais pobres ficam irremediavelmente excluídos dessa possibilidade, já que dependem da via pública – e se esta não recebe recursos estatais suficientes, sua ineficácia

implica na negação do direito à saúde para a população de menor renda. (Mercantilização de todos os aspectos da vida).

Frise-se que os substratos naturais do mundo são bons para todos ou insuportáveis para todos. Não podem ser submetidos a relações econômicas de escassez, nem ser representados por preços de mercado, para serem acessíveis somente para quem tem dinheiro.

Ora, se a ausência dos direitos fundamentais para a maior parte da população lhes impede de atingir a cidadania plena, é evidente que também será insuficiente a sua participação popular nas decisões governamentais.

No contexto estudado da crise institucional do Estado contemporâneo, é preciso se retomar o padrão objetivo do justo, mesmo que essa objetividade tenha que ser relativizada, tratada como um referencial ético-jurídico na tentativa de se garantir os conteúdos mínimos de convívio social.

Por fim, mas chegando à parte mais importante deste trabalho, o último objetivo específico era discutir as alternativas à judicialização das políticas públicas de saúde através da análise institucional comparada e à luz da ética. É disso que se trata o capítulo 7.

A análise institucional comparou os processos político (Poderes Executivo e Legislativo), de trocas (mercado) e adjudicatório (processo judicial individualizado), discutindo os prós e contras de cada um para as decisões acerca da alocação de recursos dentro das políticas públicas de saúde.

A judicialização da justiça distributiva questiona o Judiciário quanto à sua capacidade e eficiência, fazendo delas depender a sua legitimidade enquanto Poder. Assim, o acesso à justiça via direitos precisa ser entendido amplamente, em duas dimensões. A primeira como a garantia de efetividade dos direitos, o que depende da informação acerca dos direitos. A segunda indica a possibilidade de participação na criação do próprio direito, incluindo a instância do seu reconhecimento na sociedade e pelo Judiciário.

Para que seja garantido pleno acesso à justiça pela via dos direitos, não basta sua previsão constitucional como direito fundamental de todos. É preciso haver também uma reforma institucional que viabilize a efetivação de todos os direitos

fundamentais (em especial os sociais, como a saúde). Há que se considerar que, na realidade, um conjunto de extensão variável de condicionantes de ordens socioeconômicas ou identitárias fundam estruturas de exclusão e desigualdade social, a impactarem na efetiva igualdade de acesso à justiça pela via dos direitos.

Para uma política pública ser razoável (e, portanto, adequada), ela deve propiciar que o maior número possível de pessoas seja atendido com os mesmos recursos. Na contramão da razoabilidade, da ética e do próprio conceito de política pública, diversas sentenças em processos individuais vêm determinando que o Estado pague tratamentos de elevadíssimo custo, até mesmo em outros países, ou forneça medicamentos caríssimos e/ou experimentais, que por vezes sequer foram liberados pela ANVISA no Brasil. Nesse tipo de caso, não se observa uma tentativa do Poder Judiciário de corrigir uma omissão por parte dos demais Poderes, ou de corrigir uma política pública equivocada. Trata-se, em verdade, de interferência abusiva do Judiciário na competência dos outros Poderes, o que onera o erário e prejudica, em última instância, toda a coletividade.

Na passagem do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social, ocorreu uma mudança de paradigma entre um direito meramente retributivo e um direito distributivo. Dessa busca por uma justiça redistributiva, emerge a necessidade de adoção de algum critério para melhor delimitar o que seja um ato administrativo que atende ao interesse público. Assim, como já dito, o “critério do ótimo” de Pareto assume conotação ética ao afirmar que se uma determinada distribuição de recursos ou direitos pode melhorar a situação de todos, ela é necessariamente superior a outras distribuições.

A análise comparada leva sempre em consideração a imperfeição de todas as instituições acima, sobretudo no que tange à sua permeabilidade à participação de grupos de interesse. Isso porque, após entenderem as regras do jogo, tais grupos passam a exercer forte influência sobre os processos de tomada de decisão da instituição, enviesando sua atuação.

Mesmo considerando o uso do processo coletivo, mais adequado para decidir quanto aos direitos sociais, o processo adjudicatório ainda sofre críticas e inconsistências em relação ao alcance da efetivação do direito à saúde de forma universal, isonômica e integral.

Nessa perspectiva de crítica aos processos político, de trocas e adjudicatório na tomada de decisões sobre as políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais, ressalta-se o ceticismo em relação à sua transparência e objetividade em nome do interesse público primário. Todos são incapazes de atuar sem sofrer distorções através da atuação de grupos de interesses. Paradoxalmente, propõe-se uma atuação simultânea das três instituições, a fim de alcançar o ideal de justiça social redistributiva, isonômica e integral.

Ao final do capítulo 7, discutiu-se a questão da participação democrática (controle social) nas difíceis decisões sobre o direito à saúde, à luz da ética. O reconhecimento de si para si do sujeito ético-moral aparece como pré-requisito para sua real participação na conformação, exigência e efetivação de seus direitos, em especial os de natureza social, como a saúde.

Além disso, a dificuldade encontrada para o controle social ser realmente democrático reside nas fortes influências do poder econômico na formação dos conselhos de saúde e em quanto podem alcançar as instituições decisórias. Esse elemento, aliás, se fez presente em toda a discussão travada neste trabalho. O poder econômico envia as relações em todas as esferas, favorecendo sempre os mais abastados, em detrimento dos mais pobres. Os últimos vão somando vulnerabilidades, tendo sua cidadania negada em várias instâncias, em especial no acesso ao direito fundamental à saúde.

Dentro desse modelo proposto, conclui-se que uma política social que vise aproximar a realidade da previsão (utópica, e, portanto, potencialmente transformadora, construtora e em construção) do ideal de saúde da OMS e da Constituição de 1988 deve conjugar algumas características. Tem que buscar ser preventiva, e não meramente curativa, em uma perspectiva cidadã, social e comunitária de determinantes sociais e de promoção da saúde, indo à raiz dos problemas. Buscar também ser redistributiva de renda e de poder, e não somente distributiva. Buscar ser emancipatória, proporcionando às pessoas autonomias política e econômica. E, por fim, buscar a equidade das oportunidades, incentivadora de projetos próprios de desenvolvimento em cada cidadão e comunidade.

Ficou claro, no decorrer desta pesquisa, que embora a letra da lei preveja igualdade, isonomia, universalidade, integralidade, saúde para todos, enfim, a prática

só garante tudo isso para os mais ricos, que podem adquirir a cidadania plena dentro do limite quase ilimitado de suas contas bancárias. Os mais pobres assistem às auras de cada novo dia com menos oportunidades, menos caminhos, até mesmo menos conhecimento do que têm de menos. A exclusão da saúde é apenas um aspecto da constante negação do reconhecimento desses seres humanos como sujeitos.

Este trabalho não se propôs a construir um modelo que resolvesse todos os problemas que apontou – nem mesmo a apontar todos eles. Mas, das discussões travadas, surgiram perspectivas e inquietações que podem dar vazão a novas pesquisas na área. Assim como a judicialização da saúde é um fenômeno global, também é a dificuldade quanto a quem deve decidir sobre a alocação de recursos para esse setor. Desta forma, há muito ainda a ser trabalhado para alcançarmos melhores soluções em sede de políticas públicas de saúde. Eis aqui, à guisa de conclusão, algumas perguntas finais.

Será que, como sociedade e do ponto de vista ético-moral, podemos continuar dividindo as pessoas em duas categorias, onde somente uma possui direitos e é tratada como sujeito, enquanto a outra é relegada às sarjetas, como mero predicado, útil apenas na medida em que for produtiva/lucrativa? Permitida a ter saúde apenas na medida em que puder pagar por ela? Ou seja, deve o poder econômico ser o fator determinante sobre quem tem e quem não tem direitos realmente efetivados? (Fenômeno da modernidade?)

Quem deve decidir sobre onde melhor alocar recursos para a saúde? Os Poderes Executivo e Legislativo, com todos os problemas de permeabilidade democrática que apresentam? O mercado, o mais frágil de todos do ponto de vista da igualdade de acesso e oportunidades de influência? O Poder Judiciário, seja através do processo individual, seja através do coletivo, com todas as deturpações que proporciona ao SUS? Os conselhos de saúde, com suas limitações de ingresso e efetiva influência nas políticas públicas? E que sujeitos estarão por trás dessas instituições, fazendo tais escolhas? Serão eles sujeitos éticos-morais, a reconhecer os demais cidadãos como outros sujeitos éticos-morais, e por isso titulares de direitos humanos?

Mais que isso, a pergunta que emerge deste trabalho, acima de todas, é: que Estado queremos para quase-seres-humanos? Ou, antes, como Hamlet, pelo menos concluamos simplesmente que “há algo de podre no reino da Dinamarca.”⁸²

⁸² Ver SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Ato I, Cena IV. Tradução de Millôr Fernandes. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 2004. (Obra original de 1601)

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique et al. **Política social e combate à pobreza**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 4ª ed., 1998, p. 33-63.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 85-179.
- AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Da conversão da ação individual em coletiva no novo CPC**. Disponível em <http://www.adepes.com.br/Arquivo/Documents/PUB/6_11_2013_Artigo_Amaral_Da%20conversao%20da%20acao%20individual%20em.pdf> Acesso em 22 mar. 2015.
- ARENDDT, Hannah. **Desobediência Civil**. In: **Crises da República**. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 51-90. (Publicado originalmente em 1973)
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2001. (publicado originalmente em 350 a.C.)
- AVRITZER, Leonardo, MARONA, Marjorie e GOMES, Lilian (org.). **Cartografia da Justiça no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANCO MUNDIAL. **Documento Técnico número 319. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma**. Washington DC, 1996. (Tradução Sandro Eduardo Sardá). Disponível em <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>> Acesso em 21 abr. 2015.
- _____. **Poverty and Health**. Publicado em 25 ago. 2014. Disponível em <<http://www.worldbank.org/en/topic/health/brief/poverty-health>> Acesso em 08 fev. 2015.
- BARROS FILHO, Clóvis de & DAINEZI, Gustavo Fernandes. **Devaneios sobre a atualidade do Capital**. Porto Alegre: CDG, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio à obra "interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público"**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- _____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Rio de Janeiro, 2007.
- BAUMOL, William. **We can have it all: Why health care will still be affordable**. Publicado em novembro de 2012. Disponível em <<http://www.irpp.org/en/po/come-together/the-wonk-we-can-have-it-all-why-health-care-will-still-be-affordable/>> Acesso em 10 jul. 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Presente e Futuro dos direitos do homem.** In: **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25-45.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 11 ed. Brasília: UNB, 1998, v. 1.

BORÓN, Atílio. A Sociedade Civil Depois do Dilúvio Neoliberal. In: SADER, Emir.(Org.) **Pós-Neoliberalismo - as políticas sociais e o estado democrático.** São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1998.

BOURDIEU, Pierre. **La Domination Masculine.** Paris: Éditions du Seuil, 1998: 11-35.

BRASIL. **Constituição.** Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 12 jun. 2013.

_____. **Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012.** Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jan. 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm Acesso em 22 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45-9/2004.** Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf> Acesso em 11 ago. 2014.

_____. Ministério da Saúde. **DATASUS.** Disponível em <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=02>> Acesso em 20 fev. 2015.

_____. Controladoria Geral da União. **Portal da Transparência.** Disponível em <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/controlesocial/ConselhosMunicipaiseControlSocial.asp>> Acesso em 22 mar. 2015.

_____. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. **Função Social dos Tributos / Programa Nacional de Educação Fazendária.** 4 ed. Brasília-DF: ESAF, 2009.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Colapso da modernização ou crise cíclica?** Novos Estudos CEBRAP, 36, julho de 1993, p. 42-48.

CAMPOS, Gastão Wagner de Souza. **O SUS entre a tradição dos Sistemas Nacionais e o modo liberal-privado para organizar o cuidado à saúde.** Rio de Janeiro: Revista Ciência & Saúde Coletiva, 12(Sup), 2007, p. 1865-1874.

CANADÁ. **Lalonde Report (A New Perspective of the Health of Canadias).** Ottawa: Department of National Health and Welfare, 1974.

CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003, 7ª edição.

CARVALHO, Antonio Ivo de. **Conselhos de Saúde no Brasil: participação cidadã e controle social.** Rio de Janeiro: Fase, 1995.

CAVALCANTI, Vanessa & SILVA, Antonio Carlos da. **Crise Global. Reflexões sobre a sociedade do espetáculo ao ritmo do capital.** Portuguese Studies Review, 18 (2), 2011, p. 129-151.

CHAUÍ, Marilena. **Público, privado e despotismo.** In: **NOVAES, Adauto (org.). Ética – vários autores.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 488-557.

CIARLINI, A.L.de A.S. **Direito à Saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2013.

COASE, Ronald. **The Problem of Social Costs.** Journal of Law and Economics, out. 1960.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** In: Revista de Informação Legislativa, nº 138, abril/junho, p. 39-48.

CORDEIRO, Maria Leiliane Xavier. **Bioética: temas persistentes e emergentes. Judicialização da Saúde: desafios emergentes e persistentes.** Publicado em 2008. Disponível em <http://portal.cjf.jus.br/cjf/banco-de-conteudos-1/bioetica-temas-persistentes-e-emergentes/at_download/upload> Acesso em 07 abr. 2014.

CORREIA, Maria Valéria Costa. **Controle Social na Saúde.** In: Serviço Social e Saúde: Formação e trabalho profissional. São Paulo: Cortez, 2006.

CRISTO, Solange Conceição Albuquerque de. **Controle Social: uma análise de conselhos de saúde.** Curitiba: Editora CRV, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais.** [s.d.] Disponível em < <http://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior.>> Acesso em 05 abr. 2013.

_____. **Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DALLARI, Dalmo. **Constituição e Constituinte.** São Paulo: Saraiva, 1980.

DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2000.

D'ESPÍNDOLA, Thereza C. de A. S. **Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas.** Revista Bioética, 2013; 21 (3): 438-447.

DONIZETTI, Elpídio. **Processo Coletivo.** Entrevista concedida ao Jornal Carta Forense, publicada em 04 jan. 2011. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/processo-coletivo/6436> Acesso em 04 mai. 2014.

DURAN-FERREIRA, Camila. **O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o Caso AIDS.** Monografia vencedora do Concurso IPEA-CAIXA, 2004.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review.** Cambridge: Harvard University Press, 2002.

EVANS, R.G., BARER, M.L. e MARMOR, T.R. **Why are some people healthy and others not?** New York: Aldine de Gruyter, 1994.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Fundamentos de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2003.

FERRARESI, Eurico. **Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo.** São Paulo: Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante.** Publicado em 2009. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf Acesso em 11 jul. 2013.

_____. **Pesquisa em foco: Judicialização da saúde | Uma análise empírica do fenômeno.** São Paulo: FGV, 2013. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/en/node/71963>> Acesso em 03 fev. 2015.

_____. **Direito à saúde, escassez e o Judiciário.** São Paulo: Folha de São Paulo, 10 ago., 2007. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1008200709.htm>> Consulta em 06 fev. 2015.

FRANCO, Gustavo. Prefácio, in TIM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FRASER, Nancy. **Scales of Justice: reimagining political space in a globalizing world.** Columbia University Press, 2008.

FREITAS, Juarez. **O Conteúdo dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2004.

FURTADO, Celso. **Metamorfoses do capitalismo.** discurso por ocasião do recebimento do título de Doutor Honoris Causa pela UFRJ, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa.** São Paulo: Atlas, 2002, 4ª edição.

GOIÁS, Secretaria da Fazenda. **Curiosidades**. Publicado em 2012. Disponível em <<http://aplicacao.sefaz.go.gov.br/index.php/post/ver/142368/curiosidades>> Acesso em 14 abr. 2015.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere: Maquiavel – notas sobre o Estado e a política**. Edição e tradução de Carlos Nelson Coutinho; coedição Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, v. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964/1969>>. Acesso em 02 abr. 2014.

GUTIERREZ, D. M. D. e MINAYO, M. C. de S. **Família, Redes Sociais e Saúde: o imbricamento necessário**. Florianópolis: Fazendo Gênero 8 – Corpo, Violência e Poder, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Moral Consciousness and Communicative Action**. Cambridge: Polity Press, 1983.

HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. **A Produção Capitalista do Espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.

HERTZMAN, C., FRANK, J. & EVANS, G. **Heterogeneities in Health Status and the Determinants of Population Health**. In: Evans, R., Barer, M. * Marmot, T. **Why are some people healthy and others not: the determinants of the health of populations**. New York: Aldine de Gruyter, 1995, p. 67-HERZLICH, Claudine. A problemática da representação social e sua utilidade no campo da doença. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 14(2):383-394, 2004.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

HONNETH, Axel e FRASER, Nancy. **Redistribution or recognition? A political-philosophical Exchange**. London/New York: Verso, 2003.

HUTTON, Will. **Inequality has become a challenge to us as moral beings**. Disponível em <http://www.theguardian.com/books/2015/jan/25/inequality-has-become-challenge-how-good-we-can-be-extract-will-hutton?CMP=fb_qu> Consulta em 26 jan. 2015.

KAFKA, Franz. **A Metamorfose**. São Paulo: Companhia das Letras, 1985.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Um projecto filosófico. Covilhã: Lusosofia Press, 2008. (Edição Original de 1795)

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 9ª Ed. Revista. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KOMESAR, Neil K. **In search of a general approach to legal analysis: a comparative institutional alternative**. Michigan: Michigan Law Review, vol. 79,

1981.

_____. **Imperfect Alternatives – Choosing Institutions in law, Economics and Public Policy**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

KURZ, Robert. **O Fim da Economia Nacional (Perdedores Globais)**. Publicado em 01 out. 1995. Disponível em <http://obeco.planetaclix.pt/rkurz39.htm> Acesso em 12 mar. 2014.

_____. **Os últimos combates**. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Razão Sangrenta. 20 teses contra o chamado Iluminismo e os “valores ocidentais”**. São Paulo: Hedra, 2010.

_____. **Estatismo e Monetarismo no processo histórico da modernidade**. In: **O Colapso da Modernização**. São Paulo: Paz e Terra, 1992, p. 30-67.

LALONDE, M. **A new perspective on the health of Canadians. A working document**. Ottawa: Government of Canada, 1974.

LASCALA, M.C.F. e FREITAS, R.S. **Sentenças judiciais que condenam o Estado brasileiro à realização de políticas públicas**. Franca: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 3, n. 3, 2010. Disponível em <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/89> Acesso em 23 mai. 2014.

LEAL, Mônia C. H. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônica C. H. e ALVES, Felipe D. **A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO DIREITO: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens**. Rio Grande do Sul, UNISC: XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Princípios jurídicos fundamentais do novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. [s.d] Disponível em <<http://nebula.wsimg.com/4ab56406043707b4d8abab432cccb92e?AccessKeyId=9FD0C609CD162FC982F4&disposition=0&alloworigin=1>> Acesso em 05 abr. 2015.

LIRA, Daniel Ferreira de. **Breves notas sobre os princípios informativos do processo coletivo brasileiro**. Publicado em mar. 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/21790/breves-notas-sobre-os-principios-informativos-do-processo-coletivo-brasileiro#ixzz3RAZOD7gl>> Acesso em 08 fev. 2015.

LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História (Lições Introdutórias)**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOSANO, Mario G. **Direito Internacional e Estado Soberano**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARINHO, Carolina Martins. **Justificabilidade dos Direitos Sociais: Análise de**

Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga.** Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>> Acesso em 16 mar. 2015.

MARMOT, M.G. **Social Inequalities in Mortality: The Social Environment. In: Class and Health: Research and Longitudinal Data.** Londres: Tavistock, 1986, p. 21-33.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and social class and other essays.** Cambridge: CUP, 1950.

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte.** (Tradutor: Nélio Schneider) São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

MASSA-ARZABE, P. H. **Dimensão jurídica das políticas públicas.** In: BUCCI, M.P.D. (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 22.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MERRIL, Thomas. **Institutional Choice and Political Faith.** Law and Social Inquiry, v. 22, n. 4, 1997.

MOTTER, Denise Galhardi e ALVES, Jolinda de Moraes. **Construção do princípio de integralidade: percepções e ações desencadeadas pela equipe de saúde da família quanto às demandas sociais apresentadas no município de Londrina-PR.** Paraná: Serviço Social em Revista, v. 8, n. 2, 2006.

NAVARRO, Eduardo. **Trajetória, limites de desafios do controle social do SUS.** Rio de Janeiro: Revista do Centro Brasileiro de Estudos da Saúde, v. 30, n. 73/74, mai/dez. 2006.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Um Gramsci todo dedicado à política. In: FERREIRA, Oliveiros S. **Um pensador da Política.** São Paulo: Humanitas Publicações, 1999, p. 133-156.

_____. **Um Estado para a Sociedade Civil: temas éticos e políticos da gestão democrática.** 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

OLIVEIRA, Djalma de P. R. de. **Planejamento Estratégico.** 31ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Global Health Observatory (GHO) data.** Disponível em <<http://www.who.int/>> Acesso em 20 fev. 2015.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional Sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PARADA, Eugenio Lahera. **Política y Políticas Públicas**. In: *Políticas Públicas*. Org. SARAVIA, Enrique & FERRAREZI, Elizabete. Brasília: ENAP, 2007, p. 67-96.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996. (Edição original de 1906)

POSNER, Richard A. **Economics Analysis of Law**. New York: Little & Brown, 1992.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Wendson. Condições da ação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3781, 7 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25723>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

RIOS, Érica. **REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO CAPITALISMO À LUZ DAS SETE ESFERAS DA TEORIA CRÍTICA DE DAVID HARVEY**. Salvador: Semana de Mobilização Científica UCSal, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo, PÜSCHEL, Flavia Portella e MACHADO, Marta R. de Assis. **O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia**. 3º Congresso Latino Americano de Ciência Política. Campinas: ALACIP – Associação Latino Americana de Ciência Política, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Victor Civitas, v. XXIV, 1973.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Estado social, estado providência e de bem-estar**. Publicado em 30 dez. 2012. Disponível em <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Estado-social-estado-providencia-e-de-bem-estar/6/26294>. Acesso em 17 de janeiro de 2013.

SANTOS, Lenir. **A desconstrução do SUS**. Publicado em 05 nov. 2010. Disponível em <<http://www.conasems.org.br/index.php/comunicacao/artigos/164-a-desconstrucao-do-sus-por-lenir-santos>> Acesso em 20 fev. 2015.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **A trágica condição da política social**. In: SEGATTO, Cristiane. **O Paciente de R\$ 800 mil**. Reportagem publicada na Revista Época 16 mar. 2012. Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>> Acesso em 06 dez. 2013.

SCHÖNBERG, Claude-Michel. **Les Misérables: At the end of the day**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=beJzmP8BfYM>> Acesso em 24 mar. 2015.

SCHRAMM, F. Roland. Da Bioética “Privada” à Bioética “Pública”. In: FLEURY, Sonia (org.). **Saúde e democracia: a luta do CEBES**. São Paulo: Lemos Editorial, 1997, p. 227-238.

SEN, Amartya. **Markets and freedom: Achievements and limitations of the market mechanism in promoting individual freedoms**. New York: Oxford Economic Papers 45 (4), 1993, p. 519–541.

_____. **A idéia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Tradução de Millôr Fernandes. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 2004. (Obra original de 1601)

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Tese – titularidade. São Paulo: USP, 2005.

STARCK, Christian (org.) **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. Tübingen: Mohr Siebeck GmbH & Co. K, 1984.

STIGLER, G.J. **The Theory of Economic Regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science 2, 1971.

STODDART, Greg. L. **The challenges of producing Health in modern economies**. Ontario: CENTRE FOR HEALTH ECONOMICS AND POLICY ANALYSIS (CHEPA) – McMaster University, 1995, Working Paper Series 95-15.

STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como Voz Institucional dos Pobres: o Caso das Demandas Judiciais de Medicamentos**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

THOREAU, Henry David. **Desobediência Civil**. São Paulo: Aquariana, 2002. (Publicado originalmente em 1849)

TOMAS, Stanislovas. **Le Rituel Chamanique de la Cour Européenne de Justice**. Paris: Universidade de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2006.

VERBA, S. **Voice and equality: civic voluntarism in American Politics**. Cambridge University Press, 1996.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**: a study about the conditions that make it possible. São Paulo: Rev. Direito GV, v. 4, n. 2, Dec. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 ago. 2014.

TEIXEIRA, Eleonaldo. **O local e o global**: limites e desafios da participação cidadã. São Paulo: Cortez, 2001.

TOMAS, Stanislovas. **Le Rituel Chamanique de la Cour Europeenne de Justice**. Publicado em 03 de novembro de 2006. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=970432> Acesso em 01 abr. 2014.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2006.

VIEIRA JUNIOR, R.J.A. **A Advocacia Pública Consultiva Federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia Geral da União**. Brasília: Revista da Advocacia Geral da União, Ano VIII, n. 19. jan/mar 2009, p. 9-40.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Bioética e direito: aspectos da interface. Desafios e perspectivas de um chamado biodireito**. Revista Bioethikos. Centro Universitário São Camilo, 2012; 6(1):89-100.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. (Tradução de José Marcos Mariani de Macedo). São Paulo: Companhia das Letras, 2004. (publicado originalmente em 1904)

WELCH V, PETTICREW M, TUGWELL P, MOHER D, O'NEILL J, et al. (2012) **PRISMA-Equity 2012 Extension: Reporting Guidelines for Systematic Reviews with a Focus on Health Equity**. PLoS Med 9(10): e1001333. doi:10.1371/journal.pmed.1001333, 30 out. 2012.

ANEXO



Érica Rios <ericariosc@gmail.com>

Pedido de informação

2 mensagens

CENTRO DE APOIO Defesa da Saúde <cesau@mpba.mp.br>
Para: "ericariosc@gmail.com" <ericariosc@gmail.com>
Cc: Adriana da Conceicao Trindade Beserra <adry@mpba.mp.br>

30 de setembro de 2014 09:10

Prezada Senhora,

Em resposta ao pedido de informação da existência de Ações Cíveis Públicas tendo como objeto a garantia do direito à saúde, comunico que lamentavelmente este Centro de Apoio não dispõe de dados quantitativos, visto que essas informações são encaminhadas, pelos promotores de Justiça, diretamente à Corregedoria Geral do Ministério Público mediante formulário eletrônico.

Atenciosamente,

Ana Lúcia
Assistente Técnico-Administrativo
CESAU

Missão do MPBA: Defender a sociedade e o regime democrático para garantia da cidadania plena.

Érica Rios <ericariosc@gmail.com>
Para: ouvidoria@mpba.mp.br

30 de setembro de 2014 13:23

Prezados, boa tarde.

No dia 09/04/2014 enviei a solicitação nº 507 à Ouvidoria do MP-BA, com o texto abaixo:

*Prezados,**Sou advogada e mestranda em Políticas Sociais e Cidadania na UCSal. Meu tema de pesquisa é a judicialização de políticas públicas de saúde e seus impactos na isonomia entre os cidadãos.**No intuito de complementar minha pesquisa, venho solicitar dados referentes à existência de Ações Cíveis Públicas tendo como objeto a garantia do direito à saúde pela União, Estado e/ou Municípios. A princípio, gostaria de saber:*

- Quantas ações dessa natureza existem desde 2008?
- Quais os seus pedidos?
- Quando foram ajuizadas?
- Quantas foram procedentes (já com trânsito em julgado?)
- Quantas foram improcedentes (já com trânsito em julgado?)
- Qual o total de Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo MP/BA entre 2008 e 2014 (com qualquer tipo de pedido, só para eu poder comparar o total com a parcela referente ao direito a saúde)?

Agradeço desde já!

Após mais de 5 meses de espera, recebi a resposta encaminhada abaixo:

----- Mensagem encaminhada -----

<https://mail.google.com/mail/u/1/?ui=2&ik=ad8cd4ebf5&view=pt&q=mpba&qs=true&search=query&th=148c67845651d4b1&dsqt=1&siml=148c67845651d...> 1/2

20/02/2015

Gmail - Pedido de informação

De: **CENTRO DE APOIO Defesa da Saúde** <cesau@mpba.mp.br>
 Data: 30 de setembro de 2014 09:10
 Assunto: Pedido de informação
 Para: "ericariosc@gmail.com" <ericariosc@gmail.com>
 Cc: Adriana da Conceicao Trindade Beserra <adry@mpba.mp.br>

Prezada Senhora,

Em resposta ao pedido de informação da existência de Ações Cíveis Públicas tendo como objeto a garantia do direito à saúde, comunico que lamentavelmente este Centro de Apoio não dispõe de dados quantitativos, visto que essas informações são encaminhadas, pelos promotores de Justiça, diretamente à Corregedoria Geral do Ministério Público mediante formulário eletrônico.

Atenciosamente,

Ana Lúcia
 Assistente Técnico-Administrativo
 CESAU

Missão do MPBA: Defender a sociedade e o regime democrático para garantia da cidadania plena.

Assim sendo, peço que a solicitação seja encaminhada à Corregedoria, para que eu possa utilizar os dados na minha pesquisa acadêmica, que deve se estender e aprofundar no Doutorado.

Agradeço desde já.

Att.

Érica Rios de Carvalho
OAB/BA 30.680
Tels.: (71) 9662-1466 / (71) 3332-1909



Érica Rios <ericariosc@gmail.com>

Solicitação 507

1 mensagem

Corregedoria <corregedoria@mpba.mp.br>
 Para: "ericariosc@gmail.com" <ericariosc@gmail.com>

29 de outubro de 2014 15:54

Prezada,

Em atenção ao pedido de informação realizado perante a Ouvidoria do MPBA (Solicitação 507), esclareço que este órgão correicional não dispõe dos dados solicitados relativamente às Ações Cíveis Públicas.

Att,

Apoio Técnico
 Corregedoria-Geral

Missão do MPBA: Defender a sociedade e o regime democrático para garantia da cidadania plena.