

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

ARNALDO VIEIRA SOUSA

A RACIONALIDADE DECISÓRIA NO ÂMBITO DA SAÚDE NO MARANHÃO:
análise e discussão das tutelas judiciais entre 2009 e 2018

São Luís
2020

ARNALDO VIEIRA SOUSA

A RACIONALIDADE DECISÓRIA NO ÂMBITO DA SAÚDE NO MARANHÃO:

análise e discussão das tutelas judiciais entre 2009 e 2018

Tese apresentada ao Programa de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão para defesa com vistas à obtenção do título de Doutor em Políticas Públicas

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Maria da Costa Gonçalves

São Luís
2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Vieira Sousa, Arnaldo.

A racionalidade decisória no âmbito da saúde no Maranhão: análise e discussão das tutelas judiciais entre 2009 e 2018 / Arnaldo Vieira Sousa. - 2020.

118 f.

Orientador(a): Cláudia Maria da Costa Gonçalves.

Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2020.

1. Direito à Saúde. 2. Judicialização da Saúde. 3. Poder Judiciário maranhense. I. da Costa Gonçalves, Cláudia Maria. II. Título.

ARNALDO VIEIRA SOUSA

A RACIONALIDADE DECISÓRIA NO ÂMBITO DA SAÚDE NO MARANHÃO:

análise e discussão das tutelas judiciais entre 2009 e 2018

Tese apresentada ao Programa de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão para defesa com vistas à obtenção do título de Doutor em Políticas Públicas

Aprovada em: ___/___/2020

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Cláudia Maria da Costa Gonçalves
Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Doutora em Políticas Públicas pela UFMA

Dra. Salviana de Maria Pastor Santos Sousa (UFMA)

Dra. Cristina Costa Lima (UFMA)

Dra. Ana Teresa Silva de Freitas (UFMA)

Dr. Marcos Antônio Barbosa Pacheco (UNICEUMA)

Ao Sistema Único de Saúde

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e meu irmão, por todo apoio e suporte ao longo de todos os anos. Não chegaria até aqui sem o suporte incondicional de vocês.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, em especial à minha Orientadora, professora Cláudia Maria da Costa Gonçalves, pela dedicação à educação e pelo cuidado na formação humana de tantos mestres e doutores.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, por seu auxílio e prontidão na resolução dos problemas dos alunos do programa.

Aos meus amigos de turma, pelos momentos de descontração, apoio, debates e por tanto enriquecerem os dias de convivência.

A tantos amigos e amigas, representados aqui por Ruan Didier, pelo auxílio, trocas de ideias, leituras críticas e por ajudarem na construção cotidiana do autor desta pesquisa.

O Ingênuo

Cada aurora (nos dizem) maquina maravilhas
Capazes de torcer a mais firme fortuna;
Há pegadas humanas que mediram a lua
E a insônia devasta os anos e as milhas.
Espreitam no azul públicos pesadelos
Que entenebrecem o dia. Não há no orbe uma
Coisa que não seja outra, ou contrária, ou nenhuma.
A mim só inquietam os espantos singelos.
Assombra-me que a chave tenha uma porta aberto,
Assombra-me que minha mão seja um fato certo,
Assombra-me que do grego a eleática seta
Instantânea não alcance a inalcançável meta,
Assombra-me que a espada cruel seja formosa,
E que a rosa tenha o perfume da rosa.

(Jorge Luís Borges, de "A moeda de ferro", 1976)

RESUMO

A judicialização do direito à saúde é um fenômeno crescente no Brasil. A presente tese pretende pesquisar acerca dos critérios de racionalidade utilizados nas decisões do Poder Judiciário referentes ao direito à saúde no Estado do Maranhão, no tocante à concessão de tratamentos médicos e medicamentos por parte do Sistema Único de Saúde. Para isso, serão objeto da pesquisa as medidas judiciais deferidas nos anos de 2009 a 2018. O ponto de partida será a análise da formação da judicialização da política no país, a partir dos problemas da administração das políticas públicas no Brasil, partindo-se para a análise do conceito de direito à saúde como direito fundamental, para, finalmente, abordar-se as principais teorias acerca da racionalidade decisória, com vistas à análise das tutelas de saúde deferidas no período supracitado. Em conclusão, os critérios de racionalidade encontrados nas decisões judiciais carecem de fundamentação mais ampla relacionada à consecução de efetivação do direito à saúde em seu aspecto coletivo.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Direito à Saúde. Poder Judiciário maranhense.

RESUMEN

La judicialización del derecho a la salud es un fenómeno creciente en Brasil. La presente tesis pretende investigar sobre los criterios de racionalidad utilizados en las decisiones del Poder Judicial con respecto al derecho a la salud en el Estado de Maranhão, con respecto a la concesión de tratamientos médicos y medicamentos por el Sistema Único de Salud. Con este fin, las medidas judiciales otorgadas en los años 2009 a 2018 serán objeto de la investigación. El punto de partida será el análisis de la formación de la judicialización de la política en el país, a partir de los problemas de la administración de políticas públicas en Brasil, comenzando con el análisis del concepto del derecho a la salud como un derecho fundamental, para abordar finalmente Las principales teorías sobre la racionalidad de la toma de decisiones, con el objetivo de analizar la protección de la salud otorgada en el período mencionado. En conclusión, los criterios de racionalidad encontrados en las decisiones judiciales carecen de una base más amplia relacionada con el logro de la realización del derecho a la salud en su aspecto colectivo.

Palabras-clave: judicialización de la salud, derecho a la salud, poder judicial de Maranhão.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2. FORMAÇÃO DA POLÍTICA OCIDENTAL E A QUESTÃO SOCIAL.....	17
2.1 O que é Política?.....	17
2.2 Inserção da vida, da questão social e da saúde na política ocidental	21
3. CORPO, DOENÇAS E O CONCEITO DE SAÚDE	30
3.1 O corpo no ocidente	31
3.2 Doenças.....	35
3.3 Do conceito de saúde e do direito à saúde	40
3.4 A construção dos direitos fundamentais sociais no Brasil	44
3.5 Os direitos fundamentais sociais	48
4. BUROCRACIA, RACIONALIDADE DECISÓRIA EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	53
4.1 Burocracia e racionalidade decisória em políticas públicas.....	54
4.2 Poder Judiciário brasileiro e judicialização da saúde.....	67
5. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM FACE DO ESTADO DO MARANHÃO ENTRE OS ANOS DE 2009 E 2018.....	72
5.1. Metodologia da pesquisa de campo	72
5.1.1 Análise dos relatórios Justiça em Números e “Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução” ..	75
5.1.2 Análise dos processos judiciais relacionados à saúde pública e ajuizados nas Varas de Fazenda Pública e Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca de São Luís	76
5.1.3 Análise de entrevistas semi-estruturadas.....	78
5.2 Da pesquisa de dissertação do autor	79
5.2.1 As ações com pedido de medicamentos	82
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

A cada dia, mais pessoas têm buscado o acesso aos tratamentos médicos através do Poder Judiciário – fenômeno conhecido como “judicialização da saúde”. Conforme levantamento parcial realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2010, as demandas judiciais referentes ao setor de saúde aumentaram em todo o país. Nesse levantamento, foram apurados os processos existentes em 20 tribunais brasileiros, chegando ao resultado parcial de 112.324 processos abertos (MARANHÃO, 2010). Tais demandas têm alcançado um crescimento considerável, se verificado que, em 2011, chegaram a 240.980 (BRASIL, 2011) e em 2014, a 392.921 processos (BRASIL, 2014).

Em 2016, conforme levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça, foram 1.346.931 processos referentes à saúde, sendo destes 312.147 para fornecimento de medicamentos por parte do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2017).

Dentre estes, estão inclusos processos referentes a planos de saúde, contudo, a maior parte diz respeito ao acesso a medicamentos e procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde, assim como vagas em hospitais públicos, ou até mesmo privados, sob o custeio do Estado.

O quadro a seguir apresenta a quantidade de processos judiciais relacionados à judicialização da saúde em 2016¹:

Relatório Justiça em Números 2017	
Tipos de processos	Quantidade de processos
Saúde (direito administrativo e outras matérias de direito público)	103.907
Fornecimento de medicamentos – SUS	312.147

¹ Dados do Relatório Justiça em Números 2017, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017) e compilados em tabela encontrada no endereço: <https://blog.ipog.edu.br/saude/judicializacao-da-sade-em-numeros/>

Tratamento médico-hospitalar – SUS	98.579
Tratamento Médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos – SUS	214.947
Assistência à Saúde	28.097
Ressarcimento ao SUS	3.489
Reajuste da tabela do SUS	2.439
Convênio médico com o SUS	1.037
Repasse de verbas do SUS	786
Terceirização do SUS	676
Planos de saúde (direito do consumidor)	427.267
Serviços hospitalares – Consumidor	23.725
Planos de saúde (benefício trabalhista)	56.105
Doação e transplante órgãos/tecidos	597
Saúde mental	4.612
Controle social e Conselhos de saúde	2.008
Hospitais e outras unidades de saúde	8.774
Erro médico	57.739
TOTAL	1.346.931

A tutela jurisdicional desse direito tem crescido em todo o país e mostra-se ainda mais marcante que a de qualquer outro direito social pelo envolvimento direto entre a decisão a ser tomada pelo juiz e a manutenção da própria vida do autor da demanda judicial. Com isso, diferentemente de ações judiciais relacionadas com outros direitos sociais, os juízes se veem quase na impossibilidade de denegar o pedido, sob o risco de ter em suas mãos a responsabilidade pelo falecimento ou agravamento da doença de outro ser humano.

Na pesquisa realizada durante o mestrado no Programa de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão, defendida em 2013, este autor efetuou uma análise da judicialização da saúde no Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010, fazendo o levantamento das principais críticas à judicialização da saúde na literatura especializada e de como estas são ou não pertinentes à realidade maranhense.

Foram encontrados 181 processos referentes à tutela da saúde em face do Poder Público nos anos de 2009 e 2010, sendo todos com deferimento dos pedidos (SOUSA, 2013).

Isso manteve no autor a curiosidade para pesquisa no tema, considerando, ainda, que parte dos medicamentos solicitados nas ações judiciais encontravam-se nas Relações Nacionais de Medicamentos Essenciais tanto de 2008 quanto de 2010, o que implica dizer que deveriam ser disponibilizados gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde sem que houvesse a necessidade de propositura de ação judicial.

Por fim, observou-se a presença de diversas decisões em que os medicamentos foram concedidos pelo seu nome de mercado e não a partir do princípio ativo, o que significa aumento de gastos por parte do Estado, sem que haja a necessária racionalização dos custos.

Assim, a pesquisa da dissertação apontou que o Judiciário maranhense sempre deferiu os pedidos, sem qualquer tipo de ressalvas técnicas acerca da forma de concessão dos medicamentos.

De outro lado, a judicialização da saúde, por seu crescimento vertiginoso, tem ocupado a agenda pública da saúde brasileira pós-constituente de maneira cada vez mais forte, recebendo sérias críticas.

O Poder Judiciário de todo o país tem se voltado para a discussão sobre a judicialização da saúde, de modo a estabelecer as balizas para o deferimento dos tratamentos médicos pela via judicial e limitar a sua própria atuação, na tentativa de adequá-la tanto à efetivação do direito à saúde dos autores das demandas judiciais quanto à necessidade de sustentabilidade do Sistema Único de Saúde.

Visando a isso, o Conselho Nacional de Justiça criou, em agosto de 2010, o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde, que tem como objetivo “a elaboração de estudos e a proposição de medidas e normas para o aperfeiçoamento de procedimentos e a prevenção de novos conflitos judiciais na área da saúde” (BRASIL, 2010a).

Tal fórum teve seu primeiro encontro realizado em novembro do mesmo ano e na Declaração de sua finalização, os magistrados, advogados, juristas e especialistas da saúde reunidos no encontro consignaram que: “a atuação do Poder Judiciário é de crucial importância para o resgate efetivo da cidadania e realização do direito fundamental à saúde, ainda que se argumente que do seu exercício advenham tensões perante os gestores e executores das políticas públicas” (BRASIL, 2010b).

Do mesmo modo, o Conselho Nacional de Justiça realizou, em 2014 e 2015, a I e a II Jornadas da Saúde, em que foram elaborados enunciados interpretativos na tentativa de guiar os juízes a uma análise mais criteriosa e racional dos processos;

Conforme reconhece o próprio Conselho Nacional de Justiça, muito se tem argumentado no sentido de que o deferimento dos tratamentos médicos pela via judicial passou a ser um entrave às políticas públicas de saúde.

Esse argumento pode ser encontrado nas defesas judiciais dos entes estatais nas demandas a que são chamados a responder, em geral sob a forma da invocação do princípio da reserva do possível, mas também pode ser

visto nas discussões travadas pelo Superior Tribunal de Justiça e até mesmo no discurso de parlamentares, como o Senador Tião Viana (filhado ao Partido dos Trabalhadores do Acre), que entende a tutela jurisdicional da saúde como “temerosa”, pela tendência de substituir um pensamento técnico e político de gestão da saúde pela decisão de um juiz (BRASIL, 2010c).

No Estado do Maranhão, o Poder Judiciário também já tem demonstrado sua preocupação com a temática. Em setembro de 2010, a Escola Superior da Magistratura do Maranhão realizou o Curso de Saúde e Saúde Suplementar, com o objetivo de aproximar os magistrados maranhenses das demandas atuais do Poder Judiciário em relação ao acesso à saúde e ao tratamento médico, bem como da realidade em que se encontra a saúde pública em nosso Estado. Após isso diversos eventos foram realizados no âmbito local a esse respeito, a exemplo do I Seminário de Políticas Públicas de Saúde, realizado pela Escola Superior de Magistratura do Maranhão, ocorrido em 2017.

Contudo, apesar das preocupações com a temática, o Poder Judiciário maranhense ainda se encontra distante de um procedimento padronizado de concessão ou negativa das tutelas de saúde, surgindo daí a ideia de enfrentar o presente tema e pesquisar o assunto, de modo a analisar e tentar responder à pergunta: qual o critério de racionalidade decisória utilizado pelo Poder Judiciário maranhense na análise e enfrentamento da judicialização da saúde?

Assim é, que a pesquisa, em seu primeiro capítulo, fará uma contextualização bibliográfica acerca da questão política no ocidente, de modo a entender como a vida se articula enquanto conceito fundamental na perspectiva política e jurídica do ocidente.

No segundo capítulo, a pesquisa partirá da análise da discussão acerca do corpo e da doença no ocidente, de modo a seguir o fio que conduz até o conceito e configuração do direito à saúde enquanto um direito fundamental social e suas implicações do ponto de vista coletivo e individual, tal qual pautadas na agenda pública brasileira, em referência ao debate da judicialização.

A abordagem feita no terceiro capítulo dirá respeito à racionalidade decisória do Poder Judiciário em cotejo com a burocracia e a racionalidade típica

da perspectiva da formulação de políticas públicas no âmbito do Poder Executivo, mormente no que diz respeito à saúde.

Por fim, o último capítulo analisará as tutelas judiciais relacionadas à saúde deferidas pelo Poder Judiciário maranhense nas ações movidas em face do Estado do Maranhão entre os anos de 2009 e 2018, de modo responder ao problema proposto, acerca dos critérios decisórios adotados.

Para tanto, levantar-se-á as principais argumentações trazidas nas decisões judiciais, fazendo-se uma análise se estas seguem ou não as diretrizes elencadas pelo Conselho Nacional de Justiça ao longo dos anos, além da utilização de entrevista dos atores envolvidos.

As diretrizes do Conselho Nacional de Justiça foram escolhidas, principalmente, em razão de terem sido objeto de discussões e audiências públicas sobre a temática e de se coadunarem com a perspectiva de racionalização do procedimento de deferimento das tutelas judiciais.

Para a análise a ser feita na presente tese, serão considerados diversos procedimentos de pesquisa, que permitam compreender a dinâmica dos interesses dos diversos agentes, dentro de seus contextos, considerando, ainda, a abordagem qualitativa na interpretação do que representa o deferimento da tutela judicial da saúde para a concretização do direito à saúde dos que buscam o Poder Judiciário maranhense, como também para a Administração Pública, na gestão dos recursos empregados nas políticas públicas de saúde pública.

Quanto ao procedimento técnico adotado, partiu-se de:

a) Relatórios fornecidos anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça acerca do panorama da atuação do Poder Judiciário no Brasil (Justiça em Números) e relatório analítico propositivo realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) sob pedido do Conselho Nacional de Justiça intitulado de Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (BRASIL, 2019);

b) Análise dos processos judiciais relacionados à saúde pública e ajuizados nas Varas de Fazenda Pública e Vara de Interesses Difusos

e Coletivos da Comarca de São Luís em que o Estado do Maranhão figure como réu, entre os anos de 2009 e 2018;

c) entrevistas semi-estruturadas com os juizes de primeira instância da 1ª à 5ª Varas de Fazenda Pública e da Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca de São Luís, bem como com Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão que trabalharam com os processos pesquisados, a fim de responder ao problema central do presente trabalho e compreender a racionalidade decisória destes.

2. FORMAÇÃO DA POLÍTICA OCIDENTAL E A QUESTÃO SOCIAL

O tema da judicialização da política e do direito à saúde passa, inegavelmente, pela necessidade de discussão da própria constituição política da tradição ocidental e da configuração do direito à saúde como passível de tutela judicial no sistema jurídico brasileiro.

Assim, faz-se necessária uma digressão acerca da formação da política no ocidente e como a questão social, a saúde e a vida passaram a ser parte do debate no espaço público. Nesse ponto, far-se-á uso dos referenciais teóricos de Hannah Arendt, Agamben e Foucault para construção do fio narrativo da constituição da ideia de política.

2.1 O que é Política?

Ponto de partida inafastável do presente trabalho, a pergunta “O que é Política?” vem encontrando diversas tentativas de resposta ao longo dos anos, e a autora Hannah Arendt, em seu livro cujo título é precisamente a interrogação acima mencionada, tenta responder a partir do rol de algumas características do que vem a ser a “coisa política”, também presentes em outros textos de sua vasta obra.

Na primeira linha do fragmento 1 da obra “O que é Política?”, a autora afirma que “a política baseia-se na pluralidade dos homens” (ARENDR, 2006, p.21) e complementa que “a política trata da convivência entre os diferentes” (ARENDR, 2006, p.21).

Duas conclusões interligadas podem ser retiradas das afirmações de Arendt. Em primeiro lugar, que o espaço político trata-se de um espaço *entre-homens* e, por isso mesmo, leva em conta diferentes opiniões e posturas diante do mundo. Em segundo lugar, que a política não se trata de algo essencial ao homem *per si*, ontológico, naturalmente humana; logo, tal afirmação refuta as concepções que tendam a afirmar que o homem é um animal político, que a política é algo que lhe é inerente.

Para Arendt, o campo da política não seria o campo da razão pura ou o campo da razão prática, que possuem, em seu interior, uma estrutura discursiva monológica (LAFER, 2003, p. 59). Assim, ao pensar no campo da

política, Arendt recorre à ideia, resgatada dos gregos e da Crítica do Juízo de Kant, de que a capacidade de julgar é “a faculdade de ver as coisas não apenas do próprio ponto de vista mas na perspectiva de todos aqueles que porventura estejam presentes” (ARENDDT, 2007a, p.275).

A ideia de juízo do particular, que Hannah Arendt resgata dos textos kantianos, surge do prazer contemplativo e desinteressado, da avaliação de algo através de uma distância adequada², que, para Arendt seria o “requisito para aprovação ou desaprovação, ou para avaliar algo em seu valor apropriado” (ARENDDT, 1992, p. 376).

Esse distanciamento, juntamente com a comparação entre o nosso juízo e o juízo possível de outros, propicia o que Hannah Arendt, chama de “alargamento do espírito” ou “modo alargado de pensar”, presente também na ação humana dentro espaço público, onde a pluralidade de pensamentos encontra seu campo de florescimento e atuação.

Isso implica dizer que a alteridade assinala-se como característica basilar do julgar. Arendt coloca-nos, ainda, que a eficácia deste julgar vem precisamente desse acordo potencial entre o juízo do julgador e os outros juízos possíveis ou, em suas próprias palavras:

O juízo obtém sua validade específica desse acordo potencial. Isso por um lado significa que esses juízos devem se libertar das ‘condições subjetivas pessoais’, isto é, das idiosincrasias que determinam naturalmente o modo de ver de cada indivíduo na sua intimidade, e que são legítimas enquanto são apenas opiniões mantidas particularmente, mas que não são adequadas para ingressar em praça pública e perdem toda validade no domínio público. E esse modo alargado de pensar, que sabe, enquanto juízo, como transcender suas próprias limitações individuais, não pode, por outro lado, funcionar em estrito isolamento ou solidão; ele necessita da presença de outros ‘em cujo lugar’ cumpre pensar, cujas perspectivas deve levar em consideração e sem os quais ele nunca tem oportunidade de sequer chegar a operar. Como a lógica, para ser correta, depende da presença do eu, também o juízo, para ser válido, depende da presença de outros. (ARENDDT, 2007b, p. 274-275)

² Essa distância adequada seria o que podemos chamar de imparcialidade, entendida aqui não como a pretensa neutralidade axiológica cara ao Positivismo jurídico, mas como a tentativa de exercer a capacidade de pensar e julgar no lugar e na posição do outro, ou de todos os outros possíveis. Sobre o tema: Lafer, 1988.

O espaço público é, por excelência, o espaço da ação política e do discurso; e a pluralidade, que é condição básica desses dois, tem o aspecto duplo da igualdade e da diferença:

A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir. (ARENDR, 2007a, p.16)

Se não houvesse igualdade, a comunidade estaria fadada ao fracasso, pela incapacidade dos homens em se compreender ou de fazer planos para o futuro. Se não houvesse diferenças, “os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender” (ARENDR, 2007a, p. 188) e não haveria sequer motivo para a existência do espaço público. Dessa maneira, o espaço público é composto de dissensos e consensos, de uma estrutura discursiva dialógica.

A segunda das conclusões elencadas conduz à ideia de que a política deve ser vista como algo que se desenvolve entre os homens e que é, portanto, historicamente condicionada (podendo vir ou não a se manifestar em determinadas épocas e sociedades).

Hannah Arendt refuta, assim, as traduções latinas do *zoon politikon* de Aristóteles como *animal socialis* (ARENDR, 2007a, p. 31) ou, na forma colocada por Tomás de Aquino: “o homem é naturalmente um animal social, como se prova na *Política* (I, cap. 10, 1, 1253a2)” (AQUINO, 1995, p. 94).

O fato de que o homem ser um animal social implica, para Arendt e para os gregos sobre os quais ela faz a sua leitura, na companhia natural imposta pelas necessidades da vida biológica e que pode, portanto, ser considerada inerente não só à condição humana como a outras formas de vida animal. Assim, diz ela:

Não que Aristóteles ou Platão ignorasse ou não desse importância ao fato de que o homem não pode viver fora da companhia dos homens; simplesmente não incluíam tal condição entre as características especificamente humanas. Pelo contrário, ela era algo que a vida humana tinha em comum com a vida animal. (ARENDR, 2007a, p.33)

Tal característica dos animais humanos, de viver na companhia dos outros humanos (ou em sociedade) não se confunde com o status de *zoon*

politikon a que Aristóteles se refere, haja vista que, como diz Arendt, “o homem é a-político. A política surge no *entre-os-homens*; portanto, totalmente *fora dos homens*” (ARENDR, 2006, p. 23), ou ainda, “a política surge no intra-espço e se estabelece como relação” (ARENDR, 2006, p.23).

Explica Arendt que o significado de *zoon politikon* vem ligado ao surgimento da cidade-estado grega e alude a uma espécie de segunda vida adquirida pelos cidadãos, a vida pública, a prerrogativa de participar dos assuntos do Estado, o *bios politikos*³. Diz ela que:

Aristóteles, para quem a palavra *politikon* era de fato um adjetivo da organização da *polis* e não uma designação qualquer para o convívio humano, não achava, de maneira nenhuma, que todos os homens fossem políticos ou que a política, ou seja, uma *polis*, houvesse em toda parte onde viviam homens. (ARENDR, 2006, p. 46)

Tal pensamento faz-se mais evidente quando, em sua obra Política, Aristóteles aponta que a pólis é uma “sociedade estabelecida, com casas e famílias, para viver bem, isto é, para se levar uma vida perfeita e que se baste a si mesma.” (ARISTÓTELES, p. 40, 2007). Desse modo:

(...) o fim da sociedade civil é, portanto, viver bem; todas as suas instituições não são senão meios para isso, e a própria Cidade [pólis] é apenas uma grande comunidade de famílias e de aldeias em que a vida encontra todos estes meios de perfeição e de suficiência. É isto que chamamos de uma vida feliz e honesta. (ARISTÓTELES, p. 40, 2007).

Aqui, cumpre apontar uma distinção constante no pensamento aristotélico e reiterada por Agamben: “Surgindo para permitir viver (*tôu zên*), ela [a pólis] existe para permitir viver bem (*tôu êu zên*)”. A vida feliz, o viver bem, se distingue do mero viver como subsistência. A pólis surge, assim, como o espaço da vida qualificada e feliz, destacada da vida natural, mas com a qual não deixa de ter relação.

Passadas essas considerações, faz-se necessário aprofundar as relações entre política e vida, no pensamento grego e, principalmente, a partir da modernidade.

³ Na obra *o Homo Sacer*, de Agamben (2007), o termo aparece transcrito como “*bios políticos*”.

2.2 Inserção da vida, da questão social e da saúde na política ocidental

Para melhor tratar do presente tópico, pode-se dialogar com o pensamento de Agamben, na introdução da sua obra “Homo Sacer”, com fins de entender a distinção entre a política e a vida em sociedade. Diz o mencionado autor que os gregos serviam-se de dois termos para exprimir o que hoje queremos dizer com a palavra vida: “zoé, que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e *bíós*, que indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo” (AGAMBEN, 2007, p. 9).

Agamben aponta que as línguas modernas possuem um único termo para designar vida, termo este “cuja opacidade cresce proporcionalmente à sacralização de seu referente” (AGAMBEN, 2015, p. 13) e que designa o “nu pressuposto comum que é sempre possível isolar em cada uma das inumeráveis formas de vida” (AGAMBEN, 2015, p. 13). É aquilo que Agamben designa como vida nua, uma vida separada de sua forma, cindida através da exceção.

Tal conceito se distingue do termo *forma-de-vida*, com o qual Agamben designa uma “vida que jamais pode ser separada da sua forma, uma vida na qual jamais é possível isolar alguma coisa como uma vida nua” (AGAMBEN, 2015, p. 15).

No pensamento de Agamben, a política ocidental é inteiramente constituída a partir de uma exceção, da exclusão inclusiva da vida humana a partir da concepção da vida nua: “a vida não é política em si mesma – por isso, ela deve ser excluída da cidade; contudo, é justamente a *exceptio*, a exclusão-inclusão desse Impolítico que fundamenta o espaço da política” (AGAMBEN, 2017, p. 295).

Assim, para Agamben, tal qual para Arendt, ao aludir ao homem como *zoon politikon*, Aristóteles não teria querido, como as traduções posteriores, qualificar o político como inerente ao homem, uma vez que:

(...) político não é um atributo do vivente como tal, mas é uma diferença específica que determina o gênero *zōon* (logo depois, de resto, a política humana é distinguida daquela dos outros viventes, porque fundada, através de um suplemento de politização ligado à linguagem, sobre uma comunidade de bem e de mal, de justo e de injusto, e não simplesmente de prazeroso e doloroso). (AGAMBEN, 2007, p.10)

A vida política é entendida, desse modo, como uma forma de vida qualificada, cujo sentido⁴ é a liberdade (ARENDR, 2006, p. 38), ou seja, que os homens possam ter “relações entre si em liberdade, para além da força, da coação e do domínio” (ARENDR, 2006, p. 48), levando em consideração a pluralidade humana, a diferença. A liberdade é, portanto, intrinsecamente relacionada com a política ou, como colocado por Lafer, “são coincidentes, porém, só se articulam quando existe mundo público” (LAFER, 2003, p. 63).

Para Arendt, o conteúdo concreto da liberdade “é a participação nos assuntos políticos ou a admissão na esfera pública” (ARENDR, 2011, p. 61) e esta mesma liberdade é entendida, em seu aspecto negativo, como “o estado de quem não é dominado nem dominador” (ARENDR, 2009, p.172) e, em seu aspecto positivo, “como um espaço que só pode ser criado por homens e no qual cada homem circula entre seus pares” (ARENDR, 2009, p.172).

Interessa observar que Arendt relaciona a liberdade com a igualdade (a qual tradicionalmente relacionamos com a justiça). Ela aponta que sem os iguais, sem os pares, não existe liberdade para homem algum. A igualdade, assim, é entendida como a igual possibilidade de participação política e não se confunde com a justiça ou a igualdade de condições⁵.

Até mesmo o homem que domina os outros, ainda que seja mais feliz e invejável, não é mais livre do que estes, pois a relação de mando está relacionada com o processo do fazer e do laborar, tratado pelos gregos de maneira distinta do processo do falar:

Falar na forma de mandar e ouvir na forma de obedecer não eram considerados como o falar e o ouvir concretos, eles não eram livres porque eram ligados a um processo definido não pelo falar, mas pelo fazer e laborar. As palavras, nesse caso, eram meros substitutos do fazer algo, na verdade de algo que supunha o uso da força e ser coagido. (ARENDR, 2009, p. 173).

Assim, Hannah Arendt, a partir da diferenciação entre a vida política e a vida natural (a associação natural entre os homens), aponta uma

⁴ Arendt faz uma distinção entre sentido e objetivo, qualificando a coisa política como um objetivo e aludindo o conceito de sentido de uma coisa a algo que está sempre contido nela mesma, enquanto que o objetivo só começa a aparecer quando a atividade que o produziu chegou a seu fim (ARENDR, 2006, p.127).

⁵ Embora, como bem frisa Arendt, essa igualdade de condições “fosse a condição para toda e qualquer atividade política no mundo antigo, onde o próprio campo político estava aberto somente aos proprietários de bens imóveis e escravos” (ARENDR, 2011, p.58).

distinção que é fundamental no seu pensamento: a distinção entre as esferas pública e privada.

Para a mencionada autora, a esfera pública significa o próprio mundo, que nos é comum e, ao mesmo tempo, é diferente do lugar que cabe a cada um de nós dentro dele. Veja-se que esse mundo não se confunde com a terra ou a natureza “como espaço limitado para o movimento dos homens e condição geral da vida orgânica” (ARENDDT, 2007a, p. 62). O mundo, em verdade, é um artefato humano, ou antes, algo criado na interação entre os homens. Conviver no mundo significa, para Arendt:

(...) essencialmente ter um mundo de coisas interposto entre os que nele habitam em comum, como uma mesa se interpõe entre os que se assentam ao seu redor; pois, como todo intermediário, o mundo ao mesmo tempo separa e estabelece uma relação entre os homens. (ARENDDT, 2007a, p. 62)

O mundo comum é, assim, algo que não só separa os homens como os relaciona entre si. Separa os homens na medida em que cada um ocupa um lugar diferente em relação a outro e “o lugar de um não pode coincidir com o de outro, da mesma forma como dois objetos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço” (ARENDDT, 2007a, p.67). Relaciona os homens entre si, na medida em que, “a despeito de diferenças de posição e da resultante variedade de perspectivas, todos estão sempre interessados no mesmo objeto” (ARENDDT, 2007a, p.67), qual seja, a própria manutenção do espaço político e da liberdade.

E essa manutenção é importante aos homens, na medida em que, “ser visto e ouvido por outros é importante pelo fato de que todos veem e ouvem de ângulos diferentes” (ARENDDT, 2007a, p.67).

Outra característica importante da esfera pública é sua relação direta com a permanência. Um espaço público não pode, nas palavras de Arendt, “ser construído para apenas uma geração e planejado somente para os que estão vivos: deve transcender a duração da vida de homens mortais” (ARENDDT, 2007a, p.66). Daí decorre a possibilidade de os homens alcançarem a imortalidade através da realização de obras que durem mais do que a sua permanência entre os vivos.

Um homem, contudo, não pode viver exclusivamente na esfera pública, sob pena de se tornar superficial, haja vista que “perde a sua qualidade

resultante de vir à tona a partir de um terreno mais sombrio, terreno este que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade num sentido muito real e não subjetivo” (ARENDT, 2007a, p. 81).

E esse terreno oculto a que a autora alude é a esfera privada, que, por sua vez, tem sua significação diretamente extraída da sua relação com a esfera pública e sua múltipla importância. O termo privado decorre da ideia de privação. Viver inteiramente na esfera privada é se ver privado da vida qualificada a que mencionam os gregos, é viver na ausência dos outros e do mundo que lhes circunda e dá significado e realidade às suas vidas. A vida inteiramente privada significa, ao homem, se ver:

(...) privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação “objetiva” com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. A privação da privatidade reside na ausência de outros; para estes, o homem privado não se dá a conhecer, e portanto é como se não existisse. (ARENDT, 2007a, p.68)

Isso não significa, em absoluto, que a vida privada não tem sua importância. É preciso pensar, para Arendt, na relação de coexistência entre as duas esferas. Somente aquele que possui vida privada e vê atendidas as necessidades da sua existência pode ocupar o espaço público.

Em termos de liberdade, somente aquele que se via liberado das necessidades vitais poderia ser uma pessoa livre “para transcender a sua própria existência e ingressar no mundo comum a todos” (ARENDT, 2007a, p.75).

A relação de coexistência entre a esfera pública e a esfera privada, contudo, vem sendo abalada com a dissolução dos limites entre as duas através do advento da esfera social, conforme nos diz Arendt:

A distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado; mas a ascensão da esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido estrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional. (ARENDT, 2007a, p.37).

Hannah Arendt aponta que o que chamamos de sociedade é “o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem o fac-símile de uma única família sobre-humana, e sua forma política de organização é denominada ‘nação’” (ARENDR, 2007a, p.38).

Ponto central no pensamento da autora é que a administração caseira, familiar, privada, ligada ao ciclo vital a que está circunscrita à vida biológica, passou para a luz da esfera pública e terminou por significar na dissolução das esferas pública e privada.

Para Hannah Arendt, a crescente importância pública das atividades caseiras e da economia doméstica através do advento da esfera social vem se acelerando nos últimos três séculos. Diz ela que:

A mais clara indicação de que a sociedade constitui a organização pública do próprio processo vital talvez seja encontrada no fato de que, em tempo relativamente curto, a nova esfera social transformou todas as comunidades modernas em sociedades de operários e de assalariados; em outras palavras, essas comunidades concentram-se imediatamente em torno da única atividade necessária para manter a vida – o labor. (ARENDR, 2007a, p.56)

A ideia da subsistência e da liberação do ciclo vital, mantida pelos gregos no âmbito da esfera privada, passou a uma concepção de dependência mútua em prol da subsistência e na qual essas atividades passaram a desempenhar o papel mais importante no âmbito da esfera pública, o que acabou por significar a própria dissolução da esfera pública, com a perda do seu sentido, qual seja, a liberdade.

Cumprir aqui assinalar o que Hannah Arendt entende por questão social e como tal questão minou todas as revoluções do século XVIII que reivindicavam a liberdade.

Muito embora Arendt trabalhe em toda a sua obra com a ideia de que o advento da esfera social colocou um fim nas barreiras que separavam a esfera pública e a privada, é somente em sua obra “Sobre a Revolução” (ARENDR, 2011) que a autora irá tratar desse tema utilizando-se da expressão “questão social”.

Diz a autora que a realidade que corresponde ao conjunto moderno de imagens que idealiza a multidão como um único corpo sobrenatural, movido por uma vontade geral (nação, povo ou sociedade) é o que, a partir do século

XVIII podemos vir a chamar de questão social, mas que pode ser mais facilmente chamado de “existência da pobreza”:

A pobreza é mais do que privação, é um estado de carência constante e miséria aguda cuja ignomínia consiste em sua força desumanizadora; a pobreza é sórdida porque coloca os homens sob o ditame absoluto de seus corpos, isto é, sob o ditame absoluto da necessidade que todos os homens conhecem pela mais íntima experiência e fora de qualquer especulação. (ARENDR, 2011, p.93)

Arendt aponta que Marx transformou a questão social em força política, através do termo “exploração”, ou seja, “na ideia de que a pobreza é resultado da exploração de uma ‘classe dominante’, que possui os meios de violência” (ARENDR, 2011, p.96). Assim, o papel da revolução não era mais entendido como a libertação dos homens da opressão de seus semelhantes, nem a instauração da liberdade, mas sim libertar o processo vital da sociedade dos “grilhões da escassez” (ARENDR, 2011, p.98)⁶.

Tal se observa, em especial, na Revolução Francesa, em que, após o primeiro momento da Revolução, a questão social passou a primeiro plano na preocupação dos revolucionários, culminando no terror, na mesma medida em que os pobres começaram a desempenhar um papel importante na conquista do poder e que a própria sociedade transformava-se, progressivamente, em uma sociedade de operários.

O problema apontado por Arendt é tal mudança de foco na abordagem da questão social implicou, por parte das revoluções, em uma rendição da liberdade à necessidade e fez com que estas perdessem a possibilidade de inovar na forma de governo e propiciar a liberdade de todos, a efetiva participação de todos na esfera pública.

Visto que a revolução tinha aberto os portões da esfera política aos pobres, essa esfera se tornara realmente “social”. Ela foi assolada por preocupações e cuidados que, na verdade, pertenciam à esfera pública, não poderiam ser resolvidos por meios políticos, pois eram questões administrativas, a ser entregues às mãos de especialistas, e não questões passíveis de solucionar com o duplo processo de decisão de persuasão. (ARENDR, 2011, p. 130)

⁶ Arendt traça a diferença entre liberação e liberdade, apontando a liberação como o estar liberto das necessidades inerentes ao ciclo vital e a liberdade como o não estar dominado e não exercer domínio sobre nenhum outro. Evidentemente, que na concepção grega, somente aqueles que estivessem libertos das necessidades inerentes ao ciclo vital poderiam ter liberdade, sendo esta, portanto, uma possibilidade em aberto, a partir da liberação do ciclo biológico.

Importa aqui observar que a preocupação de Hannah Arendt com a imersão da questão social no espaço público não implica, em absoluto, que a autora desconsiderasse ou tratasse com desprezo a questão social; mas tão somente que, de acordo com a concepção da autora, a urgência da necessidade não deveria determinar ou ser o único determinante do espaço público e que tal fator influenciou de forma a impossibilitar que o espaço público fosse novamente pensado em termos de liberdade política, passando o governo a ser entendido como administração/gestão da questão social.

Alinha-se, parcialmente, nesse ponto, o pensamento de Foucault, para quem uma nova tecnologia de poder, uma nova forma de exercício do poder, surgiu no século XIX, a que Foucault denomina de *biopolítica* e que embute e integra a tecnologia de poder até então existente e se dirige à vida dos homens, ao homem enquanto ser vivo, à multiplicidade dos homens, uma vez que ela forma “uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são os processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc” (FOUCAULT, 1999, p.289).

Nesse ponto é que Agamben (2007, p.12) vem afirmar que “o ingresso da *zoé* na esfera da *pólis*, a politização da vida nua como tal constitui o evento decisivo da modernidade”. Agamben afirma que essa proximidade entre as teses de Foucault e Arendt deve ser integrada, no sentido de que a política moderna não se caracterizaria somente pela inclusão da *zoé* na *pólis*, a qual o autor considera antiquíssima, nem somente pelo fato de que a vida biológica tenha vindo a ser objeto de cálculos e das previsões do poder estatal, mas antes que:

O espaço da vida nua, situado originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção. (AGAMBEN, 2007, p.16)

E o autor prossegue:

(...) a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano. *Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição*

original do poder soberano. A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua (...). (AGAMBEN, 2007, p.14)

No pensamento agambeniano, desde o início da civilização ocidental, a política e a noção de soberania são constituídas a partir da noção de vida nua. Assim, vida não se constitui em uma noção médico-científica, mas em um conceito filosófico-político, fundante da comunidade política, a partir do momento em que há a cisão entre a vida nua e a vida considerada digna. Desse modo, o conceito de vida:

(...) que se apresenta hoje sob as vestes de uma noção científica – é, na realidade, um conceito político secularizado. (De um ponto de vista estritamente científico, o conceito de vida não tem nenhum sentido: “as discussões sobre o significado real das palavras *vida* e *morte*”, escreve Medawar, “são índice, em biologia, de uma conversa de baixo nível. Tais palavras não têm nenhum significado intrínseco, e este não pode, por isso, ser esclarecido por um estudo mais atento e aprofundado”.) (AGAMBEN, 2015, p. 15)

Agamben aponta que, no direito romano, vida sequer se tratava de um conceito jurídico, indicando somente “o simples fato de viver ou um modo particular de vida” (AGAMBEN, 2015, p. 14) e aparecendo enquanto termo técnico apenas para designar o poder de vida e morte do patriarca sobre seus filhos.

Nesse contexto, bem como no contexto hobbesiano, a vida só é definida a partir da ameaça de morte que paira sobre ela; no direito romano, personificada na figura do patriarca e na teoria hobbesiana, sob o jugo do Leviatã.

A puissance absolue et perpetuelle [potência absoluta e perpétua], que define o poder estatal, não se funda, em última instância, em uma vontade política, mas na vida nua, que é conservada e protegida somente na medida em que se submete ao direito de vida e morte do soberano (ou da lei). (AGAMBEN, p. 15, 2015)

Nesse ponto, Foucault traz a importante contribuição de que existe uma perspectiva paradoxal na relação entre soberania e direito de vida e de morte. Diz ele que, “em relação ao poder, o súdito não é, de pleno direito, nem vivo e nem morto (FOUCAULT, 1999, p.287)”, o que significa, em outras

palavras, que é a vontade soberana que irá ditar quando há direito de vida e de morte.

Obviamente, tal direito de vida e de morte pende para a perspectiva do “direito de espada”, o direito de fazer morrer ou de deixar viver, em “dessimetria flagrante” (FOUCAULT, 1999, p. 287).

Ao longo dos séculos seguintes, premidos pela ascensão da questão social na esfera pública, há uma transformação de perspectiva, para um novo direito: “direito de fazer viver e de deixar morrer” (FOUCAULT, 1999, p. 287).

Os contratualistas dos séculos XVII e XVIII foram em grande parte responsáveis por essa mudança de pensamento, ao instituir ao soberano a guarda da vida, a partir da ideia de contrato social e instituição do Estado civil. A isso se segue o que Foucault designa como biopolítica e a que já se aludiu anteriormente.

A biopolítica vai se dirigir aos processos e fenômenos coletivos relacionados à população e que, segundo o autor, só se tornam pertinentes no nível de massa. Dessa forma, o autor afirma que:

Não se trata, por conseguinte, em absoluto, de considerar o indivíduo no nível do detalhe, mas, pelo contrário, mediante mecanismos globais, de agir de tal maneira que se obtenham estados globais de equilíbrio, de regularidade; em resumo, de levar em conta a vida, os processos biológicos do homem-espécie e de assegurar sobre eles não uma disciplina, mas uma regulamentação. (FOUCAULT, 1999, p.294).

Diante da análise desse fenômeno, Foucault (1999, p. 294 e 295) irá apontar coisas que considera importantes no processo de aparecimento da biopolítica:

- i. “o aparecimento de um elemento [...] novo. (...) É um novo corpo: corpo múltiplo, corpo com inúmeras cabeças, se não infinito pelo menos necessariamente numerável. É a noção de população.”;
- ii. “a natureza dos fenômenos levados em consideração. (...) São fenômenos aleatórios e imprevisíveis, se os tomarmos neles mesmos, individualmente, mas que se apresentam, no plano coletivo, constantes que é fácil, ou em todo caso possível, estabelecer.(...) acontecimentos aleatórios que ocorrem numa população considerada em sua duração.”;
- iii. “Nos mecanismos implantados pela biopolítica, vai se tratar sobretudo, é claro, de previsões, de estimativas estatísticas, de medições globais; vai se tratar, (...), essencialmente, de intervir no nível daquilo que são as determinações desses fenômenos gerais, desses fenômenos no que eles têm de global.”

Veja-se que tal processo está ligado à crise do modelo liberal de Estado e que isso e a imersão das esferas pública e privada na chamada esfera social exigiu, para a manutenção do estado de coisas, uma reformulação interna do próprio Estado e das formas de exercício do poder.

Como resposta às reivindicações dos trabalhadores e à ameaça do Estado Socialista Soviético, os Estados capitalistas passaram a mudar a sua agenda e a contemplar, no rol de direitos tutelados, os chamados direitos de segunda dimensão ou direitos sociais, os quais nada mais são que formas de regulamentação jurídica de demandas da vida biológica em nível de população e que serão melhor abordados nos capítulos seguintes.

3. CORPO, DOENÇAS E O CONCEITO DE SAÚDE

No presente capítulo, será abordado acerca da constituição da ideia de corpo, ao longo da história ocidental, de modo a conduzir ao fio que leva ao conceito de saúde na perspectiva do direito brasileiro e como tal articulação leva à fundamentação das decisões judiciais acerca da tutela do direito à saúde.

A perspectiva a ser trabalhada é que como, a partir de uma racionalização religiosa da ideia de corpo e das doenças, o pensamento

ocidental passou a considerar a saúde como um bem tutelável no âmbito do direito, ou seja, como algo passível de tutela por meio de decisões jurídicas.

Importa adiantar, aqui, que, conforme o pensamento weberiano, a religião cristã avança progressivamente em processo de racionalização e sistematização responsável pela fundação do pensamento moderno.

3.1 O corpo no ocidente

Em toda a história do ocidente, o corpo ocupa um espaço intrigante e ambíguo no imaginário social. A um só tempo, ele é visto como nobre e digno de menosprezo. De um lado, o “corpo maravilhoso dos eleitos no Juízo Final” (GÉLIS, 2008, p. 20); de outro, o “corpo depreciado do ser humano pecador” (GÉLIS, 2008, p. 20).

Nesse sentido é que Schmitt (2014, p. 306) vai apontar que as representações mais comuns na Idade Média irão colocar o corpo sob o signo da dualidade *corpus* e *anima*, em que o primeiro é a “parte material e perecível da pessoa humana”, enquanto a segunda seria a parte imortal, sendo ambas criações divinas.

Assim, nessa oposição, existiria uma ligação entre o corpo e o pecado, apontando uma tradição advinda de Agostinho, em que o autor medieval

coloca, de um lado, que a máquina do pecado original, a falta dos primeiros pais, transmite-se pela geração humana e, por outro, que o corpo, em suas emoções (a “concupiscência”, a “tentação da carne”), é o lugar e o instrumento por excelência do pecado. (SCHMITT, 2014, p. 306)

O corpo assim, é visto como uma prisão da alma, que a conduz ao pecado, através da tentação e das emoções presentes na vida mundana. Essa imagem do corpo será presente, ainda, no discurso da Igreja durante a Contrarreforma, que vai reforçar

(...) a desconfiança que o magistério já havia manifestado nos séculos medievais a respeito do corpo, “esta abominável veste da alma”. Corpo depreciado do ser humano pecador, pois se ouve incessantemente dizer que é pelo corpo que ele corre o risco de perder-se. O pecado e o medo, o medo do corpo, principalmente o medo do corpo da mulher, retornam como uma ladainha sob forma de precauções ou de condenações. (GÉLIS, 2008, p. 20)

Tal oposição, no entanto, não é suficiente para caracterizar a perspectiva cristã medieval do corpo, muito mais complexa e intrincada de significados. Assim, “nem o ‘corpo’, nem a ‘carne’, podiam ser pensados como princípios inteiramente negativos, nem ‘a alma’, nem o ‘espírito’ podiam beneficiar no absoluto de um preconceito definitivamente favorável” (SCHMITT, 2014, p. 307). Nesse sentido,

A uma interpretação pessimista do mundo, a uma abordagem, negativa do corpo, herdadas de Santo Agostinho e de Gregório Magno e desenvolvidas por certas correntes místicas ou pela corrente jansenista dos séculos XVII e XVIII, opõe-se, desde o fim do século XIV, em João Gerson e no século XVII em Francisco de Sales, uma apreciação mais moderada de um corpo que está em equilíbrio, imagem positiva. (GÉLIS, 2008, p. 21)

Em diversos textos e sentidos, o corpo aparece como ponto de partida necessário para a salvação da alma. Tertulano (*apud* Schmitt, 2014, p. 307) irá afirmar que “a carne é o gonzo da salvação. É por ela que a alma se une a Deus, pois é ela que permite que a alma possa estar unida. A ablução da carne torna a alma imaculada”.

Seguindo a mesma linha, Marie-Dominique Chenu, em comentário ao pensamento de Tomás de Aquino, disse que:

Contra todo dualismo, o homem é constituído de um único ser, onde a matéria e o espírito são os princípios consubstanciais de uma totalidade determinada, sem solução de continuidade, por sua mútua inerência: não duas coisas, não uma alma que tem um corpo ou move um corpo, mas uma alma encarnada e um corpo animado, de maneira que a alma é determinada, como “forma” do corpo, até mais íntimo dela mesma, a tal ponto que, sem corpo, ser-lhe-ia impossível tomar consciência de seu próprio ser. (*apud* Schmitt, 2014, p. 309)

Já Francisco de Assis apontava para o cuidado com o corpo como forma de cuidar da alma: “No comer, no beber e dormir e nas outras necessidades do corpo, o próprio servidor de Deus deve se satisfazer razoavelmente para que o irmão corpo não possa murmurar” (*apud* Schmitt, 2014, p. 310).

Diante dessas visões variadas, o corpo de Cristo torna-se um elemento-chave para se entender o binômio corpo-alma constante na

mentalidade medieval, cuja influência posterior vai reverberar na constituição do direito moderno, conforme se verá adiante.

Isso porque é nele, no corpo de Cristo, que se localiza a centralidade da mensagem da religião cristã, considerando que “o cristianismo é a única religião na qual Deus se inscreveu na história tomando forma humana: a religião do Deus encarnado. Jesus, o Filho, está presente no mundo por seu percurso humano” (GÉLIS, 2008, p. 23).

Nesse mesmo caminhar é que Schmitt irá afirmar que:

É porque a encarnação está no centro da religião cristã e que o corpo de Cristo está no centro de seus ritos que todas as representações e todos os atos dos cristãos são permanentemente colocados sob o signo do corpo, de seus humores (em primeiro lugar o sangue), de suas metáforas e de seus valores simbólicos. (SCHMITT, 2014, p. 313)

A exploração da visão do corpo de Cristo, humilhado, vilipendiado, flagelado em todos os pormenores da sua paixão, fez-se presente em toda a Idade Média e na sua passagem para a modernidade de modo pictórico como maneira de “manutenção das populações na Igreja ou em reconquistá-las” (GÉLIS, 2008, p. 23), a ponto de Gélis (2008, p. 30) dizer que “se existiu um domínio no qual a imagem desempenhou um papel essencial entre o século XV e o século XVIII e mesmo além, foi exatamente o das chagas de Cristo e dos instrumentos da paixão.”

Isso porque, para os camponeses iletrados, sem acesso ao conhecimento do latim e ao estudo dos textos da Bíblia, as imagens do sofrimento do deus da religião cristã, do deus que se fez homem, passavam uma imagem muito clara dos dogmas da Igreja Católica e da necessidade da manutenção da fé.

A representação das chagas ocultas, sejam elas físicas ou morais, em nenhum momento teve a pretensão de atingir a verdade histórica. É preciso compreender que aqui importa não tanto respeitar uma autenticidade da imagem como despertar a sensibilidade religiosa e reforçar a piedade. Aos olhos dos fieis é colocada uma crença viva, bruta, evocadora, à qual cada um reage à sua maneira: aqui não há necessidade de palavras, a mensagem passa pelo olhar. (GÉLIS, 2008, p. 35)

Assim, é através do corpo que se faz possível a aproximação com o divino, através de uma série de ritos e de imprecações, do mesmo modo que é a partir do corpo que se afasta da divindade, com a sujeição ao pecado e às tentações.

O corpo entra aqui como uma forma de relacionar a alma ao divino através do martírio auto-imposto. “Se o corpo é o principal obstáculo para chegar a Deus, ele pode também ser o meio de operar sua salvação. O ideal ao qual se aspira não é reviver a paixão de Cristo através dos sofrimentos do corpo e dos ultrajes sofridos?” (GÉLIS, 2008, p. 53).

Desse modo, “era necessário, em vez de desprezar o corpo, pelo menos desconfiar dele, domá-lo pelas penitências e o jejum” (SCHMITT, 2014, p. 310). Diante disso, tem-se duas visões distintas acerca da relação entre os místicos fiéis e seus corpos.

A uma, os místicos colocam-se diante de um tratamento ascético e secreto dos corpos, que se tornavam os principais alvos “desses homens e dessas mulheres para os quais tudo devia ser sacrificado em busca da salvação. Mas esse corpo debilitado pelos repetidos jejuns, castigado pelos cilícios, dilacerado pela disciplina, só excepcionalmente era revelado” (GÉLIS, p. 2008, p. 126).

De outro lado, surgem os convulsionários (jansenistas fanáticos), para quem o corpo estava em representação: os suplícios e as convulsões deveriam ser públicos como forma simultânea de devoção e de ação política em face da destituição de um bispo jansenista tida como indevida à época (GÉLIS, 2008).

Fica assim, evidente, a indiscernibilidade entre o tratamento social e religioso dos corpos e o seu caráter político, daí se poder afirmar que não existe política que não seja política do corpo. É este corpo, que tratado individualmente em um primeiro momento, vai aparecer em nível populacional, conforme aludido no capítulo anterior.

Considerando estabelecida a relação entre o tratamento dado aos corpos e a religião cristã, faz-se necessário abordar a configuração das doenças que assolam estes mesmos corpos e como isso vai se deslocar gradativamente na perspectiva da construção de um saber médico-científico no ocidente.

3.2 Doenças

Em primeira linha, é preciso que se diga que a Igreja Católica não conseguiu se desvencilhar de todo o acúmulo cultural de uma tradição que lhe antecedeu, assim como nenhuma outra instituição o fez em qualquer outro momento da história. Desse modo, a relação dessa mesma igreja com o corpo e com as doenças é carregada de simbologias que lhe são anteriores e com as quais há um constante diálogo. Nesse sentido, Gélis vem afirmar que:

A cristianização da sociedade desde a Idade Média veio contrariar a expressão de um antigo fundo de cultura agropastoril, na qual o corpo não era sentido da mesma maneira que na cultura da Igreja, uma vez que esta, ao insistir principalmente nos fins últimos, concedia ao corpo do indivíduo apenas um valor irrisório e de duração efêmera. (GÉLIS, 2008, p. 21)

Com isso, diante das práticas pagãs/folclóricas, a Igreja simultaneamente: a) tentava impor as suas práticas e concepções de cura autorizadas, combatendo abertamente as primeiras; e, b) “batizava” algumas dessas práticas, tentando dar-lhes uma roupagem cristã (SCHMITT, 2014).

De outra banda, houve a necessidade de adaptação às explicações da ciência que surgia e das práticas medicinais oriundas da Antiguidade. Schmitt (2014, p. 285), nesse ínterim, aponta três momentos distintos: a) a desconfiança e rejeição presentes até os séculos V e VI; b) a integração entre esses saberes dentro da cultura monástica até o século XII e, por fim, c) a inversão da relação de forças, quando a emancipação do poder médico coloca à prova tanto os saberes populares quanto as noções clericais de doença.

Para Schmitt (2014, p.286), esse debate secular pode ser colocado como protagonizado por três personagens distintos, mas não necessariamente excludentes, dado que possuíam práticas complementares e que, por vezes, tendiam até mesmo a se confundir: “o *medicus*, partidário da natureza, isto é, da herança da medicina antiga; o *sanctus* e o *presbyter*, mediadores legítimos dos poderes sobrenaturais da cura; o *maleficus*, ele também detentor dos poderes sobrenaturais, mas ilegítimos.

É a partir desses três personagens que a enfermidade vai ganhar seus diversos significados, dentro do pano de fundo cultural do fim da Idade Média. O termo *infirmitas* carrega consigo três características.

A primeira, estreitamente relacionada com as ideias trabalhadas anteriormente no presente trabalho, diz respeito à possessão do corpo pela doença e “realmente a possessão demoníaca é o paradigma de todos os ataques da doença e suas modalidades” (SCHMITT, 2014, p. 287).

A segunda característica é que a dor advinda da agressão da doença é descrita em minúcias, a ponto de adquirir quase uma autonomia com relação à doença. Ela age “como um carrasco que submete o corpo à tortura: *torquet, opprimit, gravat, vexat, molestat*” (SCHMITT, 2014, p. 287).

Já a terceira e última característica traz à tona a dimensão social da doença como algo perceptível e que “tem como efeito o impedimento do trabalho, o mergulho na indigência, a obrigação da mendicância” (SCHMITT, 2014, p. 287). Diante disso, Schmitt prossegue afirmando que:

(...) o doente é assim uma carga para seu entorno que muitas vezes lamenta não poder alimentá-lo ou arcar com os cuidados exigidos; ele se torna insuportável para seus próximos por seus gritos, seus odores pútridos, ou mesmo por suas violências nos casos dos *furiosi*. Por isso mesmo, o doente era remetido a toda sociedade para nela assumir um papel social determinado anterior e ideologicamente necessário: o papel do *pauper* que se salva sofrendo como Cristo e oferece aos outros a ocasião de se salvarem por meio da caridade que lhe é feita. (SCHMITT, 2014, p. 287)

Aqui, mais uma vez presente a estreita relação entre o corpo e a salvação cristã, aludida no item anterior do presente trabalho. Observa-se, simultaneamente, o componente da salvação individual através da ascese da figura do doente enquanto *pauper* e o componente coletivo (ainda que ambigualmente) da salvação, em que o cristão se salva ao agir com caridade para com o outro, que se encontra enfermo.

A doença é sempre convertida em metáfora⁷. Sontag aponta que, “na *Ilíada* e na *Odisséia*, a doença ocorre como um castigo sobrenatural, como uma possessão demoníaca e como resultado de causas naturais” (2007, p. 42), assim é que, para o pensamento grego, “a doença podia ser gratuita ou podia ser merecida (por causa de uma falta pessoal, de uma transgressão coletiva, ou de um crime cometido por um ancestral)” (2007, p. 42).

⁷ Expressão de Susan Sontag (2007) na obra intitulada “Doença como metáfora, AIDS e suas metáforas”

Pode-se ilustrar aqui com a história de Édipo, nas tragédias de Sófocles, que sem saber que matara o próprio pai e tendo casado com a própria mãe, condenou a cidade Tebas à fome e à peste e cujos crimes levaram à trágica morte de quase todos os seus familiares.

Já a explicação médica da doença, cuja origem é atribuída a Hipócrates, vê o corpo humano como composto de quatro humores: sangue, bÍlis amarela (ou simplesmente bÍlis), bÍlis negra (também chamada de melancolia) e fleuma (ou pituita).

A cada humor correspondendo uma função específica na manutenção da vida:

O sangue é o licor da vitalidade: quando o sangue sai borbulhando de um corpo, a vida se escoo com ele. A bÍlis é o líquido gástrico, indispensável à digestão. A fleuma, vasta categoria, que compreende todas as secreções incolores, é uma espécie de lubrificante e de resfriador. (...) A bÍlis escura ou melancolia, o quarto grande fluido, é mais problemática. Quase nunca é encontrada em estado puro; é considerada responsável pelo obscurecimento dos outros fluidos, como quando o sangue, a pele ou os excrementos se tornam enegrecidos. (PORTER E VIGARELLO, 2008, p. 443).

Esses quatro humores em interação explicavam diversos dos fenômenos corpóreos, como a temperatura: “o sangue torna o corpo quente e úmido, a bÍlis o torna quente e seco, a fleuma frio e úmido e a bÍlis escura produz sensações frias e secas. (PORTER E VIGARELLO, 2008, p. 444). Do mesmo modo, cada um deles se associava a um elemento primordial na criação do universo: o sangue corresponde ao fogo, a bÍlis ao ar, a fleuma à água e a bÍlis escura à terra. O equilíbrio entre esses humores era o que determinava que uma pessoa estava saudável.

Para Schmitt, essa interpretação se amoldou à concepção cristã de explicação da realidade na Idade Média, na medida em que a doença tem como causa uma ruptura nesse balanço equilibrado entre os humores, que, nas palavras do autor:

(...) pode ser provocada pela influência nefasta de um planeta ou pelo calor ou umidade excessiva de uma estação, ela [a doença] traduz em última instância um defeito ou uma falha do organismo (“*modus deficiens, destitutio corporis*”, diz Isidoro) tornados possíveis pelo enfraquecimento original do homem, pela queda de Adão. (SCHMITT, 2014, p. 289)

Desse modo, o único modo de restituir completamente e definitivamente a sanidade do corpo se daria através da Ressureição, no fim dos tempos, com o chamado “corpo glorioso”.

A doença aparece, assim, metaforizada sobre um duplo signo: “signo do pecado, ela aparece como um justo castigo” (SCHMITT, 2014, p. 289); contudo também é “signo da virtude, até mesmo do amor de Deus, quando sua função é colocar em provação o cristão e, sobretudo, o santo” (SCHMITT, 2014, p. 289).

Nesse mesmo sentido, aponta Sontag, para quem:

Com o advento do cristianismo, que impôs ideias mais moralizadas sobre a doença [em comparação aos gregos], como sobre tudo o mais, aos poucos se desenvolveu um elo mais íntimo entre a doença e a “vítima”. A noção de doença como punição gerou a ideia de que a doença podia ser um castigo especialmente adequado e justo. (2007, p. 42)

Doença e pecado, assim como cura e conversão, no discurso cristão, são intercambiáveis. Daí Schmitt (2014) afirmar que existem três recursos para intervir em uma doença: a) proteger-se; b) tratar e c) curar.

Como todos os demais, a proteção implicava aspectos religiosos e de cuidado da medicina antiga. A realização de dietas, sangrias e outros cuidados com o corpo eram combinados com orações, procissões e uso de amuletos para evitar o adoecimento.

O tratamento, por sua vez, se dividia em três intervenções: dieta, farmacopeia e cirurgia. É com relação a esse tratamento que começa a haver separações mais claras entre o saber religioso e o saber médico. Se, em um primeiro momento, a medicina era praticada por clérigos e leigos, a reforma gregoriana vai tratar de proibir que os religiosos tomem lugar nas práticas medicinais, para que não estejam perto dos corpos e dos pecados e tentações que lhes são inerentes.

Assim, o saber médico vai se distanciando dos aspectos religiosos sem ainda ocupar o lugar de destaque. Isso porque, na mentalidade europeia da Alta Idade Média, a medicina só poderia cuidar dos corpos, não tendo alcance no tratamento das almas. E mesmo nesse campo, “que é o cuidado dos corpos,

a medicina humana tem, portanto, uma eficácia limitada: é aí que se impõe rapidamente a necessidade de um recurso superior” (SCHMITT, p. 292, 2014)

Daí segue a cura, de corpo e alma, completa e verdadeira, e que somente a igreja católica poderia fornecer. Aqui entram o batismo, o exorcismo e o milagre, como formas de expulsão dos demônios e, conseqüentemente, das doenças.

Não por acaso, surge nesse período a figura do Cristo médico. “Textos e imagens insistem na ideia de que Jesus exerceu ‘divinamente’ a farmácia e a medicina. Melhor ainda, ele fez Lázaro voltar do reino dos mortos. Devolver a vida aos mortos não é praticar a arte de curar no mais alto grau?” (GÉLIS, 2008, p. 42)

Nesse ponto, cumpre abordar como a ligação entre corpo e alma no imaginário ocidental estabelece um elo inafastável não entre vida e morte, como poderia se pensar inicialmente, mas antes entre nascimento e morte, como dois lados de uma mesma moeda.

Para Godelier (2017, p. 35), o primeiro dos invariantes acerca da ideia de morte nas diversas culturas é que “a morte não é o fim da vida, que a morte não se opõe à vida, mas ao nascimento, e que, ao se oporem, nascimento e morte estão ligados um ao outro, formam um sistema ou fazem parte de um sistema”.

O segundo dos invariantes seria a ideia de que “o nascimento seria a conjunção de diversos componentes do indivíduo, e que a morte consistiria na disjunção desses elementos” (GODELIER, 2017, p. 35).

Já o terceiro invariante seria “que entre os elementos unidos no nascimento e separados na morte existe sempre um ou vários que sobrevivem e que irão começar uma nova forma de existência”.

Tais invariantes são importantes para que se perceba que a ideia a morte não se opõe à vida e sim ao nascimento em razão de uma não-aceitação de que a morte implica no fim definitivo da vida. Desse modo:

Tudo se passa como se, desde que a humanidade existe, ela tivesse inconsciente e conscientemente negado a morte, fazendo com que fosse mais aceitável e menos temida se não representasse o fim definitivo da vida, mas sim o início de outra vida, de outra forma de existência para os humanos (GODELIER, 2017, p. 40).

Essa negação da morte está na base das ideias de religião ao longo do globo terrestre. Daí Harari afirmar que:

durante a história, religiões e ideologias não santificaram a vida em si mesma. Santificaram sempre algo que está acima ou além da existência terrena e, conseqüentemente foram bem tolerantes com a morte. (...) Uma vez que o cristianismo, o islamismo e o hinduísmo insistiam que o significado da nossa existência dependia da sina no pós-vida, consideravam a morte como parte vital e positiva do mundo. (...) Tente imaginar o cristianismo, o islamismo e o hinduísmo em um mundo sem mortes – o que seria também um mundo sem céu, inferno ou reencarnação. (2016, p. 31)

Tal perspectiva se transforma com o desencantamento do mundo e o desenvolvimento da técnica. A morte passa a ser vista como um obstáculo a ser enfrentado do ponto de vista da ciência. De outra banda, há um adiamento da morte, a partir do envelhecimento da população, obtido a partir do combate às doenças, da relativa segurança das sociedades industriais e de leis estabelecidas pelo Estado como mediador da violência (ELIAS, 2001)

A já conturbada relação com a ideia de morte se torna vista ainda mais como parte do ambiente privado, parte da experiência individual, diante do afastamento dela do cotidiano, contrariamente ao que ocorria em outras épocas. Nesse sentido, Elias vai dizer que a morte é recalcada na sociedade atual. “A visão de uma pessoa moribunda abala as fantasias defensivas que as pessoas constroem como uma muralha contra a ideia da própria morte.” (ELIAS, 2001, p. 10).

Dessa forma, em considerando a relação intrínseca entre corpo e alma na cultura ocidental e a relação estabelecida com a ideia de morte recalcada no ocidente, é que a questão da doença e da saúde irá aparecer até esta última se tornar progressivamente um direito tutelado pelo Estado.

A progressiva imersão da questão social no centro da política exigiu uma reformulação do Estado e do papel do Poder Judiciário, levando à formulação do que temos hoje como direitos sociais.

3.3 Do conceito de saúde e do direito à saúde

Com a finalidade de completar o desenvolvimento das ideias do presente trabalho até chegar no quadro geral do direito à saúde no Brasil, cumpre desenvolver, agora, algumas ideias sobre o que seria a saúde a que se tem direito e como se configura o direito à saúde propriamente dito.

O conceito de saúde, conforme nos aponta Scliar (2007), além de não representar a mesma coisa para todas as pessoas, nada mais é que um reflexo da conjuntura social, econômica, política e cultural de cada época, lugar e classe social.

Assim é que as primeiras explicações acerca da saúde vieram profundamente ligadas às explicações mágicas da realidade, em que a doença era advinda dos pecados, das maldições ou da ira divina.

Os gregos, por sua vez, em especial a partir de Hipócrates, introduziram “a discussão dos fatores ambientais ligados à doença”, defendendo “o que hoje poderia ser chamado de um ‘conceito ecológico de saúde-enfermidade, enfatizando a multicausalidade na gênese das doenças” (FIGUEIREDO, 2007, p. 77).

Scliar aponta que a Idade Média representou, tal qual sua designação mais comum, uma verdadeira Era das Trevas para os cuidados à saúde, haja vista não só uma coexistência da perspectiva religiosa/mítica da doença com as ideias hipocráticas (SCLIAR, 2007), mas também os movimentos populacionais, a miséria, a promiscuidade e a falta de higiene dos burgos medievais, que criaram condições para surtos epidêmicos de doenças como a peste bubônica (SCLIAR, 2002).

Somente depois de um enorme processo que teve início no Renascimento e se consolidou no século XIX, é que a saúde começou a ser vista sob a perspectiva social (SCLIAR, 2002), ou como fenômeno de população (FOUCAULT, 1999). É nesse ponto que se agrega ao conceito de saúde a ideia de uma medicina que, no entender de Foucault, vai exercer:

(...) a função maior da higiene pública, com organismos de coordenação dos tratamentos médicos, de centralização da informação, de normalização do saber, e que adquire também o aspecto de campanha de aprendizado da higiene e de medicalização da população. (FOUCAULT, 1999, p. 291).

Com isso, o Estado assumiu o papel de mantenedor da saúde, mas o conceito de saúde ainda era algo que não encontrava consenso no plano internacional, motivo pelo qual Scliar (2007) nos aponta que a criação da Organização das Nações Unidas e da Organização Mundial de Saúde foi determinante nesse sentido – vindo esta última a estabelecer, em sua Carta de Princípios de 7 de abril de 1948, “o reconhecimento do direito à saúde e da obrigação do Estado na promoção e proteção da saúde” (SCLiar, 2007, p. 36), ao determinar que “saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade” (SCLiar, 2007, p. 37).

Sobre o conceito da Organização Mundial de Saúde, Scliar comenta que, ao mesmo tempo em que é um conceito que atende expectativas mais recentes acerca da saúde, padece de pouca operacionalidade. Isso porque:

Podem-se estabelecer parâmetros desejáveis em termos orgânicos (peso ideal, pressão arterial normal, etc.) e mesmo relativos ao equilíbrio mental ou social (salário, escolaridade, condições de moradia, etc.); mas a expressão “bem-estar” envolve um componente subjetivo dificilmente quantificável, algo semelhante a “felicidade”. É antes uma “imagem-horizonte” do que um alvo concreto. (SCLiar, 2002, p. 94)

É diante desse contexto de certa indefinição acerca do conceito de saúde que o autor comenta que nossa Constituição Federal de 1988 evita discutir tal conceituação, mas traça parâmetros e princípios que permitem a sua identificação e utilização. Assim é que o art. 196 da Constituição Federal de 1988 dispõe que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

E é desse modo que, conforme já abordado, o direito à saúde encontra-se dentro do rol de direitos e garantias fundamentais elencado pela Constituição Federal de 1988 e, conforme Nascimento (2008, p. 907), “é um rótulo que exprime um *complexo de direitos* individuais e transindividuais, semelhante, por exemplo, ao direito de acesso à justiça”.

Para o referido autor, esse complexo de direitos inclui o direito à promoção, à prevenção e à recuperação, sendo que este último é “um direito essencialmente individual a prestações afirmativas exercido em face do executivo e da sociedade, contemplando o direito de exigir meios de diagnóstico e de tratamento para os males que atingem os seus titulares” (NASCIMENTO, 2008, p. 907).

A tutela jurisdicional desse direito tem crescido em todo o país e mostra-se ainda mais marcante que a tutela jurisdicional de qualquer outro direito social pelo envolvimento direto da decisão a ser tomada pelo juiz com a manutenção da própria vida do autor da demanda judicial. Com isso, diferentemente de ações judiciais relacionadas com outros direitos sociais, os juízes se veem quase na impossibilidade de denegar o pedido, sob o risco de ter em suas mãos a responsabilidade pelo falecimento ou agravamento da doença de outro ser humano.

Inúmeras críticas são feitas a essa judicialização da saúde, tida, por vezes, como excessiva. Conforme aponta Barroso (2008, p. 893), a crítica mais frequente é a financeira, formulada sob a denominação de “reserva do possível”.

Diz Barroso que “os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros” (BARROSO, 2008, p. 893).

Barroso aponta, ainda, que mais recentemente tornou-se recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam desorganização da Administração Pública e que:

costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas públicas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável. (BARROSO, 2008, p. 894)

Evidentemente que o Estado só pode realizar gastos que estejam previstos no seu orçamento (art. 167 da Constituição Federal) e que a realização de políticas públicas para a efetivação de direitos implica em gastos, contudo tal

não implica dizer que, necessariamente, as demandas judiciais que estabelecem custos ao Poder Executivo retiram recursos que já estavam alojados para outros setores ou impedem a realização de outras políticas em uma mesma área.

Tais objeções são levantadas sem que, na maior parte das vezes, venham acompanhadas do seu suporte fático, servindo, assim, tão somente, como tentativa de legitimar o discurso dos entes estatais para a recusa dos tratamentos médicos pleiteados judicialmente utilizando-se da chamada “teoria dos custos dos direitos” e do “princípio da reserva do possível”.

Nesse sentido, Amaral diz que:

Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis. (AMARAL, 2010, p.78)

A alegação da escassez dos recursos públicos conduz inegavelmente à discussão acerca dos parâmetros decisórios utilizados pelo Judiciário, bem como acerca da constituição da saúde como direito fundamental no contexto brasileiro.

3.4A construção dos direitos fundamentais sociais no Brasil

No Brasil, o fenômeno dos direitos fundamentais sociais restou mais claramente delimitado a partir da Constituição de 1988, devido, não só à vasta carta de direitos fundamentais trazida em seu texto, fruto da forte participação política no período pós-ditadura, mas também ao contexto de distanciamento que as políticas sociais anteriores à Constituição de 1988 mantinham da realidade da maior parte da população brasileira.

Nesse sentido, Gonçalves (2011) aponta não ser fácil a tradução das políticas sociais através do constitucionalismo brasileiro. O motivo apontado pela autora é que “desde o início, teve-se uma sociedade muito heterogênea e imensamente voltada à importação de valores” (GONÇALVES, 2011, p.86). A autora aponta, ainda, que a heterogeneidade social brasileira foi escamoteada durante longos anos, com repercussões nas políticas públicas e no constitucionalismo brasileiro:

(...) a diversidade foi relegada e seu lugar ocupado por fórmulas jurídicas que nada ou pouco diziam aos brasileiros em sua maioria. Por esse mesmo motivo, a legislação já nascia com a pecha do elitismo, circunscrita apenas aos debates acadêmicos dos bacharéis e, bem, por isso, distante dos diversos segmentos da sociedade. Com efeito, as Constituições que antecederam a Carta de 1988 não despertaram o sentido de pertencimento e luta para um grande contingente de brasileiros. (GONÇALVES, 2011, p. 86)

Em breve síntese, cumpre estabelecer as ideias trazidas pela autora acerca das características das Constituições brasileiras anteriores à de 1988 no que se refere aos direitos fundamentais.

Para a autora, a positivação do texto da Constituição de 1824, ao contrário das Constituições europeias pós-revolucionárias, não significou “a unificação do Direito enquanto escudo contra os arbítrios do absolutismo e os privilégios da nobreza” (GONÇALVES, 2011, p. 90), mas antes “uma espécie de *passaporte* para uma pseudomodernidade” (GONÇALVES, 2011, p. 90).

Essa “pseudomodernidade” reflete-se no fato de que, dentre outros fatores, a sociedade do Brasil Império era “extremamente preconceituosa, fato preocupante sobretudo, porque se ostentavam famílias patriarcais, o trabalho escravo, assim como altos índices de pobreza e analfabetismo” (GONÇALVES, 2011, p. 91). Assim, conclui a autora que “a Constituição de 1824, (...), em nada espelhava a heterogeneidade social do país, tendo inclusive limitado o voto à qualificação econômica (voto censitário)” (GONÇALVES, 2011, p. 91).

Não muito diferente foi a Constituição de 1891 que, impulsionada pelo descontentamento de parcela do Exército e do setor cafeeiro, não contando com a presença de movimentos populares, manteve o contexto histórico da proclamação da República praticamente inalterado, se comparado com o contexto imperial (GONÇALVES, 2011).

Daí, Gonçalves afirmar que a grande marca das Constituições de 1824 e 1891 foi que:

(...) mudanças introduzidas em seus textos eram meras dicções legais, amplamente distanciadas da vontade dos dirigentes e sobretudo incapazes, pelas limitações concretas da sociedade, de se afigurarem como espaços de luta para os diversificados segmentos populares. (GONÇALVES, 2011, p. 93)

No que se refere às questões sociais, a República Velha foi marcada pelo autoritarismo e pela ausência de regulamentação estatal. Nesse sentido, tanto Gonçalves (2011) quanto Pereira (2000) rememoram a conhecida frase do ex-Presidente da República Washington Luís, de que “A questão social é um caso de polícia” como emblemática para retratar o período.

É assim que Pereira aponta que a ação do Estado se limitava a “reparações tópicas e emergenciais de problemas prementes ou a respostas morosas e fragmentadas a reivindicações sociais dos trabalhadores e de setores populacionais empobrecidos dos grandes centros urbanos” (PEREIRA, 2000, p. 128). No que se refere ao âmbito da saúde, Pereira estabelece que “as estratégias de ação coletiva foram assumidas por autoridades locais por força de situações calamitosas, como as epidemias” (2000, p. 138), chamando esse período de *laissez-fariano*.

Já a Constituição de 1934, que se caracteriza por ser a primeira a separar um Título para a Ordem Econômica e Social, representou, em verdade, tanto para Pereira (2000) quanto para Gonçalves (2011), um rearranjo político ligado a uma “revolução pelo alto”, uma transformação ligada ao enfraquecimento do poder da oligarquia cafeeira e fortalecimento progressivo da burguesia industrial.

Ainda no período varguista, veio à tona a Constituição de 1937, que, pondo fim à breve vigência da Constituição de 1934, deu início ao Estado Novo e alinhou a outorga dos direitos sociais à vontade do Poder Executivo.

Assim, “os direitos sociais, nesse contexto, ganharam a feição de mera diretriz ética a ser seguida quando e como o Poder Executivo julgasse adequado” (GONÇALVES, 2011, p. 95), não tendo a questão social sido alçada “a questão de política maior que merecesse a mesma atenção que o governo dispensava à área econômica” (PEREIRA, 2000, p. 130).

E Pereira completa afirmando que a política social desse período funcionava como uma espécie de “zona cinzenta”, onde “se operavam barganhas populistas entre o Estado e parcelas da sociedade e onde a questão social era transformada em querelas reguladas jurídica ou administrativamente e, portanto, despolitizada” (PEREIRA, 2000, p.130).

Tal conclusão liga-se ao contexto, já abordado, do primeiro momento da agenda pública brasileira, que consistiu na utilização das políticas

públicas como mecanismo de cálculo político e fabricação de uma identidade nacional.

Em 1946, com o fim do Estado Novo, foi promulgada uma nova Constituição, com garantia das liberdades civis e alguma possibilidade de participação popular. A fragilidade política do período conduziu ao golpe militar e à substituição da Constituição de 1946 pela Constituição de 1967 (e a posterior Constituição de 1969), que tinham cunho notoriamente autoritário e mantinham a tradição de tratar dos direitos sociais sob a “lógica tutelar, paternalista e residual” (GONÇALVES, 2011, p. 97).

Em conclusão, Gonçalves leciona que:

(...) as Constituições de 1934 a 1969, no que tange ao enfrentamento das questões sociais, apresentaram normatividade suficiente para colmatar as políticas públicas no sentido de adequar seus programas e atividades ao paradigma da dignidade humana. As práticas políticas, contudo, permeadas pelo distanciamento democrático (1937, 1967, 1969) ou pela instabilidade institucional (1946 a 1964), desafiaram negativamente tal compreensão. (GONÇALVES, 2011, p. 118)

Em síntese, o que se observa é que a partir de 1934, todas as Constituições trouxeram normas acerca da regulamentação dos direitos sociais, sem que tal normatividade fosse acompanhada de reais possibilidades de construção popular e democrática da real efetivação de tais direitos, dadas a nossa tradição autoritária e de forte instabilidade institucional. E é diante de toda essa exposição que Gonçalves aponta que, no seio desses entraves e instabilidades, surgiu:

a irresignação necessária para que fossem confrontadas a dicção das Cartas Políticas e a realidade nacional, preparando o caminho para que os movimentos sociais, na década de 80 (século XX), redescobrissem o jurídico, especialmente a Constituição, que passou a ser vista como o lugar onde caberiam também as demandas populares, e não apenas a normatividade do governo. Assim, o despertamento foi sendo substituído pelo desejo de se ter uma Constituição mais próxima do Brasil real. (GONÇALVES, 2011, p.99)

Diante disso é que finalmente foi possível a construção efetiva de uma Carta Constitucional fruto de intensa participação popular e com centralidade nos direitos fundamentais individuais, políticos e sociais. Assim é que, no que se refere aos direitos sociais, Gonçalves vem a afirmar que estes:

Que receberam forte influência dos postulados keynesianos, agora revitalizados pelas concepções do pluralismo e da democracia, tornam homens e mulheres juridicamente credores de prestações do Estado. Os direitos sociais, consagrados enquanto direitos fundamentais, reconhecem, assim, a insuficiência ou a impossibilidade do mercado como arena de justiça social. (GONÇALVES, 2011, p. 171)

É a partir desse paradigma que se passa a expor no que consistem os direitos fundamentais sociais e quais as implicações de se colocar o direito à saúde dentro da referida classificação no direito brasileiro.

3.5 Os direitos fundamentais sociais

A princípio, dado que nosso ordenamento assegura a tutela judicial do direito à saúde e que o fato de ser algo fundamental enquanto assegurador da vida salta aos olhos, parece despiciendo se comentar acerca da sua fundamentalidade. Contudo, tal qual aponta Sarlet, “muitas pessoas ainda questionam a razão pela qual um direito à saúde (como, de resto, boa parte dos direitos sociais) encontra-se previsto na Constituição” (SARLET, 2002, p. 2).

Acrescente-se a isso que, em outros países, é inconcebível a ideia de que o Estado tenha a obrigação de assegurar o direito à saúde de algum cidadão, de maneira individual, através do Poder Judiciário. É o que nos aponta o autor português Nunes, ao comentar sobre a configuração do direito à saúde no ordenamento jurídico português:

Não conheço nenhuma sentença de um tribunal português sobre o pedido de um cidadão no sentido de o tribunal condenar o Executivo a adoptar as medidas adequadas à efetivação do direito (individual) à saúde do requerente (fornecimento de medicamentos, recurso a meios de diagnóstico, realização de cirurgia ou outro tipo de tratamento). E o Tribunal Constitucional (TC) pronunciou-se duas vezes sobre questões relativas ao direito à saúde, em ambas chamado a apreciar a inconstitucionalidade de dois diplomas legais. (NUNES e SCAFF, 2011, p. 11)

Desse modo, considerando que a configuração da individualização da tutela judicial do direito à saúde enquanto direito fundamental não é um fenômeno que ocorre em todo o mundo e nem mesmo adquiriu consenso acerca

da sua importância e caracterização constitucional no âmbito brasileiro, se faz necessário abordar no que consiste a sua fundamentalidade.

E, haja vista que a conceituação do que vem a ser a fundamentalidade dos direitos sociais a que tanto nos referimos pode se tornar fonte de dúvidas, pela margem interpretativa de tal termo, cumpre esclarecer, antes de tudo, no que consiste a categoria dos direitos fundamentais quando se está tratando do ordenamento constitucional brasileiro.

No entender de Ingo Sarlet, direitos fundamentais são:

todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais. (SARLET, 2008, p. 9)

É nesse contexto que os direitos sociais inseridos no art. 6º da Constituição Federal, dentre os quais o direito à saúde, são considerados direitos fundamentais, adquirindo, portanto, a fundamentalidade tanto em seu aspecto material quanto formal.

O que significa dizer, conforme aponta Sarlet (2002, p. 3), que é dada relevância ao bem jurídico tutelado pela ordem constitucional (fundamentalidade material) e que tais bens estão protegidos por normas que se encontram no ápice do ordenamento jurídico, que estão submetidos à proteção reforçada através dos limites formais e materiais de reforma da Constituição e que as suas normas definidoras são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

Já direitos sociais são, segundo a conceituação de Kelbert:

(...) direitos que ensejam pretensões positivas a serem realizados pelo Estado, ou seja, seu dever em relação ao indivíduo não mais se restringe à abstenção de condutas lesivas aos tradicionais direitos de liberdade. Nessa segunda dimensão de direitos, o Estado assume o dever de fornecedor de prestações, por meio de uma atuação positiva. (KELBERT, 2011, p.31)

Tal conceituação dos direitos sociais encontra suas limitações na ideia de que cumpre ao Estado, para efetivá-los, o papel meramente prestacional; ideia esta que parte de uma concepção liberal-burguesa do

desenvolvimento histórico dos direitos humanos a partir da ideia de classificação destes em gerações e em binômios simplistas como direitos negativos (direitos individuais ou de defesa) e positivos (direitos sociais ou de prestação) e que não contempla, na sua inteireza, o fenômeno dos direitos sociais brasileiros.

É seguindo essa linha que Figueiredo (2007, p. 39) afirma que “todos os direitos geram um leque de obrigações positivas e negativas para o Estado, todas elas essenciais para que sejam assegurados na prática”.

Do mesmo modo afirma Sarlet, quando aponta que o direito à saúde é constituído simultaneamente de direitos de defesa e prestacionais, sendo que os primeiros são vistos “no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular” (SARLET, 2002, p.8), enquanto que os prestacionais atuariam:

(...) impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde. (SARLET, 2002, p.8)

O que se pode apontar com relação a essa distinção é que, ainda que todos os direitos fundamentais tragam esse leque de obrigações positivas e negativas, os direitos sociais exigem requisitos diferenciados para a sua efetivação. Nesse sentido, Gonçalves afirma que:

as normas que asseguram direitos como saúde, educação, assistência social, moradia, trabalho suscitam para sua efetivação certos questionamentos, tais como: condições econômico-financeiras do Estado e competência dos órgãos do Judiciário para intervirem no campo das políticas públicas. Assim, como os efeitos dos direitos sociais são alcançados através de políticas públicas e essas implicam em um campo de escolha relativamente amplo, conduzido prioritariamente pelo Executivo, a eficácia jurídica desse direito vê-se fragilizada. (GONÇALVES, 2011, p.172)

Isso significa dizer que os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos individuais, necessitam de uma “integração de eficácia a ser concretizada no plano infraconstitucional” (GONÇALVES, 2011, p.174), o que não significa, em absoluto, que não são verdadeiros direitos ou que carecem da dimensão de direitos fundamentais, mas tão somente, que sua efetividade

exige um compromisso maior do Estado, em nível institucional e infraconstitucional.

A existência dos direitos sociais no âmbito da Constituição de 1988 implicou em uma mudança de paradigma institucional no tratamento das necessidades humanas básicas⁸, que permitiu o fortalecimento do Poder Judiciário e do Ministério Público na busca de efetivação dos direitos fundamentais e estabeleceu mecanismos de proteção a estes direitos contra modificações legislativas tendentes a reduzi-los ou retirá-los do rol de direitos assegurados aos cidadãos (cláusulas pétreas).

Assim, Gonçalves aponta que as normas constitucionais de conteúdo programático, nas quais se inserem os direitos fundamentais sociais, veiculam os seguintes efeitos:

- Expungir do sistema jurídico normas que contrariem a dicção da nova Carta Política;
- Atribuir uma certa estabilidade no que concerne ao nível de satisfação dos direitos sociais básicos, através do princípio da proibição de retrocesso das políticas sociais garantidoras de direitos fundamentais. Em um regime que constitucionalmente seja definido como democrático e pluralista, a concepção desse princípio não se faz pacificamente, na medida em que são suscitadas as autonomias da sociedade civil, do Legislativo e do Executivo na implementação de novas políticas. (...)
- Impedir que o Legislativo e o Executivo implementem – quer no plano da produção de leis, quer no âmbito administrativo-financeiro – políticas sociais contrariando as regras e princípios constitucionalmente garantidos. Os direitos fundamentais, configurados constitucionalmente enquanto normas programáticas, são, portanto, parâmetros para o controle de constitucionalidade.
- Fixar diretrizes para interpretação, integração e aplicação de normas jurídicas (...). (GONÇALVES, 2011, p.175-176).

As transformações do Poder Judiciário e do amparo constitucional a tais direitos, aliadas à permanência do quadro de ausência de políticas públicas que os efetivem para a maior parte da população levou ao fortalecimento do fenômeno conhecido como judicialização da política, ou seja, uma marcante atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais.

Nesse sentido, Amaral (2010, p.8) nos diz que:

⁸ Sobre o tema: GONCALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma Constituição dirigente. 2ª ed., 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011

Dentro dessa evolução da história recente do país, a confiança nos poderes constituídos foi sendo erodida. Quem ocupa o cenário como campeão da cidadania é o Poder Judiciário, não por sua cúpula, mas por suas bases, que paulatinamente fizeram tábula rasa do bloqueio de recursos, dos expurgos das aplicações financeiras. Somou-se também a isso o ativismo do Ministério Público, que na percepção comum é visto como ligado “à Justiça”.

Tais apontamentos conduzem ao questionamento acerca de como se dá a decisão judicial, se comparada com o processo de racionalidade decisória na formulação de políticas públicas, que se passará a fazer a seguir.

4. BUROCRACIA, RACIONALIDADE DECISÓRIA EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Uma longa tradição de autores vem trabalhando com a temática do estudo da racionalidade no âmbito das decisões afeitas às políticas públicas, na tentativa de entender, de um ponto de vista científico, como se dá a formulação e implementação de tais políticas dentro do corpo burocrático do Estado.

No que diz respeito às políticas públicas de saúde, tal possibilidade de entendimento está diretamente relacionada a uma maior eficiência de tais políticas frente ao discurso sempre presente da escassez de recursos diante da alta demanda, como também está relacionada à perspectiva do discurso médico-científico de quais são os tratamentos e medicamentos comprovadamente mais eficazes para determinados tipos de patologias.

Em tempos de crise econômica e de ataque aos direitos sociais por parte dos poderes constituídos, faz-se, mais que nunca, importante se pensar em como tais políticas têm sido implementadas, além de quais são os fatores que têm afetado a sua eficácia. Dentre os fatores comumente levantados na agenda pública da saúde está a sua judicialização crescente, com o tratamento de tais políticas a partir de uma lógica de prestação individual de serviços, em detrimento da saúde pública, pensada na lógica coletiva de implementação.

A discussão entre saúde coletiva e atenção médica individual é uma das mais presentes ao longo da construção da agenda pública brasileira⁹ e faz parte integrante das principais críticas apontadas à judicialização da saúde no país e da resposta padrão da Procuradoria do Estado do Maranhão às ações ajuizadas ao longo dos anos de 2009 e 2010 e que foram objeto de pesquisa na dissertação do presente autor (SOUSA, 2013).

A decisão pelo provimento das demandas individuais em todos os casos pesquisados, mesmo implicando um acréscimo desnecessário de gastos ao Poder Público¹⁰, deu-se sem qualquer ressalva, sem seguir os parâmetros

⁹ Conforme apontam Bertolli Filho (1996), Luz (1991) e Bravo (2006).

¹⁰ Tal se deu através do deferimento de pedidos de medicamentos pelo seu nome de mercado, mesmo havendo previsão de medicamento genérico com eficácia comprovadamente equivalente na Relação Nacional de Medicamentos do SUS, a exemplo do que ocorreu com relação ao medicamento Lioresal®, garantido judicialmente em sete dos processos pesquisados

estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça para otimização do provimento jurisdicional (BRASIL, 2010a) e sem qualquer encaminhamento para o tratamento coletivo das questões, baseando-se quase que exclusivamente na fundamentação jurídica de que a saúde e a vida são direitos fundamentais. Nesse sentido, pode-se observar um trecho de decisão paradigmática emanada pelo Superior Tribunal de Justiça e utilizada como fundamento em várias das decisões pesquisadas na dissertação:

O Sistema Único de Saúde-SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.(BRASIL, 2006)

Tais decisões levantam várias questões, dentre as quais, uma será abordada no presente capítulo: pode-se falar em um paralelo entre a forma de decidir dos gestores quando da aplicação de políticas públicas de saúde coletiva e a forma tipicamente jurídica quando das decisões concessórias de medicamentos e tratamentos médicos em caráter liminar?

A hipótese é de que a sacralização da vida do ponto de vista individual e a proximidade do juiz com aquela causa que lhe chega, além da própria formação do direito brasileiro para ser pensado a partir da lógica de demandas individuais, têm influências diretas na forma como os juízes se veem ou deixam de se ver enquanto sujeitos de políticas públicas e vinculados a uma realidade de efetivação de direitos de um ponto de vista coletivo.

Para dar conta de responder à pergunta proposta, cumpre, inicialmente, abordar a forma como se concebe a racionalidade no âmbito das políticas públicas.

4.1 Burocracia e racionalidade decisória em políticas públicas

e com mesma eficácia do diazepam e do clonazepam, ambos constantes na Relação Nacional de Medicamentos do SUS e, portanto, fornecidos gratuitamente. (SOUSA, 2013).

O âmbito de estudos das políticas públicas não é de fácil definição. De fato, vários autores têm trabalhado com definições diferentes do que sejam políticas públicas. Souza (2006) vai apontar pelo menos cinco definições do que seriam tais políticas:

Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.

Celina Souza (2006, p. 26) traz seu próprio conceito, ao estabelecer que o campo das políticas públicas é o campo do conhecimento que tem como seus objetivos “ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente).”

Ponto essencial de qualquer construção conceitual acerca das políticas públicas é a de que estas envolvem um processo decisório que caminha desde a sua formulação, passando por sua implementação, até sua avaliação. Bandeira, Silva e Gonçalves (2014) vão buscar na teoria sobre a burocracia de Weber um primeiro aporte acerca da sistematização da presença de uma racionalidade decisória no âmbito das teorias das organizações. Nesse mesmo sentido, entendem Bin e Castor (2007).

Para Weber (2000, p. 142), a efetividade da autoridade legal burocrática reside, em suma, nas seguintes ideias:

- a) Toda norma legal pode ser estabelecida por acordo ou imposição, visando a fins utilitários ou valores tradicionais – ou ambos;
- b) Todo direito consiste, essencialmente, num sistema integrado de normas abstratas. O processo administrativo é a busca racional dos interesses dentro dos limites legais;
- c) A pessoa que representa a autoridade ocupa um “cargo”;

- d) O que é obedecido é a lei, porque quem obedece à autoridade, o faz por ser membro da associação;
- e) Os membros não devem obediência à pessoa da autoridade mas à ordem impessoal.

Assim, na perspectiva weberiana, a burocracia serve como espécie de mediador racional da administração pública ou privada dentro de um quadro geral de normas a serem obedecidas, contendo diversas vantagens, as quais ele elenca da seguinte forma:

Precisão, velocidade, clareza, conhecimento dos arquivos, continuidade, discricção, unidade, subordinação rigorosa, redução do atrito e dos custos de material e pessoal — são levados ao ponto ótimo na administração rigorosamente burocrática (...) (WEBER, 1982, p.249)

Ponto central da perspectiva de implantação da burocracia pra Weber, a racionalidade no processo administrativo é um fator determinante para garantir que a burocracia alcance resultados melhores que outras formas de organização social.

Interessa, aqui, tecer brevemente alguns apontamentos sobre o que Weber vem a entender por racionalidade.

Em primeira linha, é importante que se diga que Weber não teve como objetivo “elaborar uma teoria *abstrata* e geral da racionalidade ou mesmo qualquer tipo de teoria histórico-teleológica da racionalização” (SELL, 2013, p.9). A pretensão de Weber com sua teoria da racionalidade foi o de utilizá-la como instrumental para a compreensão do processo ocidental e moderno de racionalização.

Para tanto, Weber fez uso do estudo sociológico das grandes religiões do mundo, de modo comparativo. As religiões entram em jogo aqui, na medida em que estas se transformam conforme “proporcionam respostas cada vez mais satisfatórias às exigências colocadas pelas indagações existenciais” (SELL, 2013, p. 34). Ou ainda, conforme afirma Weber:

A ação religiosa ou magicamente motivada, em sua existência primordial, está orientada *para este mundo*. As ações religiosa ou magicamente exigidas devem ser realizadas “para que vás muito bem

e vivas muitos e muitos anos sobre a face da Terra”. (...) A ação religiosa ou magicamente motivada é, ademais, precisamente em sua forma primordial, uma ação racional, pelo menos relativamente: ainda que não seja necessariamente uma ação orientada por meios e fins, orienta-se, pelo menos, pelas regras da experiência. (WEBER, 2000, p. 279)

Assim, “o desenvolvimento da religião é a racionalização porque sistematiza concepções e unifica a ação sob a pressão dos problemas colocados pelas teodiceias religiosas” (SELL, 2013, p. 34).

Ou seja, quanto maior a necessidade de dar explicação coesa e coerente dos fenômenos, mais a religião se desenvolve em uma perspectiva de racionalização. Conforme assinala o próprio Weber:

Para apreciar o nível de racionalização que uma religião representa podemos usar dois critérios básicos, que se inter-relacionam de várias maneiras. O primeiro é o grau em que uma religião despojou-se da magia; o outro é o grau de coerência sistemática que imprime à relação entre Deus e o mundo e, em consonância com isso, à sua própria relação ética com o mundo. (WEBER, 1999, 151)

Assim, “uma teoria (abstrata) da racionalidade e (empírica) da racionalização é, em última instância, subsídio (típico-ideal) construído por Weber, tendo em vista entender as formas de vida racionais que permeiam o mundo em que vivemos” (SELL, 2013, p.9).

De outra banda, observa-se que, em razão desse caráter instrumental, os conceitos de razão, racionalidade e racionalização aparecem na obra weberiana em diversos momentos e contextos, o que dificulta uma sistematização, bem como “uma interpretação unívoca a respeito de sua compreensão da razão e da racionalidade” (SELL, 2013, p.10).

O próprio Weber irá afirmar, em sua obra *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*, que

Nunca uma coisa é “irracional” em si, mas sempre de um determinado *ponto de vista* “racional”. Para quem é irreligioso, toda conduta de vida religiosa é “irracional”, assim como para o hedonista é irracional toda conduta de vida ascética, por mais que, levando-se em conta o valor último de cada qual, se trate de uma “racionalização”. Se o presente ensaio tiver que contribuir para algo, que seja para pôr a descoberto

em sua polivalência¹¹ o conceito apenas aparentemente unívoco de “racional”. (WEBER, 2004, p. 175)

A visão weberiana do que é racional se constitui relacionalmente e “não exclui os fenômenos do não racional, do irracional e do antirracional de sua análise” (SELL, 2013, p. 111). Apesar disso, Weber estabelece distinções entre as possíveis maneiras de se identificar o processo de elaboração racional das ações.

O autor, em sua obra *Economia e Sociedade*, faz a distinção entre a racionalidade formal e a racionalidade substantiva, diferenciando, ainda, a racionalidade meio finalística da racionalidade quanto aos valores.

Nas palavras de Thiry-Cherques (2009, p.899), para Weber:

a racionalidade formal é constituída pela calculabilidade e predicabilidade dos sistemas jurídico e econômico. No campo das organizações, a racionalidade formal está presente em aparelhos como o contábil e o burocrático. Implica regras, hierarquias, especialização, treinamento. A racionalidade substantiva é relativa ao conteúdo dos fins operacionais dos sistemas legal, econômico e administrativo. Difere da formal por ter uma lógica estabelecida em função dos objetivos e não dos processos.

Assim, em outras palavras, a racionalidade formal é dotada de possibilidade de previsão das decisões tomadas, a partir de regras e procedimentos previamente estabelecidos, dos processos de tomada de decisões. Por outro lado, a racionalidade substantiva é relativa aos objetivos, tem a execução de valores como consecução. Thiry-Cherques (2009, p.899) prossegue afirmando que:

A segunda distinção, entre as racionalidades meio finalística e valorativa, deriva do fato de existirem vários tipos de ações e cada tipo corresponde a um grau de maior ou menor racionalidade. A ação que é racional quanto aos fins que se propõe a alcançar, a ação que é racional quanto aos meios empregados, a ação “afetiva”, que é racional quanto aos sentimentos, a ação tradicional que está próxima da irracionalidade, já que fundada unicamente no hábito. De modo que um comportamento racional não precisa, necessariamente, obedecer a uma lógica finalística. Pode ser “valor-racional”, sempre que seus fins ou seus meios sejam religiosos, morais ou éticos e não diretamente ligados à lógica formal, à ciência ou à eficiência econômica.

¹¹ Em sua obra *Max Weber e a racionalização da vida*, Sell substitui a tradução “polivalência” por “multilateralidade”, que, para ele, “remete a ideia de múltiplas dimensões/lados”, em vez de remeter a ideia de valor, da tradução de Macedo (SELL, 2013, p. 90).

Em resumo, para Weber, haveria quatro tipos de ação, quanto à racionalidade: a) a racional quanto aos fins; b) a racional quanto aos meios empregados; c) a racional quanto aos sentimentos e d) a tradicional, que beira a irracionalidade.

Em um primeiro momento dos estudos das políticas públicas, do ponto de vista das ciências econômicas, observa-se a forte presença da chamada Teoria da Escolha Racional como definidora dos parâmetros de posicionamento decisório dos agentes de políticas públicas, pautada a partir de uma visão de ação racional quanto à finalidade ou, quando muito, quanto aos meios empregados.

Diversos autores irão apontar uma forte ligação entre o pensamento weberiano e a Teoria da Escolha Racional, a exemplo de Zenona Norkus, para quem, se Weber não funda essa abordagem, ao menos antecipa-a (SELL, 2013, p. 46)¹².

Isso porque, a Teoria da Escolha Racional apega-se a uma aplicação do método econômico (tendo o *homo economicus* como paradigma) à burocracia e às políticas públicas¹³.

Em breve síntese, a Teoria da Escolha Racional apoia-se nas seguintes premissas: indivíduos racionais diferentes, em uma mesma situação e com um mesmo nível de informação devem tomar uma mesma decisão. Para Bandeira, Silva e Gonçalves (2014), a Teoria da Escolha Racional divide-se em duas outras:

- a) Teoria da Racionalidade Compreensiva: relação de otimização de meios e fins atrelada a fatores objetivos.
- b) Teoria da Racionalidade Limitada: admite certos fatores atenuantes de racionalidade e outros fatores subjetivos que interferem no cálculo dos agentes. (p. 7)

¹² Para mais autores, consultar a nota de rodapé 65 da obra Max Weber e a racionalização da vida (SELL, 2013, p. 46-47).

¹³ Sell aponta que apesar de partir da ciência econômica que lhe é contemporânea, Weber não se limita à visão de *homo economicus*, uma vez que sua metodologia “não se trata de um modelo que tem a ação racional em relação a fins como parâmetro único ou diante do qual as demais formas de ação funcionam apenas como desvios (perspectiva descendente)” (2013, p. 112).

A primeira delas, a teoria da racionalidade compreensiva, está mais relacionada a uma decisão em situações ideais do ponto de vista individual, ou seja, a escolha da alternativa se dá quando o agente da decisão escolhe a melhor alternativa “após cálculo ponderado de custos e benefícios” (Bandeira, Silva e Gonçalves, 2014, p.13). Daí, se pode afirmar que estaria mais afeita à uma equiparação com a ação racional quanto aos fins, conforme aponta Weber.

Aqui, cumpre observar a utilização, de maneira mais evidente, da ideia de *homo economicus*, dos economistas clássicos, segundo a qual “o homem é egoísta, racional e quer maximizar a utilidade” (MATEI, DOGARU, 2012, p. 36, tradução nossa¹⁴)

Para Matei e Dogaru, o *homo economicus* baseia-se nas seguintes premissas (2012, p. 36-37, tradução nossa¹⁵):

- a) Racionalidade perfeita, racionalidade instrumental: o ator é dotado de racionalidade e dependendo de seus objetivos, ele pode fazer suas próprias preferências de acordo com as alternativas disponíveis. Como pessoa racional, o ator tem a capacidade de comparar, de ordenar as preferências e escolher a alternativa mais conveniente;
- b) interesse próprio: os indivíduos procuram alcançar o próprio interesse;
- c) informação completa (perfeita), o ator possui todas as informações necessárias: conhece as alternativas relevantes e possui todos os elementos importantes, conhece as regras que orientam a escolha do grupo e também sabe que outros atores são racionais como ele e buscando seu próprio interesse através das informações que todos mantêm.

¹⁴ No original: “man is selfish, rational and wants to maximize the utility” (MATEI, DOGARU, 2012, p. 36)

¹⁵ No original: “*perfect rationality, instrumental rationality*, the actor is endowed with rationality and depending on its goals he can make their own preferences according to the available alternatives. As a rational person, the actor has the ability to compare, to rank-ordering the preferences, and to choose the most convenient alternative; *self-interest*, the individuals seek to achieve the own interest, *complete (perfect) information*, the actor possesses all necessary information: he knows the relevant alternatives and has all important elements of these, he knows the rules that guide the choice of the group and, also he knows that other actors are rational as him and pursuing their own interest through the information that everybody hold.” (MATEI, DOGARU, 2012, p. 36-37)

Voltando tal modelo para o processo de construção de políticas públicas, poder-se-ia apontar uma sequência de ações necessárias ao *homo economicus*: 1) diagnóstico do problema, (2) identificação e explicação de todas as ações possíveis, (3) avaliação de cada solução usando critérios objetivos derivados dos objetivos e (4) escolha da solução que maximiza o resultado (MATEI, DOGARU, 2012).

Ou seja, primeiro o levantamento das alternativas em termos de políticas públicas, com a escolha da que melhor se coaduna em custo-benefício, para, após, selecionar as ferramentas de implementação da política públicas escolhida.

Tal teoria encontra suas limitações mais óbvias na ausência frequente de informações por parte dos agentes, na percepção estritamente individual da tomada de decisões sem levar em conta os múltiplos agentes e nas múltiplas variáveis que afetam os procedimentos decisórios, a exemplo das outras racionalidades trabalhadas por Weber.

A teoria da racionalidade limitada, por sua vez, surge de uma crítica à teoria da racionalidade compreensiva e defende a ideia de que a racionalidade decisória encontra limites precisamente na ausência de informações completas dos decisores ou na presença de interesses conflitantes ou, ainda, em limitações inerentes à condição humana dos agentes, como falhas na memória ou no processo de comunicação. Assim, os decisores acabam por escolher a alternativa *satisficiente*¹⁶, ou seja, “aquela que atenda a sua necessidade, aquela boa, suficiente” (Bandeira, Silva e Gonçalves, 2014, p.13).

Para Matei e Dogaru (2012, p. 98, tradução nossa¹⁷), a ideia de perseguir o que é satisficiente continua sendo racional porque segue um procedimento racional, mas é uma racionalidade limitada devido a “três tipos de restrições: os limites das capacidades humanas para coletar e processar as informações; (2) as restrições do ambiente organizacional e (3) as restrições de tempo”.

¹⁶ Termo cunhado pelo economista Herbert Simon, como combinação de satisfatório e suficiente.

¹⁷ No original: “...it is a bounded rationality due to three types of constraints: the limits of human capacities to gathering and processing the information; (2) the constraints of organizational environment and (3) time constraints” (Matei e Dogaru (2012, p. 98)

Celina Souza (2006), comentando Herbert Simon, afirma que, para esse autor, a racionalidade limitada pode ser ampliada pela criação de “estruturas (conjuntos de regras e incentivos) que enquadre o comportamento dos atores e modele esse comportamento na direção de resultados desejados” (p. 23 e 24). Veja-se aqui uma aproximação com a ação racional quanto aos meios, cara ao pensamento weberiano.

Apesar das distinções fundamentais entre as duas teorias da escolha racional, pode-se relacioná-las, de um modo geral, ao modelo racionalista de análise de políticas públicas explicado por Dye (2005) quando este aponta que uma política é racional quando “a diferença entre os valores que ela produz e os valores que ela sacrifica é positiva e maior que o saldo de qualquer outra proposta” (p. 112).

Dye (2005, p. 113) aponta diversos problemas a uma análise racional das políticas públicas que, em muito, se coadunam com as críticas levantadas à Teoria da Escolha Racional. Diz ele, dentre outros obstáculos à formulação racional de políticas, que:

- a) Não há benefícios societários sobre os quais normalmente possa chegar a um acordo;
- b) Os muitos benefícios e custos conflitantes não podem ser comparados e ponderados;
- c) Os formuladores de políticas não são estimulados a tomar decisões com base em objetivos societários, mas, ao contrário, a procurar maximizar suas recompensas;
- d) Os formuladores de políticas não são motivados a maximizar o ganho social líquido, mas apenas a satisfazer a aspirações de progresso;
- e) Há inúmeras barreiras à coleta de todas as informações necessárias ao conhecimento de todas as propostas políticas e suas consequências;
- f) A capacidade preditiva das ciências sociais e comportamentais não é suficientemente desenvolvida para capacitar os formuladores de políticas;

- g) Os formuladores de políticas carecem de conhecimento especializado suficiente pra avaliar cuidadosamente os custos e benefícios;
- h) A incerteza quanto às consequências leva os formuladores de políticas a se afastar o mínimo possível das políticas anteriores;

Dados os inúmeros obstáculos levantados, pode-se perguntar se Dye entende possível uma formulação racional de políticas públicas. Daí o autor afirmar que mesmo que tal conceito não seja realista, “ele nos desperta para compreender quão irracional a formulação governamental de decisões de fato é e nos prepara para indagar as razões dessa irracionalidade” (DYE, 2005, p. 127).

A partir de todas as dificuldades de se pensar sobre a presença da racionalidade no âmbito das políticas públicas como as de saúde, que são tomadas por múltiplos agentes, detentores de inúmeras informações e conhecimentos na área é que se pode indagar até que ponto o Judiciário brasileiro está apto ao enfrentamento das demandas da assim chamada judicialização da saúde.

A exemplo das tentativas de racionalização das políticas de saúde pode-se citar a Política Nacional de Medicamentos, que estabeleceu como prioridades: a) adoção e revisão permanente da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME); b) regulamentação sanitária de medicamentos; c) reorientação da assistência farmacêutica com a promoção do uso racional dos medicamentos; e d) organização da atividades de vigilância sanitária de medicamentos. Para os fins do presente trabalho cumpre abordar de forma mais específica tão somente a primeira das prioridades, muito embora todas sejam de difícil dissociação.

A adoção e revisão permanente da RENAME objetiva fornecer à população um rol de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das doenças prevalentes no Brasil e fornecer aos Estados e Municípios uma base para a organização das suas próprias listas de medicamentos e descentralização da gestão de medicamentos. Segundo informações encontradas do site do Ministério da Saúde:

Na Rename, constam os nomes dos princípios ativos dos medicamentos, baseados na Denominação Comum Brasileira (DCB) – denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo aprovado pelo órgão federal responsável pela vigilância sanitária. Estes medicamentos possuem um ou mais princípios ativos, registrados na Anvisa e que apresentam menor custo nas etapas de armazenamento, distribuição, controle e tratamento. Além disso, todas as fórmulas apresentam valor terapêutico comprovado, com base em evidências clínicas (BRASIL, 2010d).

Veja-se que a formulação de tal relação é feita, desde 2005, por uma Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (COMARE), formada por integrantes do Poder Público e da sociedade civil - todos com o dever de delimitar, através de um Termo de Declaração de Interesses, o tipo de vínculo que cada membro da COMARE possa ter com um trabalho financiado por empresa privada, além de, ao início de cada reunião, declarar inexistência de conflito para com as votações realizadas em seus encontros.

Assim, os objetivos da RENAME estão ligados à regulamentação sanitária de medicamentos, que visa à consolidação do uso de medicamentos genéricos e à promoção do uso racional dos medicamentos, com a redução dos custos e a descentralização da gestão.

As sucessivas reformulações da RENAME estão ligadas, segundo afirmado em seu próprio conteúdo, à chamada Medicina Baseada em Evidências, que tem como objetivos a redução das incertezas e a melhoria da eficiência. Conforme nos diz Atallah (2004):

A medicina baseada em evidências é uma ciência e um movimento que visa reduzir a incerteza nas tomadas de decisão. (...) Assim, poderíamos definir a medicina baseada em evidências como medicina baseada na redução da incerteza. A redução da incerteza pode ser feita (por meio da melhoria e do rigor da metodologia) para prevenção dos vieses e do aumento do tamanho amostral em cada estudo ou da realização de metanálises, para diminuição dos efeitos do acaso. Finalmente, essa redução pode ser obtida pela realização de sínteses críticas, ou seja, revisões sistemáticas e, com elas, diretrizes baseadas em evidências, para utilização na prática de profissionais de saúde.

Desse modo, a medicina baseada em evidências parte da concepção de que a medicina está longe de formular uma certeza absoluta acerca de um tratamento específico, mas pode reduzir as incertezas através de

um rigor metodológico na utilização dos estudos sobre determinados tratamentos e medicamentos. Assim é que:

A Rename em seu processo de elaboração é orientada pela saúde baseada em evidências o que garante rigor metodológico de seleção que incorpora ou mantém medicamentos com definida efetividade e segurança, ou os exclui por não cumprirem ao longo do tempo estes critérios. (BRASIL, 2010d)

Vale a pena mencionar, ainda, o trabalho do Conselho Nacional de Justiça, cujos esforços, a partir da criação do Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, têm sido no sentido de racionalização das tutelas judiciais relacionadas com direito à saúde.

No ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, com proposta de recomendar aos tribunais e juízes medidas para subsidiar as suas decisões envolvendo a assistência à saúde. Tal Recomendação possuía, dentre outras, as seguintes medidas:

a) a proposta de celebração de convênios para apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos, “para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais”;

b) que as Corregedorias dos tribunais orientassem seus magistrados a: i.) instruir as ações com relatórios médicos com descrição da doença, CID, prescrição de medicamentos a partir dos princípios ativos; ii.) evitar autorizar fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA ou em fase experimental, etc; iii.) quando possível, ouvir os gestores antes da apreciação das medidas de urgência iv.) verificar se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios; v.) determinar a inscrição do beneficiário em programa de políticas públicas existentes, no momento da concessão da medida judicial abrangida (BRASIL, 2010b).

c) a inclusão de “legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura;

d) promoção de visitas dos magistrados aos “Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON”; (BRASIL, 2010e)

Considerando a autonomia de gestão por parte dos tribunais do país, trata-se apenas de recomendação por parte do Conselho Nacional de Justiça, sem força vinculante.

Contudo, apesar de não ter caráter obrigatório aos tribunais, é inegável a contribuição do Conselho Nacional de Justiça ao tema, haja vista que tal recomendação se coaduna com a discussão presente acerca de uma racionalização da tomada de decisões judiciais, na medida em que propõe estudo especializado dos magistrados acerca da matéria de direito sanitário, consulta direta ao gestor acerca da demanda, bem como, análise das demandas por corpo técnico, qualificado para se posicionar de maneira adequada acerca da demanda pleiteada.

Além disso, a proposta de vedação de concessão de medicamentos em fase experimental ou ainda não aprovados pela ANVISA se coaduna totalmente com a lógica da Medicina Baseada em Evidências, já mencionada anteriormente.

Em anos posteriores, o Conselho Nacional de Justiça continuou tratando sobre o tema, a partir da realização de encontros periódicos e audiências públicas, com construção de enunciados para melhor subsidiar a atuação judicial nesses casos, além de ter estabelecido a criação de Comitês estaduais de acompanhamento da judicialização da saúde.

Apesar disso, em pesquisa realizada em 2013, considerando os anos de 2011 e 2012, e seis tribunais (dois com grande, dois com média e dois com baixa litigância sobre o tema), em análise da maioria das decisões, o Conselho Nacional de Justiça chegou a duas conclusões:

a) “A proporção entre ações coletivas e ações individuais é ainda grande, de modo que a maioria radical das demandas

judiciais de saúde versem sobre ações individuais” (BRASIL, 2015, p.46);

b) A maioria delas “não citou ou tomou como referência as contribuições do CNJ sobre o tema, especialmente as recomendações nº 31 e nº 36, que sugerem estratégias de como os juízes devem lidar com a judicialização da saúde e pública e suplementar na atividade judicante” (BRASIL, 2015, p.46);

c) A maioria delas “não citou ou tomou como referência as contribuições do Fórum Nacional de Saúde e dos Comitês estaduais na atividade judicante” (BRASIL, 2015, p.46).

É diante da formulação de tal política e do quadro apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça, que se faz necessária a análise da judicialização da saúde e discussão acerca de uma racionalização possível das demandas judiciais relativas à concessão de medicamentos.

4.2 Poder Judiciário brasileiro e judicialização da saúde

Antes de se adentrar na discussão acerca da judicialização da saúde, cumpre tecer alguns comentários acerca da constituição do Poder Judiciário no Brasil. Por sua própria formação histórica, o Poder Judiciário brasileiro se concebe, inicialmente, como:

materialização das condições histórico-políticas e das contradições sócio-econômicas, traduzidas, sobretudo, pela hegemonia das oligarquias agroexportadoras ligadas aos interesses externos e adeptas do individualismo liberal, do elitismo colonizador e da legalidade lógico-formal. (WOLKMER, 2001, p.85).

E de caráter fortemente individual, calcado numa visão patrimonialista-liberal para o qual foi construído, sua função após o golpe de 1964 deixou de servir até mesmo para a proteção de certas garantias individuais típicas do liberalismo para servir tão somente às demandas privadas de cunho patrimonialista, haja vista que, à maior parte da população só era dada a possibilidade do exercício da vida no âmbito privado.

Essa privatização da vida no período ditatorial teve como consequência, na abertura política e movimento de constitucionalização, um fortalecimento da agenda no que se refere à questão social, que não implicou mudanças efetivas na realidade da maior parte da população. Ocorreram, em verdade, uma fragmentação institucional e uma paralisia decisória, nos termos de Melo (1998), apontando o autor que essa paralisia se deu por uma saturação na agenda governamental:

Devido não só ao acúmulo de demandas oriundas da crítica ao regime autoritário, mas também às novas demandas potencializadas pela própria mudança de regime e ao amplo conjunto de iniciativas de reforma global e setorial que foram postas em prática pela nova elite dirigente. (MELO, 1998, p.21)

Em larga medida, essa paralisia decisória foi associada, para Melo (1998), a pelo menos quatro argumentos: a) “excessos” de direitos sociais na Constituição de 1988; b) excessos de participação e baixa institucionalização dos conflitos; c) o pacto federativo, o federalismo fiscal e os excessos de descentralização e, finalmente, o que mais interessa aos objetivos do presente trabalho, d) a conversão do judiciário em ator político.

Com essa rearticulação da sociedade civil é que chegaram ao Judiciário as demandas não resolvidas pelos outros poderes – demandas estas que até então eram tidas como políticas, econômicas e sociais, das quais, conforme nos diz Lédio Rosa de Andrade:

São exemplos as questões de terra (ocupações políticas), dos salários (grandes conflitos coletivos e greve – sistema econômico) e, inclusive, pedidos de indenização por mortes ocasionadas pelo regime anterior (política). (ANDRADE, 2001, p. 23 – 24)

Nesse mesmo sentido, destaca Vladimir de Carvalho Luz (2005, p. 157–158):

A instância jurídica, na sociedade brasileira, ao longo das décadas de 70, 80 e 90, foi progressivamente impactada pela nova subjetividade coletiva decorrente dos Novos Movimentos Sociais. Os efeitos desse processo foram significativos na esfera Legislativa, notadamente pela visível ampliação do leque de instrumentos formais de postulação, seja no campo de formação de entidades mediadoras, orientadoras dos

grupos sociais, bem como na instituição de direitos substantivos, metaindividuais, esses últimos, guindados, em sua maioria, ao plano constitucional.

No contexto dessa transformação do Judiciário é que se localiza a sua crise de identidade, na medida em que ele vem sendo demandado a resolver cada vez mais novos tipos de conflitos e demandas coletivas e que ele ainda se configura no contexto de uma cultura jurídica marcada pela racionalidade técnico-formal, com procedimentos ligados às demandas individuais de cunho patrimonialista, motivo pelo qual se faz importante pesquisar acerca dos critérios de racionalidade utilizados nas decisões do Poder Judiciário referentes ao direito à saúde no Estado do Maranhão.

Ademais, a racionalidade própria ao Judiciário quando das suas decisões em muito dista da racionalidade afeita aos processos decisórios de implementação de políticas públicas.

Na pesquisa realizada durante o mestrado no Programa de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão, defendida em 2013, este autor efetuou uma análise da judicialização da saúde no Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010, fazendo o levantamento das principais críticas à judicialização da saúde na literatura especializada e de como estas são ou não pertinentes à realidade maranhense.

Além disso, a pesquisa encontrou um total de 181 processos referentes à tutela da saúde em face do Poder Público nos anos de 2009 e 2010, sendo que nenhum deles obteve negativa por parte do Poder Judiciário, ou sequer um pedido de complementação (emenda à petição inicial, no jargão jurídico) ou de informações por parte do juiz acerca do medicamento ou do tratamento requerido (SOUSA, 2013).

Tal fato, quando vinculado às outras conclusões da pesquisa, desperta a curiosidade para a continuidade do estudo do tema, na medida em que dos 161 medicamentos requeridos nas ações, 39 se encontravam nas Relações Nacionais de Medicamentos Essenciais tanto de 2008 quanto de 2010, ou seja, 39 dos medicamentos requeridos nas tutelas judiciais de saúde estão ou deveriam estar disponibilizados gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde sem que houvesse a necessidade de propositura de ação judicial.

Além disso, dos 161 medicamentos, 83 foram objeto de concessão das tutelas judiciais e liminares pelo seu nome de mercado (17 deles com decisão constando o nome de mercado e o princípio ativo e 66 constando somente o nome de mercado). Tal forma de concessão implica em aumento de gastos por parte do Estado e, por consequência, impactam em outras políticas públicas, sem que haja a necessária adequação ou racionalização da forma de sua concessão.

Assim, demonstrou-se na pesquisa que os juízes maranhenses têm decidido de forma sempre favorável aos pleiteantes, sem qualquer tipo de ressalva quanto à concessão da tutela no âmbito da saúde.

O que pode se depreender da pesquisa realizada é que, nos anos de 2009 e 2010, os juízes das Varas de Fazenda Pública não adotaram qualquer adequação racional quanto aos fins empregados, ao menos do ponto de vista coletivo, ou seja, não houve preocupação judicial com o impacto orçamentário das decisões, considerando a limitação de recursos, ou com o eventual prejuízo do cumprimento de tais decisões à prestação de serviços do ponto de vista coletivo ou ainda com a possibilidade de coletivização das demandas, como, por exemplo, para obrigar a União Federal a incluir os medicamentos mais demandados na lista de medicamentos cedidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde.

Por sua fundamentação de que o direito à saúde é um direito fundamental com aspecto tanto coletivo quanto individual e pela valoração do direito à vida dos demandantes judiciais sem a preocupação com o impacto das referidas decisões nas vidas dos demais afetados pelas políticas de saúde coletiva, as decisões judiciais podem ser vistas, em termos de uma racionalidade weberiana, como mais próximas de uma racionalidade afetiva, ou valor-racional, posto que preocupadas, de uma perspectiva individual, com um valor “vida” resguardado no âmbito de uma moralidade cristã em detrimento de uma lógica científica ou econômica de adequação dos custos e benefícios de um ponto de vista coletivo.

Com tal observação, não se pretende desmerecer a importância do direito à saúde e de sua efetivação pela via judicial no Brasil, mas, ao contrário, reafirmar a necessidade de balizas mais seguras e viáveis econômica e politicamente para a sua consecução a um maior número de pessoas,

considerando que não existem direitos em excesso no ordenamento jurídico brasileiro mas que os recursos limitados devem ser utilizados de modo a ampliar a eficácia, eficiência e efetividade das políticas de saúde no país.

Para confirmação da hipótese levantada no presente trabalho, passar-se-á à análise das decisões judiciais no âmbito do Poder Judiciário maranhense acerca do tema.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM FACE DO ESTADO DO MARANHÃO ENTRE OS ANOS DE 2009 E 2018

Após as discussões prévias, de fundo teórico, passar-se-á a analisar os dados obtidos com a pesquisa de campo realizada, considerando o intervalo de tempo entre o ano de 2009 e o ano de 2018. Assim, o presente capítulo será dividido em quatro partes.

A primeira seção contará com a descrição da metodologia adotada para a feitura da pesquisa de campo. Na segunda seção, serão apresentados, de maneira breve, os resultados da pesquisa realizada na dissertação de mestrado do autor, os quais serão utilizados novamente na presente pesquisa.

A terceira seção contará com a apresentação dos resultados da presente pesquisa de campo e a última seção tratará da discussão acerca dos resultados obtidos em cotejo com a fundamentação teórica apresentada anteriormente.

5.1. Metodologia da pesquisa de campo

Acerca do processo de construção do objeto científico, Bourdieu (2007, p. 34) aponta que:

Construir um objecto científico é, antes de mais e sobretudo, romper com o senso comum, quer dizer, com representações partilhadas por todos, quer se trate dos simples lugares-comuns da existência vulgar, quer se trate de representações oficiais, frequentemente inscritas nas instituições, logo, ao mesmo tempo, na objectividade das organizações sociais e nos cérebros.

Diante de tal aporte teórico faz-se importante a análise e avaliação criteriosa acerca da tutela judicial do direito à saúde no âmbito do Estado do Maranhão, mantendo como que suspensos os lugares-comuns relacionados à delimitação do objeto, alimentando-se a dúvida como maneira de construção do objeto científico a ser estudado.

De outra banda, é preciso se levar em consideração aquilo que Bourdieu chama de “pensar relacionalmente”, uma vez que “é a estrutura das relações objetivas entre os agentes que determina o que eles podem ou não podem fazer” (BOURDIEU, 2004, p.23).

Assim, considerando que os agentes e instituições estão inseridos em *campos*, que obedecem a leis sociais mais ou menos específicas e que “todo campo é um campo de forças e um campo de lutas para conservar ou transformar esse campo de forças” (BOURDIEU, 2004, p.22-23), a construção do objeto científico e a pesquisa devem ter a preocupação com o papel dos agentes dentro de um determinado campo e como eles se relacionam entre si.

O campo jurídico tem sua própria lógica interna que, para Bourdieu, está duplamente determinada:

Por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna dos [sic] obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, desde modo, o universo das soluções propriamente jurídicas. (BOURDIEU, 2007, p.211)

Pela relativa autonomia do campo jurídico, combinada com os efeitos da neutralidade e da universalidade, típicos do discurso jurídico, Bourdieu irá dizer que a violência simbólica do direito faz com que as normas e fórmulas jurídicas pareçam “fundamentadas em uma autoridade transcendente”, quando dependem em parte “da posição ocupada no campo jurídico por quem as anuncia” (BOURDIEU, 2003, p.2).

O autor diz, ainda, que uma análise dessa violência simbólica permite perceber, no direito, “o efeito da auto-legitimação por universalização ou, melhor, por desistorização” (BOURDIEU, 2003, p.2).

Daí a importância de se utilizar dos vários procedimentos de pesquisa elencados a seguir, como forma de se compreender quais os agentes e quais as suas relações dentro do campo (ou campos) em questão, bem como quais as formas e estratégias utilizadas por esses agentes na luta pela conservação e/ou transformação desse campo de forças, bem como quais as fundamentações das decisões judiciais levadas a cabo no processo de universalização do direito à saúde do ponto de vista individual, tal qual se presume, em hipótese, elaborado pelo Poder Judiciário maranhense.

Levando em consideração estes relevantes referenciais teóricos, é que a presente pesquisa parte do estudo das tutelas judiciais de saúde deferidas pelo Judiciário estadual nos anos de 2009 a 2018, levantando as principais

argumentações trazidas por estas e se seguem ou não as diretrizes elencadas pelo Conselho Nacional de Justiça ao longo dos anos, além da utilização de entrevista dos atores envolvidos.

Tais diretrizes do Conselho Nacional de Justiça foram escolhidas, principalmente, em razão de terem sido objeto de discussões e audiências públicas sobre a temática desde o ano de 2010, envolvendo diversos atores da sociedade civil e do Estado e de se coadunarem com a perspectiva de racionalização do procedimento de deferimento das tutelas judiciais.

Para a análise que se pretende fazer da judicialização da saúde no Brasil, partiu-se de uma postura articuladora, que considere a aplicação de diversos procedimentos de pesquisa, que permitam considerar e compreender a dinâmica dos interesses dos diversos agentes, dentro de seus contextos, considerando, ainda, a abordagem qualitativa na interpretação do que representa o deferimento da tutela judicial da saúde para a concretização do direito à saúde dos que buscam o Poder Judiciário maranhense, como também para a Administração Pública, na gestão dos recursos empregados nas políticas públicas de saúde pública.

No que se refere ao procedimento técnico, utilizou-se de:

d) Relatórios fornecidos anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça acerca do panorama da atuação do Poder Judiciário no Brasil (Justiça em Números) e relatório analítico propositivo realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) sob pedido do Conselho Nacional de Justiça intitulado de Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (BRASIL, 2019);

e) Análise dos processos judiciais relacionados à saúde pública e ajuizados nas Varas de Fazenda Pública e Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca de São Luís em que o Estado do Maranhão figure como réu, entre os anos de 2009 e 2018;

f) entrevistas semi-estruturadas com os juízes de primeira instância da 1ª à 5ª Varas de Fazenda Pública e da Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca de São Luís, bem como com Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão que trabalharam com os processos pesquisados, a fim de compreender a racionalidade decisória destes, bem como se o entendimento demonstrado nas entrevistas condiz com os argumentos

jurídicos utilizados nas decisões ou se estes consistem tão somente em artifícios decisórios.

5.1.1 Análise dos relatórios Justiça em Números e “Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”

Anualmente, o Conselho Nacional de Justiça publica um relatório intitulado Justiça em Números, em que dá conta das demandas de todo o Poder Judiciário ao longo do ano anterior, dividindo, dentre outros dados, por Estado, por quantidade total de demandas novas, por quantidade de magistrados e servidores judiciais, etc.

Tais dados serão relevantes para a demonstração do quantitativo total de processos de judicialização da saúde e de como estes tem crescido, em comparação com as demais demandas analisadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

No ano de 2019, o Conselho Nacional de Justiça publicou o relatório intitulado “Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”. O objetivo do referido estudo foi garantir a abrangência nacional no tratamento dos dados acerca da judicialização da saúde e identificar os tipos de demandas e características das decisões judiciais acerca da temática. Conforme apontado na introdução da pesquisa, esta se desenvolveu em três níveis:

a) coletou e analisou dados de gestão processual sobre os processos indexados como demandas de saúde, obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI); b) realizou mineração de dados, por meio de programas computacionais em 24 estados da Federação e dois tribunais federais, em duas fontes de dados, repositórios de jurisprudência e Diários Oficiais da Justiça; e c) desenvolveu um profundo estudo qualitativo de decisões judiciais típicas e entrevistas semiestruturadas com atores-chave em cinco estados, representando as cinco regiões do país. A pesquisa ainda apresenta uma proposta pedagógica para curso de formação de magistrados. (BRASIL, 2019, p. 14 e 15)

A pesquisa do INSPER tomou por base os dados obtidos durante um período de 10 anos, de 2008 a 2017, o que contempla o mesmo intervalo da presente pesquisa, obtendo resultados interessantes que não poderiam ser desconsiderados no presente trabalho e serão abordados na seção 5.2.

5.1.2 Análise dos processos judiciais relacionados à saúde pública e ajuizados nas Varas de Fazenda Pública e Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca de São Luís

A pesquisa documental foi feita a partir das medidas judiciais concedidas nos anos de 2009 a 2018, em caráter de liminar ou antecipação de tutela para assegurar medicamentos, tratamentos cirúrgicos e outras medidas relacionadas ao direito à saúde no âmbito do Poder Judiciário Estadual, em face do Estado do Maranhão.

Muito embora exista o posicionamento dos tribunais brasileiros de que as ações tendentes a garantir o direito à saúde podem ser propostas em face da União Federal, dos Estados ou dos Municípios, na realidade maranhense, o que se observa é que a imensa maioria das demandas é proposta em face do Estado do Maranhão, o que pode ser parcialmente explicado pelo número reduzido de hospitais federais no Maranhão, em comparação com a quantidade de unidades estaduais de saúde.

Ademais, as demandas em face da União Federal teriam que ser propostas no âmbito do Poder Judiciário Federal, o que dificultaria o acompanhamento dos processos na segunda instância, haja vista que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (da qual o Maranhão faz parte) é localizado em Brasília, enquanto as demandas propostas contra o Município de São Luís e o Estado do Maranhão correm, em segunda instância, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, com funcionamento em São Luís.

Por esse motivo, a pesquisa foi realizada a partir da análise dos processos judiciais propostos no âmbito do Poder Judiciário Estadual do Estado do Maranhão, no intervalo entre 2009 e 2018

A escolha do referido intervalo de tempo deu-se: a) em razão da pesquisa anteriormente realizada pelo autor no curso do mestrado, considerando os anos de 2009 e 2010; b) o intervalo de dez anos ser suficientemente considerável para se traçar um panorama do comportamento do Poder Judiciário da capital maranhense acerca da judicialização da saúde; c) durante esses anos pôde-se observar um crescente interesse da mídia e do Poder Judiciário pelo tema, conforme apontado na introdução do presente trabalho; d) possibilidade

de avaliação do papel do Conselho Nacional de Justiça como definidor das diretrizes a serem seguidas pelos juízes.

O Poder Judiciário do Estado do Maranhão estabelece, em seu Código de Organização Judiciária, que a competência para o processamento e julgamento das ações que envolverem a fazenda pública estadual e municipal é das Varas da Fazenda Pública.

Assim, existem oito Varas com tal competência, sendo que três delas detém competência exclusiva para execuções fiscais e as outras cinco (da primeira à quinta) detém competência genérica (o que inclui as demandas judiciais de saúde). Acrescentou-se aqui o Juizado Especial da Fazenda Pública, criado no ano de 2016 e que passou a atender a parcela das demandas de saúde contra o Estado do Maranhão, bem como a Vara de Interesses Difusos e Coletivos, que possui competência para julgar as demandas coletivas ajuizadas em face do Estado do Maranhão pelos agentes legitimados.

A pesquisa foi feita, então, a partir das decisões judiciais dessas seis Varas da Fazenda Pública (inclusive o Juizado Especial da Fazenda Pública) e na Vara de Interesses difusos e Coletivos, com o levantamento de todas as ações envolvendo o direito à saúde com medidas liminares ou com antecipação dos efeitos da tutela, seja para a concessão de medicamentos, seja para o tratamento fora de domicílio, a implantação de órtese e prótese, a internação em hospitais das redes pública e privada, internação compulsória ou demandas diversas tendentes a assegurar o direito à saúde.

Para se chegar à totalidade das ações, o procedimento inicial foi de consulta aos juízes das respectivas Varas da Fazenda Pública acerca da existência de uma lista específica das ações judiciais envolvendo o direito à saúde, na qual foram obtidas as listas da 2ª e da 5ª Vara da Fazenda.

Em seguida, para os casos das outras Varas que não possuíam lista específica, a pesquisa partiu da listagem geral das demandas judiciais que passaram pela Procuradoria Judicial da Saúde, especialização da atuação da Procuradoria Geral do Estado na representação do Estado do Maranhão em todos os processos em que este é parte ré.

Com as informações obtidas, acerca da numeração dos processos, partes envolvidas e, em significativa parcela dos casos, identificação das demandas específicas por parte da Procuradoria, passou-se a verificar o

conteúdo das decisões judiciais, a sua fundamentação, objeto da decisão e se houve ou não deferimento das tutelas requeridas em caráter de urgência.

5.1.3 Análise de entrevistas semi-estruturadas

Por fim, as entrevistas analisadas foram realizadas pela autora Neves (2015) entre outubro de 2014 e julho de 2015 e publicadas em coautoria com Pacheco (2017). A escolha da utilização de entrevistas realizadas pela autora dá-se em razão dos seus objetivos específicos se coadunarem com o objeto de estudo do presente trabalho, bem como em razão de ser pesquisa submetida ao Comitê de Ética em Pesquisa da UNIVERSIDADE CEUMA (parecer nº 519.062, datado de 31.01.2014, conforme informações da autora).

Das sete Varas estaduais elencadas na presente pesquisa, Neves (2015) utilizou seis para sua pesquisa, considerando que o Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de São Luís ainda não estava em funcionamento, tendo realizado entrevista com quatro juízes estaduais, além de quatro Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (de um universo de quinze que analisam os mesmo processos em fase recursal).

Parte das entrevistas deu-se por escrito e parte delas de maneira oral. Em comentário à forma como se deram as entrevistas, a autora relata que:

Não se identificou prejuízo substancial no recebimento das respostas por escrito, embora se deva reconhecer que as entrevistas orais proporcionam maior espontaneidade e franqueza do entrevistado. Ao mesmo tempo, as respostas escritas proporcionam mais tempo para elaboração, maior reflexão e segurança sobre as opiniões, os termos empregados e as posições expostas ao pesquisador, eliminando, por exemplo, o viés do esquecimento ou do nervosismo, que pode prejudicar a interlocução oral. (NEVES, 2015, p. 40)

As perguntas realizadas por Neves foram divididas em três eixos:

a) percepção geral do magistrado sobre a judicialização da saúde; b) parâmetros decisórios e c) possibilidades de melhoria.

Quanto ao primeiro eixo, as perguntas foram:

- 1) qual a percepção sobre o tema?
- 2) a que o magistrado atribui a judicialização da saúde?
- 3) Qual a percepção sobre seu próprio papel?

4) qual a percepção sobre o impacto das suas decisões?

Já no segundo eixo, Neves questionou os magistrados sobre “como proceder para solucionar as demandas por saúde” e no terceiro eixo, “o que sugere para aperfeiçoar esse tipo de demanda”.

Entende-se que, guardadas certas diferenças, as perguntas realizadas por Neves aos magistrados atendem ao proposto no presente trabalho, haja vista que, ainda em sede de projeto de tese, os questionamentos secundários levantados para a presente pesquisa foram:

a) os juízes maranhenses consideram, em seus julgamentos, que suas decisões repercutem na esfera coletiva das políticas públicas?

b) em caso afirmativo, o que os leva a decidir pelo provimento de demandas individuais?

c) em caso negativo, qual visão da saúde e das políticas públicas partilham os magistrados maranhenses?

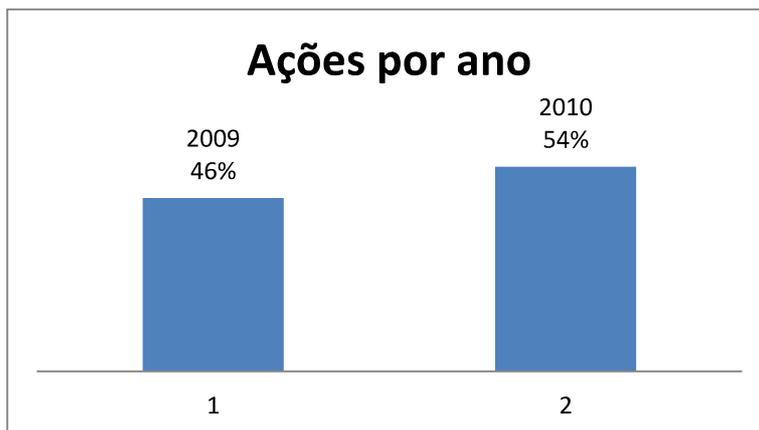
d) como eles veem o papel do Poder Judiciário enquanto ator de políticas públicas na realidade maranhense?

Considerado o exposto, as entrevistas realizadas por Neves serão utilizadas na seção 5.4 do presente trabalho.

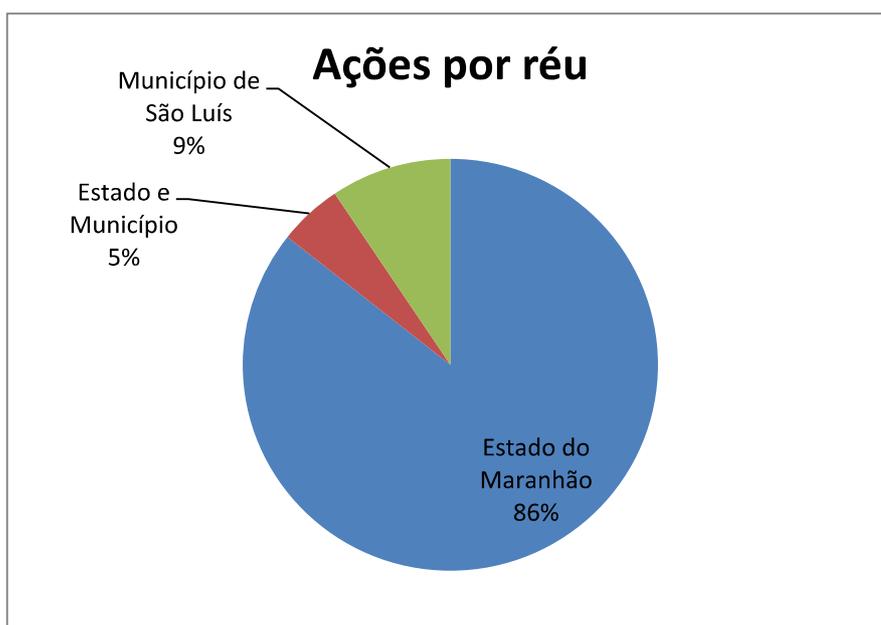
5.2 Da pesquisa de dissertação do autor

Na dissertação intitulada TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS NO ESTADO DO MARANHÃO: uma análise da judicialização da saúde no Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010, o autor realizou o levantamento de todos os processos judiciais envolvendo a judicialização da saúde em face do Estado do Maranhão nas Varas de Fazenda Pública da Comarca de São Luís nos anos de 2009 e 2010.

Como resultado, chegou-se a um total de 181 demandas de direito à saúde nos anos de 2009 e 2010, com um ligeiro crescimento no número das demandas de um ano para o outro, as quais passaram de 83 no ano de 2009 para 98 no ano de 2010, conforme se observa no gráfico abaixo.

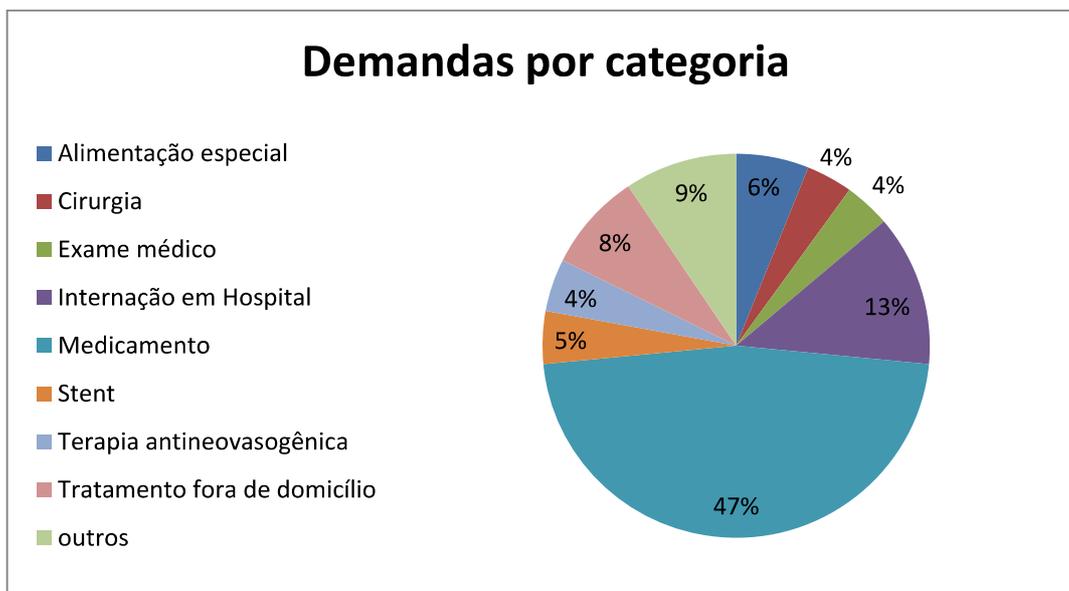


Das 181 demandas propostas nos anos de 2009 e 2010, 155 foram propostas somente em face do Estado do Maranhão e 9 foram propostas em face do Estado e do Município, o que faz com que as ações propostas tendo o Estado como réu correspondam a 91% do total, conforme gráfico abaixo.



Em seguida, passou-se a separar as demandas por tipo, de acordo com as decisões antecipatórias emanadas, chegando-se à conclusão de que, em destaque, 47% do total das demandas diziam respeito a pedidos de medicamentos, seguidos de 13% de solicitações de internação em hospitais públicos ou privados, 8% de solicitações de custeio de tratamento fora de

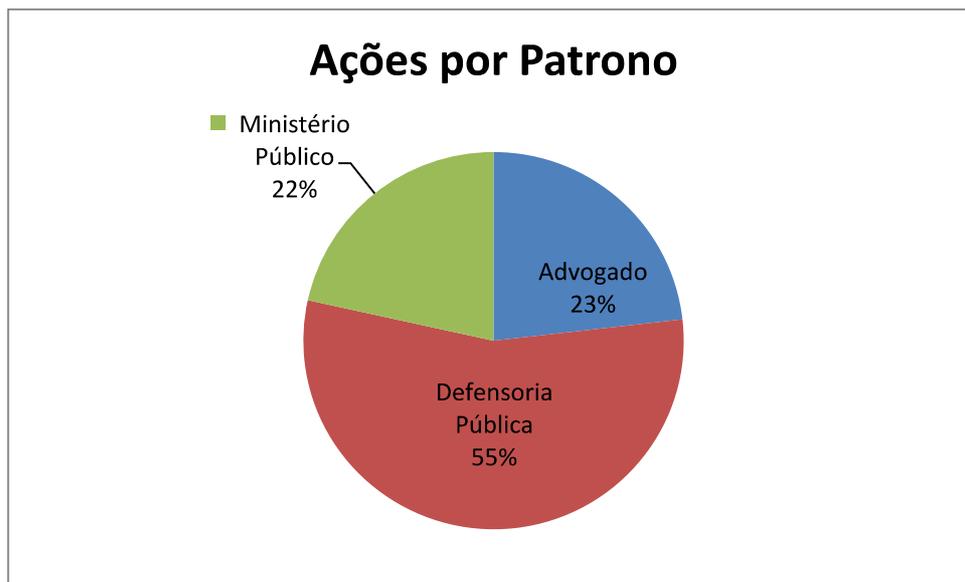
domicílio e 6% das solicitações foram para alimentação especial¹⁸. Os procedimentos de implantação de stent apareceram em 5% das demandas judiciais (2 cypher e 5 farmacológicos), seguidos de pedidos de terapia antineovasogênica¹⁹, exames e cirurgias, cada um com 4% do total das demandas.



Outro dado interessante coletado na pesquisa é que, no caso maranhense, o que se pôde observar é que 55% das ações judiciais propostas nos anos de 2009 e 2010 foram patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado do Maranhão e 22% das ações foram patrocinadas pelo Ministério Público do Estado do Maranhão, enquanto que os 23% restantes foram ações propostas por advogados particulares.

¹⁸ Os pedidos mais variados foram juntados na categoria “outros” e totalizaram 13%, sendo eles: pedido de aparelho de oxigenoterapia (4 casos), bomba de insulina (1 caso), cadeira de rodas (1 caso), dieta enteral (2 casos), eletrodo duplo specify (1 caso), fraudas geriátricas e colchão (1 caso), injeção intra-vítrea de anti-angiogênico (1 caso), máscara nasal e traqueia (1 caso), procedimentos médicos (1 caso), prótese dentária (1 caso), sistema de fixação occipito cervical (1 caso), sondas uretrais e soro (1 caso), transporte para o local de tratamento médico (1 caso).

¹⁹ A terapia antineovasogênica se dá com o uso do medicamento Lucentis® intravítrea (Ranibizumab). Optou-se por não colocar tal medicamento juntamente com os outros por se tratar de ação que visa não somente ao fornecimento do medicamento, como também da sua aplicação através da injeção intravítrea.



É de se observar que a Defensoria Pública do Estado do Maranhão está atrelada ao seu dever constitucional de prestar assistência jurídica integral e gratuita a todos que comprovarem insuficiência de recursos e que, conforme salienta a própria Defensoria Pública em seu Relatório de Gestão 2010/2012, “quase 60% da população maranhense é potencialmente usuária dos serviços prestados pela Defensoria” (MARANHÃO, 2012).

De outra banda, o Ministério Público do Estado do Maranhão, em sua atuação, propôs as ações judiciais através das Promotorias de Justiça da Defesa do Idoso e da Defesa do Portador de Necessidades Especiais, o que já indica a hipossuficiência das pessoas beneficiadas pelas tutelas e liminares deferidas, totalizando 77% das ações judiciais propostas por entidades públicas de defesa dos direitos dos cidadãos.

Outro dado interessante é que, das 181 ações judiciais analisadas, em somente um caso houve pedido para mais de um indivíduo, em ação ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Maranhão. O que demonstra que o Judiciário maranhense, naquela ocasião, não enfrentava demandas coletivas acerca do tema.

5.2.1 As ações com pedido de medicamentos

Das 181 ações judiciais de direito à saúde nos anos de 2009 e 2010 propostas no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Maranhão, 85 foram

visando a que o Estado do Maranhão fosse condenado a fornecer algum medicamento para o autor ou substituído (nos casos das ações propostas pelo Ministério Público).

Nessas 85 ações foi localizado um total de 161 medicamentos, os quais foram catalogados de acordo com o nome de mercado e o princípio ativo, com checagem posterior acerca de sua inclusão ou não nas Relações Nacionais de Medicamentos Essenciais de 2008 e 2010.

Dos 161 medicamentos, 39 se encontravam nas Relações Nacionais de Medicamentos Essenciais tanto de 2008 quanto de 2010, ou seja, 39 dos medicamentos requeridos nas tutelas judiciais de saúde estão ou deveriam estar disponibilizados gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde sem que houvesse a necessidade de propositura de ação judicial.

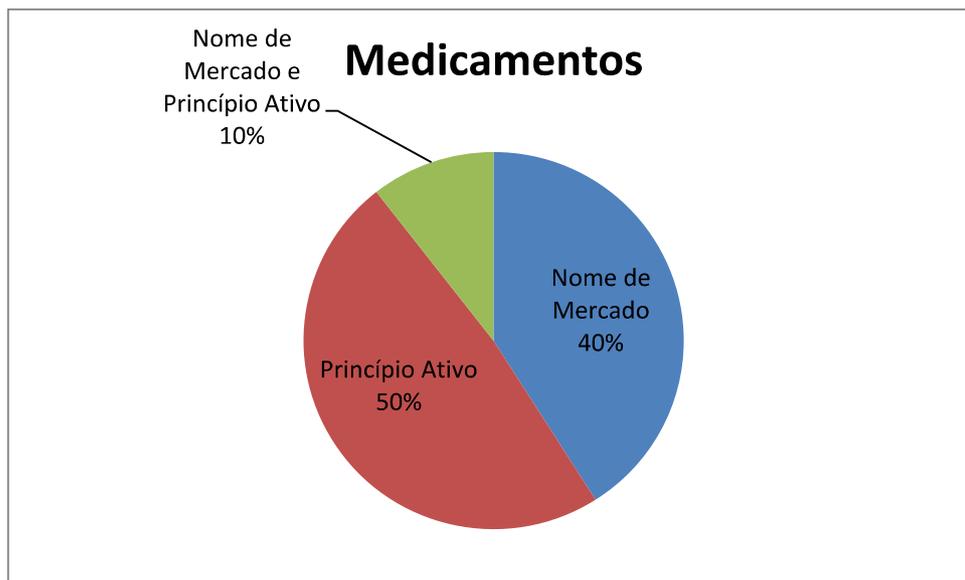
Mesmo assim, as demandas judiciais foram propostas requisitando esses medicamentos, o que pode ser explicado pelo fato de que em quase todas as ações (com exceção de uma²⁰) os medicamentos constantes na RENAME foram requisitados em conjunto com medicamentos que não constavam na lista, ou seja, foram requeridos na mesma ação judicial por se tratar de medicamentos a serem utilizados em conjunto no tratamento da pessoa envolvida na ação.

Outra explicação parcial é que, dos 39 medicamentos constantes na RENAME, 10 foram requisitados tão somente pelo seu nome de mercado²¹, o que obriga a Secretaria de Estado de Saúde a fornecer o medicamento nos exatos termos da decisão judicial, não podendo substituir o medicamento constante na decisão por um medicamento de marca mais barata, por exemplo, ou pelo genérico, que é fornecido gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde.

O que se observa, ainda, é que dos 161 medicamentos, 83 foram objeto de concessão das tutelas judiciais e liminares pelo seu nome de mercado (17 deles com decisão constando o nome de mercado e o princípio ativo e 66 constando somente o nome de mercado).

²⁰ Medicamento “alendronato sódico”, nome de mercado Fosamax, requerido nos autos do processo 34599/2009, da 1ª Vara da Fazenda Pública.

²¹ Os medicamentos foram: Valpakine, Prolopa, Pressat, Somalgin Cardio, Angipress, Buferin Cardio, Rivotril Gardenal, Vonau e Plasil.



Conforme já salientado, isso significa que 40% das decisões judiciais atrelaram o Poder Executivo a fornecer os medicamentos pelas suas marcas, sem levar em consideração se há medicamentos genéricos cobertos pela RENAME ou ainda se há outros medicamentos mais ou menos adequados para o mesmo tratamento, com custos mais reduzidos.

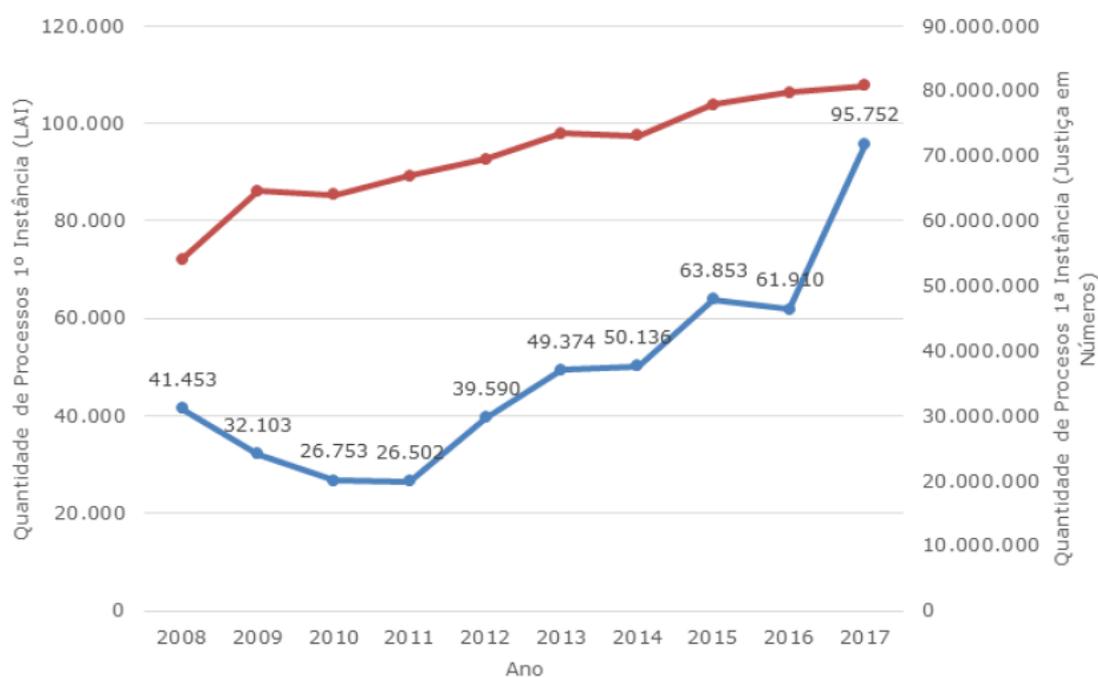
Os dados apresentados na pesquisa da dissertação serão levados em consideração tanto na seção a seguir, em cotejo com os dados obtidos nos demais anos, como também na discussão realizada na seção 5.4 do presente trabalho.

5.3 Apresentação dos resultados

Na presente seção passar-se-á a analisar os dados obtidos junto aos relatórios mencionados nos itens 5.2.1 e 5.2.2 em conjunto com os dados obtidos na pesquisa relatada no item 5.2.3.

Cotejando os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça nos relatórios Justiça em Números de 2008 até 2017 com os dados obtidos pelo INSPER na pesquisa apresentada no relatório Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (BRASIL, 2019) identificou-se um crescimento das demandas de saúde em primeira instância de aproximadamente 130% enquanto que as demais demandas cresceram cerca de 50%.

Tais informações podem ser verificadas conforme gráfico abaixo, elaborado pelo INSPER ao CNJ (BRASIL, 2019), em que, de vermelho, aparece o crescimento das demandas em primeira instância, de maneira geral, e, em azul, aparecem as demandas de saúde em primeira instância, as quais eram de 41.453 (quarenta e um mil quatrocentos e cinquenta e três) em 2008 e subiram para 95.752 (noventa e cinco mil setecentos e cinquenta e dois) em 2017. Veja-se:



O crescimento vertiginoso entre 2016 e 2017 pode ser parcialmente explicado pelo fenômeno da judicialização da Fosfoetanolamina, conhecida como a “pílula do câncer”, caso que será tratado no próximo tópico de forma mais detalhada.

Observa-se, aqui, que o quantitativo apresentado refere-se à judicialização da saúde não só em face dos entes federados, mas também se refere a demandas de caráter privado, em face de planos de saúde e hospitais.

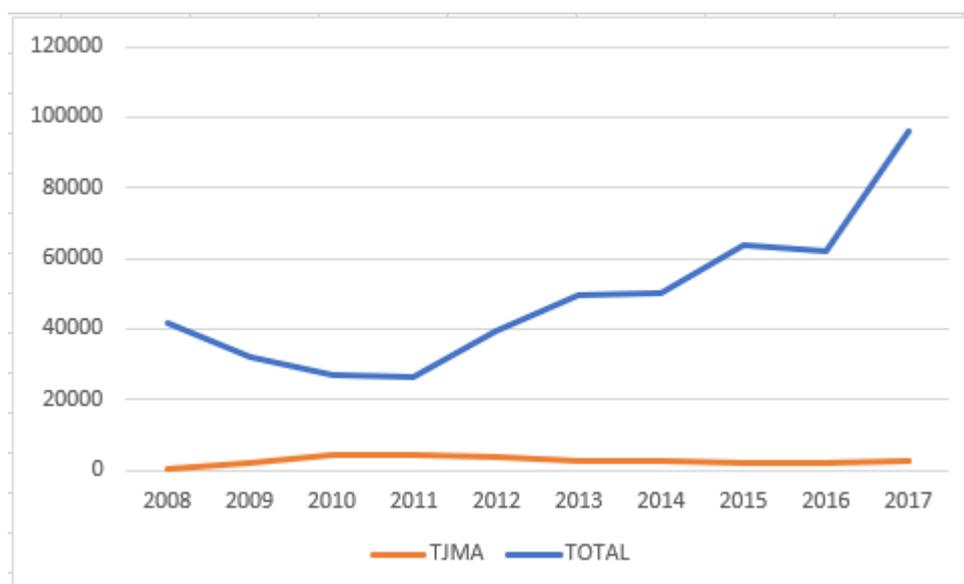
Esses números, de maneira mais detalhada, serão apresentados a seguir, conforme tabela elaborada pelo INSPER à pedido do CNJ na pesquisa Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (BRASIL, 2019).

Veja-se:

TJ	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL
TJAC	0	0	3	9	44	116	217	175	257	266	1.087
TJAL	2	441	1.197	1.103	1.929	1.169	640	1.623	2.935	2.871	13.910
TJCE	159	954	906	1.353	2.410	4.086	4.654	14.759	5.843	28.025	63.149
TJDFT	0	0	1	3	10	26	44	136	585	2.663	3.468
TJES	3	3	8	9	10	31	24	31	46	67	232
TJMA	555	2.244	4.106	4.154	3.438	2.355	2.589	2.186	2.238	2.411	26.276
TJMG	36	376	627	762	1.159	1.836	1.998	2.268	3.625	5.546	18.233
TJMS	39	53	701	1.188	1.986	2.908	4.046	3.940	5.684	5.825	26.370
TJMT	452	2.006	2.362	1.995	2.262	2.151	2.677	1.508	1.495	1.123	18.031
TJPE	529	2.241	2.474	3.245	8.228	12.206	5.531	5.041	6.011	6.261	51.767
TJPI	0	7	7	7	12	23	40	67	41	61	265
TJRJ	36.908	18.390	3.954	23	15	41	115	182	122	173	59.923
TJRN	266	1.406	2.106	2.519	2.484	2.514	2.811	2.483	2.698	4.092	23.379
TJRO	0	0	180	226	579	1.231	308	455	3	0	2.982
TJSC	182	235	388	485	899	1.970	4.561	7.010	8.387	12.303	36.420
TJSP	2.317	3.746	7.729	9.379	14.022	16.531	19.627	21.518	21.356	23.465	139.690
TJTO	5	1	4	42	103	180	254	471	584	600	2.244
TOTAL	41.453	32.103	26.753	26.502	39.590	49.374	50.136	63.853	61.910	95.752	487.426

Figura 19: Número de Processos Primeira Instância 2008-2017

No detalhamento por estado, observa-se que, apesar do crescimento de 130% no Brasil, os números no Estado do Maranhão praticamente se mantiveram, entre 2009 e 2017, em um mesmo patamar, apesar de apresentarem uma diferença no crescimento nos anos de 2010 e 2011, tendo reduzido a seguir. Observa-se, no gráfico a seguir, elaborado pelo autor, a situação do Estado do Maranhão pouco se alterou, principalmente se comparada à situação nacional:



No relatório apresentado pelo INSPER, tem-se, ainda, os percentuais referentes a cada tipo de processo relacionado à saúde por assunto, em que se pode observar que parcela significativa deles está relacionado a planos de saúde e seguros e, portanto, fora do escopo do presente trabalho.

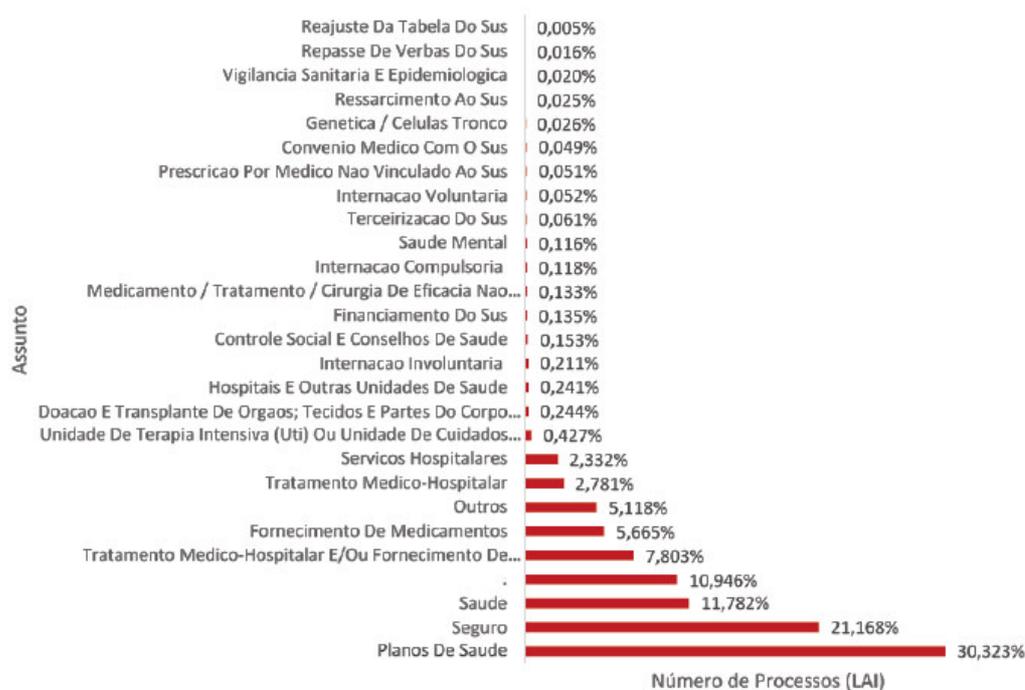


Figura 9: Número de Processos de Saúde por Assunto 2008-2018¹¹

Conforme aponta o INSPER, a Justiça Estadual de São Paulo é “uma das principais responsáveis por esse grande número de processos no Brasil cujo assunto é indexado como “planos de saúde”, tendo distribuído 116.518 casos” (BRASIL, 2019, p. 49).

Enquanto isso, os assuntos que aparecem em terceira colocação, com 11,782% dos casos e genericamente mencionados como “saúde”, “dizem respeito a disputas relativas a saúde pública” (BRASIL, 2019, p. 48).

Os dados levantados na referida pesquisa também indicam uma variabilidade regional. Enquanto, na Justiça Estadual de São Paulo e na de Pernambuco lideram os casos relacionados a planos de saúde, na Justiça Estadual do Rio de Janeiro lideram os casos cujo assunto é “saúde”, enquanto que, em Minas Gerais, a Justiça Estadual tratou mais de casos relacionado a Tratamento medico-hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos e em Santa

Catarina, o assunto mais abordado foi Fornecimento de Medicamentos (BRASIL, 2019).

Quanto a quem mais litiga em primeira instância em casos envolvendo saúde, o relatório apresentado pelo INSPER indica que, no Maranhão, as partes indicadas como “outros” lideram com 26,42% dos casos, enquanto, em segundo lugar com 17,74% temos o Ministério Público Estadual e, em terceiro lugar, com 12,27% temos a Prevent Senior (BRASIL, 2019).

Tal quadro muda em segunda instância, quando temos como parte ativa das demandas recursais no Estado do Maranhão principalmente as operadoras de plano de saúde. Em primeiro lugar, a Seguradora Líder dos consórcios, com 20,83%; em segundo lugar, Bradesco Saúde, com 8,42% e, em terceiro lugar, “outros”, com 8,48% (BRASIL, 2019).

No que se refere aos objetos das decisões judiciais, o relatório apresentado pelo INSPER traz dados interessantes, analisando por regiões do Brasil e levando em conta os acórdãos dos não só dos Tribunais Estaduais mas também dos Tribunais Regionais Federais.

OBJETO	NORTE	NORDESTE	SUDESTE	SUL	CENTRO OESTE	TOTAL
consultas	5,2%	0,8%	1,9%	1,7%	2,4%	1,8%
Erro Médico	6,3%	2,3%	2,2%	4,5%	2,1%	2,9%
Exames	67,9%	40,7%	56,6%	59,9%	33,5%	55,6%
Imunização	0,4%	1,7%	1,2%	1,6%	0,6%	1,3%
Insumo ou Materiais	31,0%	23,4%	42,0%	20,6%	14,9%	33,1%
Insumos	0,1%	0,0%	0,0%	0,1%	0,2%	0,1%
Internação	28,3%	12,2%	19,0%	19,8%	21,8%	19,2%
Leitos	75,2%	69,5%	36,7%	60,3%	52,2%	46,7%
Medicamento	79,2%	56,3%	68,9%	74,6%	52,5%	69,1%
Procedimentos	65,0%	42,5%	49,4%	44,4%	36,9%	47,1%
Órteses Próteses e Melos Auxiliares	69,6%	45,1%	66,5%	63,4%	38,3%	63,0%
Transplante	2,4%	1,5%	1,5%	0,8%	1,1%	1,3%
Vagas	6,5%	2,4%	6,0%	3,5%	12,1%	5,4%

Figura 28: Divisão Acórdãos por objeto por região (apenas Tribunais de Justiça)

Observa-se no Nordeste, a prevalência da tutela de leitos, com 69,5% dos casos, com medicamentos em segundo lugar, com 56,3% dos casos. Tendo em vista que existe sobreposição de objetos em um mesmo processo, o somatório não corresponde a 100%.

Em contraste, observa-se que, na região Sudeste, o pedido por leitos ocupa a 6ª posição, enquanto o pedido por medicamentos lidera, com

68,9%, seguido pelo pedido de órteses, próteses e meios auxiliares, que corresponde a 66,5% dos casos, enquanto no Nordeste corresponde a 45,1% dos casos e ocupa a terceira posição.

Outro dado interessante diz respeito à menção às listas de medicamentos como a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) ou as Relações Municipais de Medicamentos Essenciais (REMUME).

Enquanto, no caso do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, sequer foi possível a análise dos acórdãos por parte do INSPER, no caso de outros Estados, a menção às listas é inexpressiva, com duas exceções (TJMG e TJRO).

TRIBUNAL	RENAME	RENASES	REMUME
TJAC	4,167%	0,000%	0,000%
TJAL	4,411%	0,000%	0,000%
TJAM	4,598%	0,000%	0,000%
TJBA	3,371%	0,000%	0,562%
TJCE	0,471%	0,000%	0,000%
TJDF	1,190%	0,000%	0,000%
TJES	0,794%	0,000%	0,000%
TJMG	16,295%	0,000%	0,172%
TJMS	1,080%	0,000%	0,000%
TJMT	0,251%	0,000%	0,000%
TJPA	6,159%	0,242%	0,000%
TJPB	0,980%	0,000%	0,000%
TJPI	0,000%	0,000%	0,000%
TJPR	0,772%	0,000%	0,000%
TJRJ	5,035%	0,000%	0,000%
TJRN	4,569%	0,000%	0,000%
TJRO	50,000%	0,000%	0,000%
TJRR	0,000%	0,000%	0,000%
TJRS	5,699%	0,006%	0,006%
TJSC	6,715%	0,000%	0,000%
TJSP	2,739%	0,005%	0,005%
TRF1	0,000%	0,000%	0,000%
TRF4	10,324%	0,763%	0,000%
TRF5	0,000%	0,000%	0,000%
Total	4,065%	0,079%	0,005%

Figura 27: Acórdãos que mencionam as Relações de Medicamentos, por Tribunal (Tribunais de Justiça e Federais)

Conforme já mencionado anteriormente, em análise da pesquisa realizada pelo presente autor em sua dissertação, a ausência de menção às listas de medicamentos não indica que estes medicamentos não estejam sendo solicitados por via judicial, haja vista que dos 161 medicamentos estudados anteriormente, houve pedido de 39 medicamentos constantes na RENAME, sendo 10 deles a partir dos nomes de mercado.

A análise por estado também indica que não há uma prevalência de demandas públicas ou de saúde suplementar em nível nacional, havendo grandes diferenças regionais, em que, em alguns estados é maior o número de casos de saúde suplementar e em outros, é maior o número quando se trata de saúde pública. Isso pode ser verificado no gráfico abaixo, também elaborado pelo INSPER no relatório apresentado ao CNJ:

	SUPLEMENTAR	PÚBLICO	% PÚBLICO	TOTAL
TJAC	451	659	59%	1110
TJAL	2.404	12113	83%	14.517
TJCE	53.729	11757	18%	65.486
TJDF	3083	402	12%	3.485
TJES	0	232	100%	232
TJMA	0	26.872	100%	26.872
TJMG	14.032	4.624	25%	18.656
TJMS	9.874	18.466	65%	28.340
TJPE	46.390	6.405	12%	52.795
TJPI	0	266	100%	266
TJRJ	27.827	32.113	54%	59.940
TJRO	2.717	265	9%	2982
TJSC	16.281	21.222	57%	37.503
TJSP	121.847	20.410	14%	142.257
TJTO	867	1.559	64%	2.426

Figura 57: Distribuição regional de processos judiciais em 1ª Instância

Fonte: Base de dados do INSPER.

No caso maranhense, 100% dos casos levantados dizia respeito à saúde pública, correspondendo aos 26.872 casos levantados. Frise-se que isso não indica a ausência de casos relacionados à saúde suplementar no Maranhão, mas tão somente que não foram repassadas as informações devidas ao estudo do INSPER, o que, à toda evidência, indica que os estudos podem merecer reparos.

Chama a atenção, ainda, o baixo número de ações coletivas tratando da temática, fato que já havia sido apontado na pesquisa realizada na

dissertação do autor, quando, de 181 casos, somente um deles tratava de demanda que envolvia mais de um autor.

Conforme se verifica no gráfico abaixo, elaborado pelo INSPER, cerca de apenas 2,35% das ações em nível nacional são coletivas. Isso em análise dos processos em segunda instância, dos tribunais estaduais que forneceram a informação detalhada, excluído aqui o Maranhão. Veja-se:

TRIBUNAL	Nº CASOS NO TJ	Nº CASOS AÇÕES COLETIVAS	% AÇÕES COLETIVAS
TJAC	384	4	1,04%
TJAL	1.519	4	0,26%
TJAM	261	4	1,53%
TJBA	356	18	5,06%
TJCE	1.273	1	0,08%
TJDF	3.193	14	0,44%
TJES	1.008	0	0,00%
TJMG	583	53	9,09%
TJMS	4.630	6	0,13%
TJMT	399	63	15,79%
TJPA	1.656	425	25,66%
TJPB	1.837	160	8,71%
TJPI	33	0	0,00%
TJPR	9.193	33	0,36%
TJRJ	5.502	7	0,13%
TJRN	2.364	144	6,09%
TJRO	44	8	18,18%
TJRR	21	0	0,00%
TJRS	33.131	146	0,44%
TJSC	1.102	72	6,53%
TJSP	80.355	2.298	2,86%
TRF1	9	0	0,00%
TRF4	15.731	404	2,57%
TRF5	3	0	0,00%
Total	164587	3868	2,35%

Figura 64: Casos da 2ª Instância, por tribunal

Fonte: Base de dados do INSPER.

Para finalizar o demonstrativo acerca do relatório elaborado pelo INSPER, cumpre mencionar que o estudo levou em consideração se as decisões judiciais continham ou não relação com os Enunciados do CNJ, já mencionados anteriormente e que contém balizas para as decisões judiciais.

Nesse quesito, as conclusões foram de que:

Os resultados indicam que em primeira instância foram mencionados 19 vezes em 107.497 decisões e em segunda instância 2 vezes em 82.233 decisões. Os achados são estatisticamente irrelevantes e sugerem que há pouca utilização dos enunciados interpretativos do CNJ. (BRASIL, 2019, p. 139)

Por outro lado, apesar de quase não haver menção expressa aos Enunciados, há um crescente aparecimento dos termos específicos constantes nos enunciados dentro das decisões judiciais, a exemplo do termo “prescrição médica”, constante no Enunciado nº. 15, que dispõe que:

As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

Nesse ponto, veja-se tabela elaborada pelo INSPER que demonstra o crescimento da utilização do respectivo termo nas decisões judiciais:

ANO	NÚMERO DE DECISÕES JUDICIAIS COM O TERMO “PRESCRIÇÃO MÉDICA”	PORCENTAGEM DO TOTAL DE PROCESSOS EM SAÚDE
2002	1	5%
2003	4	13%
2004	5	12%
2005	1	2%
2006	9	9%
2007	17	10%
2008	31	11%
2009	77	12%
2010	316	18%
2011	843	22%
2012	2014	23%
2013	5793	28%
2014	6921	30%
2015	7722	35%
2016	6120	33%
2017	2642	35%

Figura 68: Menção ao termo “prescrição médica” em decisões de primeira Instância no Brasil em processos judiciais em saúde

Apesar da discussão acerca de balizas decisórias e critérios de racionalidade começar a aparecer no âmbito do Poder Judiciário quando se refere à tutela da saúde, observa-se que, no caso maranhense, tal situação ainda se mostra carente de avanço, conforme se verá a seguir.

5.4 Discussão

Em análise dos processos judiciais envolvendo a tutela da saúde no âmbito público no Estado do Maranhão, percebeu-se que o Poder Judiciário estadual maranhense aponta que tem seguido os parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, conforme se depreende das entrevistas realizadas por Neves e Pacheco (2017, p. 761):

Os Entrevistados E-3, E-7, E-8, E-9 e E-10 (5/10) citaram expressamente ou fizeram referência às recomendações ou iniciativas do CNJ na tentativa de dar maior eficiência à solução de demandas judiciais envolvendo a saúde, especialmente a Recomendação n. 31 (BRASIL, 2010): “[...] *tenho atendido a Recomendação n. 31/2010 do CNJ, que orienta que os julgadores acionem os gestores de saúde antes de conceder medidas liminares*”, disse o Entrevistado 10.

Veja-se que, conforme apontado pelos autores, os entrevistados 3 e 7 são juízes estaduais, enquanto os entrevistados 9 e 10 são desembargadores estaduais, os quais apontam expressamente as recomendações ou iniciativas do CNJ como balizas de atuação. Ou seja, dos 5 entrevistados que fizeram referência às recomendações, 4 fazem parte do âmbito de estudo do presente trabalho.

Apesar disso, o que se observou é que o Judiciário maranhense tem decidido as demandas de saúde movido não tanto pelos referidos critérios mas antes, conforme já mencionado anteriormente, a partir de uma racionalidade afetiva, ou valor-racional, considerando a preocupação individual com um valor “vida” resguardado no âmbito de uma moralidade cristã e com a preservação da própria paz de “consciência”.

Isso se depreende a partir de algumas decisões judiciais referentes aos anos estudados na presente pesquisa, as quais se passa a colacionar aqui alguns trechos exemplares:

Em processo judicial ajuizado em 2009, cujo pedido dizia respeito ao fornecimento do medicamento SORAFENIBE 400mg, foi decidido que:

a proteção judicial vindicada pelo requerente **envolve o mais fundamental de todos os direitos, o direito à vida**, positivado no art. 5.º da CF/88 e assegurado em diversos dispositivos espalhados no texto constitucional vigente. Não bastasse essa previsão constitucional ser suficiente para a concessão da presente tutela, o pleito autoral encontra sustentáculo, também, no art. 196 da Constituição Federal de 1988(...). Nesse passo, a proteção judicial vindicada pela requerente envolve **direito fundamental à vida, compreendendo o direito à vida digna**, positivado no art. 5.º, da CF/88 e assegurado em diversos dispositivos espalhados no texto constitucional vigente. (MARANHÃO, 2009, **grifo nosso**)

Já no ano de 2010, em caso referente a tratamento em Unidade de Terapia Intensiva, o direito à saúde aparece indissociável da perspectiva do direito à vida:

O direito à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público,(...). Além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - **o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público**, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, **não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.** (...), pois a demora no trâmite processual acarreta o receio de **dano irreparável à saúde e à própria vida da autora. A privação do tratamento em Unidade de Terapia Intensiva de que necessita, poderia ocasionar lesão irreversível à beneficiária da presente ação judicial.** (MARANHÃO, 2010, **grifo nosso**)

De maneira similar, tem-se decisões exemplificativas dos anos seguintes:

a) Em 2011, em solicitação do tratamento de alto cateterismo limpo e colinérgico (cloreto de betenecol 25mgs diários):

Com efeito, **a proteção judicial vindicada pelo requerente envolve direito fundamental à vida, compreendendo o direito à vida digna, positivado no art. 5.º, da CF/88 e assegurado em diversos dispositivos espalhados no texto constitucional vigente.** Além disso, relaciona-se com um dos fundamentos básicos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, da CF/88). Não bastasse, o pleito autoral encontra sustentáculo, também, no art. 196 da Constituição Federal de 1988, (...) não pode o réu furtar-se de seu dever maior, sob a alegação de

que não tem condições financeiras de custear as despesas oriundas do tratamento da autora, principalmente, porque o ordenamento jurídico brasileiro consagra a vida e a saúde como bens que têm real precedência sobre todos os demais tutelados juridicamente. (MARANHÃO, 2011)

b) No ano de 2012, quando o autor da ação solicitou medicamento PLAKETAR 250 mg, em que o juiz taxativamente afirmou que as vedações acerca da probidade e do processo licitatório não podem se colocar acima do direito à vida:

Tratando-se de caso urgente que envolve perigo à integridade física, insuficiência coronária do autor, e no caso de não haver o medicamento em estoque do réu, dispensável é o processo licitatório, haja vista que **as vedações constantes nas regras de probidade não podem ser superiores ao direito constitucional à vida**. Demais disso, há previsão legal de dispensa de licitação para os casos dessa natureza (art. 24 da Lei 8.666/93). Por outro lado, o periculum in mora torna-se evidente, eis que **os medicamentos se mostram necessários para diminuir os riscos de progressão da doença do autor e, portanto, resguardar o próprio direito à vida**. (...). (MARANHÃO, 2012)

c) No ano de 2013, quando apesar da Secretaria de Saúde Estadual ter informado que não poderia atender ao pedido administrativo da Defensoria Pública, por não estar o medicamento previsto para a moléstia da autora da ação, a liminar foi deferida nos termos abaixo:

Compulsando os autos, observo que o objeto da presente ação, é o fornecimento do medicamento GABAPENTINA 300MG, via oral de doze em doze horas, sessenta comprimidos mensais, por tempo indeterminado, (...) Nesse passo, a proteção judicial vindicada pela requerente envolve **direito fundamental à vida, compreendendo o direito à vida digna, positivado no artigo 5.º, da CF/88 e assegurado em diversos dispositivos espalhados no texto constitucional vigente**. Além disso, relaciona-se com um dos fundamentos básicos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III, da CF/88). Não bastasse, o pleito autoral encontra sustentáculo, também, no art. 196 da Constituição Federal de 1988, (...) (MARANHÃO, 2013).

d) Em 2014, quando decisão com fundamentação exatamente igual à dos anos anteriores, com exceção do medicamento em questão:

Compulsando os autos, observo que o objeto da presente ação, é o fornecimento do medicamento TOBRAMICINA 300 mg, na quantidade de 90 flaconetes, e mais o medicamento ADEK suspensão oral, na quantidade de 12 frascos por ano, enquanto durar o tratamento e de forma ininterrupta, vez que a autora é portadora de doença grave

chamada fibrose cística. Nesse passo, a proteção judicial vindicada pela requerente **envolve direito fundamental à vida, compreendendo o direito à vida digna, positivado no artigo 5.º, da CF/88 e assegurado em diversos dispositivos espreitados no texto constitucional vigente**. Além disso, relaciona-se com um dos fundamentos básicos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III, da CF/88). Não bastasse, o pleito autoral encontra sustentáculo, também, no art. 196 da Constituição Federal de 1988, (...) (MARANHÃO, 2014).

e) Do mesmo modo, em 2015, quando a alegação de incapacidade econômico-financeira do Estado do Maranhão é taxativamente afastada em nome do direito constitucional à vida para realização de tratamento de hemodiálise em hospital da rede pública ou privada de saúde, sob as expensas do Estado:

Vale ressaltar que, mesmo que exista justificativa do ente público sob alegação de carência de recursos não pode obstar o direito constitucional à vida. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do ente estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine ao réu o custeio do tratamento adequado à parte autora, de forma a minimizar os sintomas de sua patologia, proporcionando a ele uma vida mais digna, o que, aliás, é um dos objetivos principais do Estado brasileiro (MARANHÃO, 2015)

Tais argumentos repetem-se ao longo dos anos e demonstram a existência de decisões com modelos de fundamentação já previamente elaborados, cuja repetição e adaptação ao caso corrente apontam a propensão dos juízes em deferir as medidas sem que haja maiores preocupações com as balizas técnicas levantadas pelo Conselho Nacional de Justiça ou mesmo para com estudos acerca da aplicabilidade dos medicamentos e tratamentos aos casos em questão.

As entrevistas realizadas por Neves e Pacheco (2017) corroboram tal afirmação, na medida em que o primeiro entrevistado, juiz estadual, afirmou que:

Veja como fica cômodo para o Poder Público: o Poder Público tem [...] um hospital materno infantil que tenha, por exemplo, dez UTIs neonatal e tem dez crianças lá nessas UTIs e mais 20 crianças que precisam delas. Mas, não tem vaga. Vem o Poder Judiciário e diz: “tem uma criança aqui que tem que ir para uma dessas vagas”. Fica fácil para o Poder Executivo, porque ele não precisa fazer “a escolha de Sofia”, o Judiciário faz pra ele, e, com isso você acaba matando outras pessoas [...] o Judiciário não tem como saber se essa criança, para ser atendida, precisa matar outra.

Enquanto o entrevistado 2, Desembargador estadual, disse categoricamente que “Muitos juízes hesitam na liminar porque ficam com medo de, em caso de morte, nesta situação, dizer que foi a justiça que se omitiu” (NEVES e PACHECO, 2017).

Nesse mesmo sentido, o entrevistado 5, igualmente Desembargador estadual, para quem:

Você fica naquele dilema se concede ou não concede uma liminar. Na dúvida, eu pensei: “Quer saber de uma coisa? Melhor conceder porque se esse cara morrer eu não vou ficar com esse peso na consciência”. São demandas difíceis, é importante dizer. Nós, do Judiciário, às vezes ficamos em uma situação delicada, de saber se estamos tomando a decisão correta, pois é uma demanda emocional, além de ser jurídica, tem todo um envolvimento emocional por envolver questões de saúde.

Interessante observar que o entrevistado 5 coloca expressamente a questão da sua consciência quanto à decisão, bem como os aspectos emocionais que envolvem as demandas de saúde e a posição previamente favorável ao deferimento dos pedidos.

Tal se observa igualmente nas respostas dos demais entrevistados por Neves e Pacheco, como no caso do entrevistado 1:

o Judiciário não tem como saber se essa criança, para ser atendida, precisa matar outra [...] O juiz não tem como fazer esse juízo de valor, ele tem é que avaliar o caso concreto: se essa pessoa precisa de atendimento, eu determino que ela seja atendida. (NEVES e PACHECO, 2017)

No mesmo sentido, Neves e Pacheco trazem os relatos do entrevistado 2:

então, geralmente lidamos com liminares. E, nessas liminares, [...] se tem um juízo quase superficial, mas só que saúde é um caso exauriente porque é ou não é, se negar pode morrer. Ele tem que ser dado, mesmo que, na eventualidade esteja-se cometendo um erro, um exagero, uma precipitação diante do alarme do caso concreto. É melhor dar mais garantia para o cidadão [...], porque pode ser irreversível uma negação.

Os erros ou exageros do Judiciário são, assim, aceitáveis, ante o receio da morte do autor da ação judicial, mesmo que isso implique na morte de outra pessoa, que poderá eventualmente ser prejudicada com uma decisão judicial que, por exemplo, coloque o autor da ação em um leito que poderia ser de outro.

Some-se a isso que a discussão acerca de quais medicamentos são objeto de tutela estatal não só se relaciona com uma ingerência que faz com que o Estado do Maranhão gaste bem mais do que poderia gastar como também está relacionado com a inserção dos medicamentos em uma lógica de mercado, haja vista inserir a concessão de medicamentos pela via judicial no âmbito de interesses privados.

Isso porque há uma escolha subjetiva e nem sempre motivada dos médicos em prescrever um medicamento de determinada marca e não de outra, segundo os seus próprios critérios, que nem sempre tem em vista o melhor para o paciente, mormente quando pode e deve ser do seu conhecimento que existem tratamentos tão ou mais adequados que estão presentes na RENAME ou são mais acessíveis às condições socioeconômicas do paciente atendido.

Em pesquisa divulgada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e encomendada por este ao Datafolha Instituto de Pesquisas entre dezembro de 2009 e janeiro de 2010, restou confirmado que 93% dos médicos afirmam ter recebido produtos, benefícios ou pagamentos da indústria considerados de pequeno valor (até R\$ 500,00) nos últimos 12 meses e 77% dos médicos declaram que conhecem médicos que aceitaram da indústria produtos, benefícios ou pagamentos de maior valor (acima de R\$ 500,00), nos últimos 12 meses, enquanto apenas 37% afirmam que receberam e aceitaram algum deles (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2010).

Outro dado da aludida pesquisa que causa alarme é que 33% souberam ou presenciaram recebimento de comissão por indicação e recomendação de procedimento desnecessário, enquanto há uma efetividade de 48% das visitas dos representantes da indústria farmacêutica.

Além disso, há pareceres e Notas Técnicas elaborados no âmbito do Ministério da Saúde e da própria Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (COMARE) explicitando o motivo da não inclusão na RENAME de vários dos medicamentos que foram solicitados através das ações judiciais propostas no âmbito do Judiciário maranhense.

Como exemplo, temos o medicamento Mabthera® (rituximabe), que foi requerido em três das ações judiciais. No caso de tal medicamento, a

Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC-SUS) deliberou, em seu colegiado, pela sua não incorporação no âmbito do SUS para tratamento da doença Púrpura Trombocitopênica Idiopática (PTI), não só pelo custo do medicamento, mas também por:

I - Estudos observacionais que sugerem melhora das contagens plaquetárias associada ao uso de rituximabe em pacientes com púrpura trombocitopênica idiopática refratária, também apontam para toxicidade importante.

II - Não foram localizados estudos randomizados controlados para determinar a efetividade do rituximabe para tratamento da PTI.

III - O real benefício clínico do rituximabe no tratamento de pacientes com PTI não pode ser adequadamente determinado.

IV - O registro do rituximabe na ANVISA não inclui indicação para tratamento de PTI (BRASIL, 2012b)

Outro medicamento a ser citado é o Lioresal® (Baclofeno), que foi requerido em sete das ações judiciais. No caso de tal medicamento, o que se observa é que, além deste não ser oferecido pelo SUS, estão disponibilizados na RENAME o diazepam e clonazepam, sendo que, segundo a Nota Técnica ABS N° 124/2012/NUT/CODAJUD/CONJUR-MS, de maio de 2012:

O diazepam* é o mais antigo medicamento empregado no tratamento da espasticidade de origem medular e cerebral, sendo amplamente utilizado. O baclofeno é eficaz na redução da espasticidade e dos espasmos, nos pacientes com lesões medulares devidas à esclerose múltipla ou a outras etiologias, embora não apresente efeito sobre hiper-reflexia, clônus, nem sobre as funções de deambulação e atividades da vida diária. A eficácia do diazepam* é semelhante à do baclofeno. Uma revisão sistemática avaliou a eficácia clínica de tratamentos orais para espasticidade na esclerose múltipla e concluiu que baclofeno, dantrolene, diazepam* e tizanidina são eficazes na redução da espasticidade. Há, no entanto, poucas evidências de que essas drogas conduzam a uma melhoria na funcionalidade do paciente, e não há nenhuma evidência para sugerir qualquer diferença entre as drogas. (BRASIL, 2012c)

Outro remédio que aparece de forma recorrente nas ações judiciais é o Retemic® (oxibutinina), requerido em nove das ações judiciais. No caso de tal medicamento, o que se observa é que, além deste não ser oferecido pelo SUS por não apresentar uma diferença significativa se comparado com o tratamento com placebo, estão disponibilizados na RENAME outros medicamentos de forma alternativa, segundo a Nota Técnica N° 90/2012 da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, de maio de 2012:

Estudo relata que adultos com bexiga hiperativa eram mais propensos a relatar cura ou melhora ao serem tratados com anticolinérgico ativo (oxibutinina). No entanto, parece que o tratamento com o placebo, possui uma resposta grande, pois 41% das pessoas relataram cura ou melhora dos sintomas. O benefício adicional de tratamento ativo foi de cerca de 15% a mais melhorado ou curado (equivalente a um número necessário para tratar de sete). Sete ensaios fizeram comparações de oxibutinina e placebo. O risco de boca seca foi mais do que duas vezes maior no grupo de oxibutinina. Revisão sistemática comparou o uso da oxibutinina versus placebo em 30 crianças. Não foi encontrada nenhuma diferença significativa no número de noites em que ocorreu enurese noturna, entre oxibutinina e placebo. (...) Alternativamente, o SUS oferece os medicamentos cloridrato de amitriptilina, cloridrato de clomipramina, cloridrato de nortriptilina e cloridrato de fluoxetina (antidepressivos); haloperidol e clorpromazina (antipsicóticos); clonazepam e diazepam (benzodiazepínicos ansiolíticos), por meio do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, que é a primeira linha de cuidado medicamentoso do sistema. (BRASIL, 2012d)

Tais exemplos só demonstram que é pertinente a crítica levantada acerca da limitação técnica dos juízes para a análise e deferimento das medidas judiciais de saúde, em especial no que se refere aos medicamentos, haja vista decidirem de forma por vezes contrária aos estudos dos especialistas da área, determinando que o Estado do Maranhão arque com os custos de medicamentos que nem sequer tem eficácia comprovada ou ainda que possuem similar já amparado no âmbito da Política Nacional de Medicamentos do Sistema Único de Saúde.

Assim, todo o rigor metodológico nos estudos realizados pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, reforçado com o objetivo de dar mais eficácia e maior racionalidade custo/benefício à distribuição e utilização de medicamentos no país acaba por ser completamente desconsiderado quando das decisões judiciais tais quais as observadas no decorrer da presente pesquisa.

Nesse ponto, cumpre assinalar que, em 30 de março de 2010, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação nº 31, de 30 março de 2010, em que recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Em tal recomendação, vem estabelecido, no item I, b), b.1), que:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

(...)

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; (BRASIL, 2010e)

Contudo, tal recomendação não se faz o suficiente para resolver o problema, haja vista que, em se tratando de medida de urgência em que a vida de alguém se encontra em questão, dificilmente algum juiz irá determinar que a petição inicial seja emendada com a correção do relatório médico para a inclusão da denominação genérica ou princípio ativo²².

Isso porque, conforme já salientado em capítulo anterior, a concepção de vida construída na perspectiva ocidental cristã, bem como a formação individualista do Poder Judiciário brasileiro, leva ao deferimento das medidas liminares sem o cotejo com os aspectos técnicos necessários a uma racionalização burocrática destas.

O quadro geral da situação das tutelas e liminares envolvendo a concessão de medicamentos deixa claro que os juízes estaduais não possuem, atualmente, meios para lidar com a questão da judicialização da saúde, nos moldes em que esta tem sido apresentada, não só pela própria formação do Poder Judiciário como também pelas questões técnicas envolvidas na prescrição de medicamentos e no estabelecimento das políticas nacionais de medicamentos.

Surge daí a necessidade urgente de se rediscutir a situação da judicialização da saúde no Estado, com a criação de mecanismos adequados e/ou um corpo técnico que auxilie o Poder Judiciário na resolução dessas demandas.

²² De acordo com o art. 284 do Código de Processo Civil, o juiz deve determinar ao autor da ação que a emende no prazo de 10 (dez) dias se faltar algum dos documentos necessários ao processamento da ação.

Patente, portanto, a necessidade de incorporação de um corpo técnico capaz de analisar a necessidade e utilidade dos medicamentos prescritos nos receituários médicos e que são objeto das tutelas judiciais, bem como analisar a sua relação custo-benefício, levando em consideração os estudos consolidados e mais baseados em evidências na área médica.

Este, aliás, foi o caminho tomado pelo Estado da Paraíba. Por ocasião do Simpósio Judicialização da Saúde, patrocinado pelo Tribunal de Justiça da Paraíba e realizado nos dias 14 e 15 de dezembro de 2012, os participantes decidiram e aprovaram a chamada “Carta de João Pessoa”, que tem como um dos enunciados o seguinte: “Recomenda-se nos pleitos relativos à saúde pública consulta técnica a Câmara Técnica antes da apreciação dos provimentos liminares” (PARAÍBA, 2012)

Segundo notícia veiculada no site do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba em 23 de janeiro de 2013:

a Câmara Técnica em Saúde atuará com uma equipe composta por 8 profissionais, sendo 2 médicos, 4 farmacêuticos e 2 nutricionistas e terá entre outras atribuições, a manifestação prévia em ações judiciais distribuídas perante o Poder Judiciário em face do Sistema Único de Saúde (PARAÍBA, 2013).

Interessa observar, ainda, que tal Câmara só atende quando a autoridade judiciária achar necessário e que:

O Parecer Técnico da CTS deverá ser elaborado de acordo com critérios da Medicina Baseada em Evidências, entendendo-se esta com aquela que integra as melhores evidências de pesquisa e eficácia em relação a enfermidade do paciente. (PARAÍBA, 2013)

Veja-se que já há projetos em funcionamento e em fase de implantação e que podem auxiliar na estruturação de tais mecanismos para a realidade maranhense.

Por fim, em acréscimo, cumpre observar que o tratamento dado pelos próprios entes públicos envolvidos na judicialização da saúde caminha para o âmbito da individualização das demandas, haja vista que de todas as ações propostas nos anos de 2009 e 2010, somente uma, proposta pelo Ministério Público, envolvia o fornecimento de medicamentos para mais de uma

pessoa²³, conforme levantamento feito pelo presente autor no âmbito da sua dissertação.

Tal forma de lidar com a questão do fornecimento de medicamentos, ainda que seja juridicamente viável, esvazia a discussão do campo da política, fragmentando demandas que poderiam se dar no âmbito coletivo, por exemplo, com a propositura de ações visando à inclusão na RENAME daqueles medicamentos mais buscados de maneira individual no âmbito do Poder Judiciário. Nesse sentido, Barroso aponta que:

a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discutirlos. Será possível ter uma idéia mais realista de quais as dimensões da necessidade (e.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo. (BARROSO, 2008, p. 31)

Um grande exemplo desse problema deu-se no caso referente à Fosfoetanolamina, conhecida como pílula do câncer e já mencionada anteriormente. No ano de 2015, algumas pessoas em tratamento contra o câncer passaram a utilizar uma reprodução sintética da fosfoetanolamina, produzida por um professor de química da Universidade de São Paulo. Tal substância, na sua versão naturalmente produzida pelo corpo, auxilia o sistema imunológico na eliminação de células malignas.

Ocorre que tal substância sintética não havia sido aprovada para uso ou sequer para testes em seres humanos. Desse modo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu pela proibição da distribuição da referida substância, ocasionando, como reação, o ajuizamento de milhares de ações judiciais no Brasil todo em face da Universidade de São Paulo, com a obrigação do fornecimento do referido medicamento.

O próprio Supremo Tribunal Federal posicionou-se suspendendo a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão do Ministro

²³ Ação Civil Pública n°. 28530/2009, com trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública, visando ao fornecimento dos medicamentos Micofenolato Sódico 360 mg e Rapamicina (Sirolimus) 2 mg, Tacrolimus, Ciclosporina, Micofenolato Mofetil e Azatioprina para 222 substituídos.

Edson Fachin a favor de uma paciente em estado terminal (BRASIL, 2015). Com isso, o caso ficou ainda mais conhecido no país, aumentando o ajuizamento de processos, o que explica parcialmente o crescimento vertiginoso do número de ações entre 2015 e 2016.

O caso da Fosfoetanolamina chamou tanto a atenção da agenda pública da saúde que, em 13 de abril de 2016, foi sancionada a Lei nº. 13.269, que autorizou o uso da substância para pacientes com neoplasia maligna sem o registro sanitário devido.

A referida lei foi suspensa em decisão do STF, logo em seguida, conforme quadro elaborado pelos autores Castro e Almeida (2018):

~1994 – 2014	FS é distribuída sem impedimentos normativos do IQSC.
Junho de 2014	Emite-se a Portaria do IQSC 1.389/2014, que suspende a distribuição das cápsulas pela universidade.
A partir de junho de 2014	Os pacientes passam a acionar a Justiça para conseguir liminares favoráveis à obtenção das cápsulas.
Setembro de 2015	O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) suspende as liminares que garantiam a obtenção das cápsulas pelos pacientes.
Outubro de 2015	O Supremo Tribunal Federal (STF) suspende a decisão do TJ-SP.
Outubro, novembro e dezembro de 2015	O caso da FS ganha ampla publicidade e catalisa a busca de pacientes pela droga.
29 de outubro de 2015	Acontece audiência pública no Senado Federal.
8 de março de 2016	A Câmara dos Deputados aprova a Lei 4.639/2016, que autoriza o uso da FS sem registro sanitário.
22 de março de 2016	O Senado Federal aprova a Lei 13.269/2016, que autoriza o uso da FS sem registro sanitário.
13 de abril de 2016	A Lei 13.269 é sancionada pela presidenta da República.
19 de maio de 2016	O STF defere a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 e suspende a eficácia da Lei 13.269.

O caso da fosfoetanolamina sintética bem ilustra que não só o Judiciário maranhense, mas toda a agenda da saúde pública por parte do Poder Judiciário pode ser levada à tomada de decisões precipitadas em torno da tutela do direito à saúde em razão de valores emocionais e de uma pauta relacionada a uma concepção religiosa da perspectiva de sacralização do direito à vida.

Dado isso, se faz mais importante ainda a discussão acerca das balizas decisórias do Poder Judiciário, com o cuidado técnico necessário a que as decisões atinjam um maior número de pessoas, sob pena do esvaziamento da própria concretização do direito à saúde e à vida, do ponto de vista coletivo, em nome da consciência e da tranquilidade emocional dos juízes quando da tomada de suas decisões.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não mais se discute a emergência da judicialização da saúde como um dos principais pontos da pauta da agenda pública de discussões dos três Poderes. Tal inserção gradativa deu-se a partir da construção da própria concepção de vida dentro da política ocidental e de como esta gradativamente se tornou o principal objeto da política contemporânea.

De uma concepção religiosa e individual do tratamento dos corpos, vinculada a uma ideia de doença como pecado, avançou-se a uma cientificização da forma de se lidar com a doença, com a propagação do saber médico-científico.

Inaugurou-se, de acordo com Foucault (1999), a *biopolítica*, forma de exercício do poder que vai se dirigir aos processos e fenômenos coletivos relacionados à população, levando em conta os processos biológicos próprios da espécie humana, de modo a regulamentá-los e inseri-los na lógica governamental.

Foi assim, que, como resposta às reivindicações dos trabalhadores e à ameaça do Estado Socialista Soviético, os Estados capitalistas passaram a mudar a sua agenda e a contemplar, no rol de direitos tutelados, os chamados direitos de segunda dimensão ou direitos sociais, os quais nada mais são que formas de regulamentação jurídica de demandas da vida biológica em nível de população.

Essa construção gradativa levou à construção da ideia de direitos sociais e, posteriormente, à ideia de direito à saúde e à judicialização desse direito, consubstanciada na possibilidade de propositura de ações individuais para pleitear a aquisição de uma das formas que o rótulo “direito à saúde” exprime, qual seja a de recuperação, através da exigência de meios de diagnóstico e de tratamento, seja através de procedimentos, seja através da aquisição de medicamentos.

Essa judicialização dá margem a inúmeros questionamentos, em especial quando se considera a formação do Poder Judiciário brasileiro, que surgiu e se consolidou para regulamentar e intermediar as relações comerciais e de propriedade das elites agrárias brasileiras e, posteriormente, passou a

regulamentar as relações privadas entre os proprietários, assumindo um caráter nitidamente liberal reforçado no período ditatorial.

Tal posição, do direito à saúde como direito fundamental passível de judicialização no plano individual, deve ser cotejada com a necessária discussão acerca do pano de fundo técnico do saber médico e científico, que apontam para balizas decisórias necessárias a uma correta gestão do orçamento público, mormente em se tratando de gastos com medicamentos que podem ou não ser eficazes no tratamento médico para o qual estão sendo pleiteados judicialmente.

Frise-se aqui que a perspectiva do presente trabalho é reafirmar a necessidade de balizas mais seguras e viáveis econômica e politicamente para a concretização do direito à saúde a um maior número de pessoas, considerando que não existem direitos em excesso no ordenamento jurídico brasileiro mas que os recursos limitados devem ser utilizados de modo a ampliar a eficácia, eficiência e efetividade das políticas de saúde no país.

Para tanto, fez-se uso do pensamento weberiano acerca do processo de racionalização do pensamento ocidental e de como se configuram para o autor as vertentes da racionalidade. Nesse sentido, observou-se, a partir da pesquisa de campo, que as decisões judiciais no âmbito da saúde pública no Maranhão atendem mais a uma lógica de racionalidade valorativa, afetiva, que às perspectivas que devem embasar as políticas públicas e, por consequência, atingir a um maior número de pessoas de forma eficaz.

Diante disso, surge a necessidade urgente de se rediscutir a situação da judicialização da saúde no Estado, com a criação de mecanismos adequados e/ou um corpo técnico que auxilie o Poder Judiciário na resolução dessas demandas, bem como se repensar acerca da fundamentação das decisões judiciais, que tem se baseado em situações de caráter afetivo e emocional dos juízes, descuidando dos critérios técnicos já existentes.

A toda evidência, o presente trabalho não pretendeu esgotar o tema, mas tão somente fornecer alguns subsídios à discussão acerca da judicialização da saúde no Estado do Maranhão, de modo a tentar evitar que se incorra em falsas generalizações acerca das críticas levantadas à judicialização da saúde.

Efetivamente, só com uma discussão profunda, que contemple as diversas contradições e nuances, no âmbito político e com as bases corretas, será possível se chegar a soluções coletivas que deem conta de adequar a efetivação do direito à saúde, seja através do Poder Judiciário, seja através dos demais poderes.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fins**. Belo Horizonte, Autêntica, 2015
- AGAMBEN, Giorgio. **O uso dos corpos**. São Paulo, Boitempo, 2017.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.
- ANDRADE, Lédio de Rosa. O que é o direito Alternativo?. Ed. Habitus, Santa Catarina. 2ª ed. 2001.
- AQUINO, Tomás de. **Escritos políticos do santo Tomás de Aquino**. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis, RJ : Vozes, 1995. 172 p.
- ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, Editora da URFJ, 1992.
- ARENDT, Hannah. **O que é Política?** 6ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. 7ª reimpr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007a.
- ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o futuro**. 6ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2007b.
- ARENDT, Hannah. **A promessa da política**. 2ª ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.
- ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, SP: Martin Claret,. 2007.

ATALLAH, Álvaro Nagib. **A incerteza, a Ciência e a Evidência**. . Diagnóstico & Tratamento, v. 9, n.1, p. 27-28, 2004. Disponível em: http://www.centrocochranedobrasil.org.br/apl/artigos/artigo_442.pdf. Acesso em: 11/02/2013.

BANDEIRA, Ludmila Ferreira; SILVA, Rosane Maria Pio da; GONÇALVES, Andrea de Oliveira. Racionalidade e Processo Decisório em Políticas Públicas: um ensaio sobre modelos de tomada de decisão sob diversas perspectivas de racionalidade. **Série Textos de Discussão CEAG/UnB 006/14**. Brasília, 2014

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BERTOLLI FILHO, C. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 1996. 71p.

BIN, Daniel; CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Racionalidade e política no processo decisório: estudo sobre orçamento em uma organização estatal. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 11, n. 3, Sept. 2007.

BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. **Jueces para la democracia**, n. 47, p. 3-5, Jul., 2003. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/668790.pdf>

BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico**. São Paulo: UNESP, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 10 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em: 11 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial 878080/SC**. Segunda Turma. Diário de Justiça de 20 de novembro de 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. 2010a.

Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11691&Itemid=1225> Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde.

Declaração do I Encontro do Fórum Nacional de Saúde. 2010b. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11691&Itemid=1225> Acesso em: 10.01.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Judicialização da saúde coloca ao STJ o desafio de ponderar demandas individuais e coletivas. 2010c. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562> Acesso em: 15.01.2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Relação nacional de medicamentos essenciais: Rename** / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – 7. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2010d.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31**, de 30 março de 2010. 2010e. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf. Acesso em dez. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até 2011. 2011. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf. Acesso em 12/01/2016

BRASIL. Ministério da Saúde. **Rename**. 2012a. Disponível em:

http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32820&janela=1. Acesso em 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Consultoria Jurídica/ Advocacia Geral da União. **Nota Técnica n.º. 166/2012.** 2012b. Disponível em: [http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Out/05/rituximabe\(Mabthera\).pdf](http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Out/05/rituximabe(Mabthera).pdf). Acesso em: dezembro de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Consultoria Jurídica/ Advocacia Geral da União. **Nota Técnica n.º. 124.** 2012c. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Out/08/baclofeno.pdf>. Acesso em: dezembro de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Consultoria Jurídica/ Advocacia Geral da União. **Nota Técnica n.º. 90.** 2012d. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Out/08/oxibutinina.pdf>. Acesso em: dezembro de 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais/forumSaude.pdf> . Acesso em 12/01/2016

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência.** Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf> Acesso em: 10.01.2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução.** Realização: Instituto de Ensino e Pesquisa. Brasília; Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>> Acesso em: 10.01.2019.

BRAVO, Maria Inês Souza. Política de Saúde no Brasil. In: MOTA, Ana Elizabete; BRAVO, Maria Inês de Souza; UCHÔA, Roberta; NOGUEIRA, Vera, MARSÍGLIA, Regina; GOMES, Luciano; TEIXEIRA, Marlene (Orgs.). **Serviço Social e Saúde: Formação e trabalho Profissional.** São Paulo: Cortez, 2006, p. 88- 110.

CASTRO, Rosana e ALMEIDA, e Rafael Antunes. Testemunho, evidência e risco : reflexões sobre o caso da fosfoetanolamina sintética, **Anuário Antropológico** [Online], I | 2017, posto online no dia 08 junho 2018, consultado

no dia 06 dezembro 2019. URL : <http://journals.openedition.org/aa/1637> ; DOI : 10.4000/aa.1637

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO.
Pesquisa inédita. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/pdfs/pesquisa.pdf>. Acesso em 11/02/2013. 2010.

DYE, Thomas R., Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. (2005). In: Heidemann, F. G.; Salm., J.F. **Políticas Públicas e Desenvolvimento.** Brasília, Editora UnB, 2010.

ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos.** Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade:** curso no collège de France (1975 – 1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GÉLIS, Jacques. O corpo, a Igreja e o sagrado In: CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques. VIGARELLO, Georges.. **História do corpo: da renascença às luzes.** Petrópolis: Vozes, 2008. p. 19-130

GODELIER, Maurice (Org.). **Sobre a morte:** invariantes culturais e práticas sociais. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2017.

GONCALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais:** releitura de uma Constituição dirigente. 2ª ed., 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus:** uma breve história do amanhã. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAFER, Celso. **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder.** 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LUZ, M.T. **Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de "transição democrática" - anos 80.** Physis, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 77-96, 1991. Disponível em: <http://bibliotecaatualiza.com.br/cursos/cdas/TextodeMadelConceicao.pdf>
Acesso em: 20 de setembro de 2011.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria jurídica popular no Brasil.** 2005. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 2005. Dissertação de mestrado.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Demandas de Saúde passam de 112 mil em todo o país. 2010. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/site/principal/conteudo.php?conteudo=2126&site=1>
Acesso em: 10.01.2011.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Sentença no processo 33776-23.2009.8.10.0001.** 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA. 2009.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Sentença no processo 37627-36.2010.8.10.0001.** 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA. 2010.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Sentença no processo 61698-68.2011.8.10.0001.** 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA. 2011.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Sentença no processo 40144-43.2012.8.10.0001.** 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA. 2012.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Sentença no processo 18866-49.2013.8.10.0001.** 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA. 2013.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Sentença no processo 24413-36.2014.8.10.0001.** 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA. 2014.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Sentença no processo 0801522-51.2015.8.10.0001**. 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA. 2012.

MATEI, Ani. DOGARU, Tatiana Camelia. **The rationality of public policies: an analytical approach**. Alemanha: GRIN, 2012.

MELO, Marcus André. As sete vidas da agenda pública brasileira. In: RICO, Elizabeth Melo (org.) **Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate**. São Paulo: Cortez/Instituto de Estudos Especiais, p. 11-28 1998.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

NEVES, Pilar Bacellar Palhano. **O Poder Judiciário Maranhense e fenômeno da judicialização da saúde pública**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Gestão de Programas e Serviços de Saúde. Universidade Ceuma, 2015.

NEVES, Pilar Bacellar Palhano; PACHECO, Marcos Antônio Barbosa. Saúde pública e Poder Judiciário: percepções de magistrados no estado do Maranhão. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 749-768, set./dez. 2017.

NUNES, Antônio José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PARAÍBA. **Simpósio discute judicialização da saúde e resume cinco enunciados na “Carta de João Pessoa”**. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Disponível em: <http://www.tjpb.jus.br/simposio-discute-judicializacao-da-saude-e-resume-recomendacoes-sobre-tema-na-carta-de-joao-pessoa/>. Acesso em : 11/02/2013.

PARAÍBA. **TJPB vai instalar em trinta dias a Câmara Técnica de Saúde para gerir demandas de tratamentos pelo SUS**. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Disponível em: <http://www.tjpb.jus.br/tjpb-vai-instalar-em-trinta-dias-a-camara-tecnica-de-saude-para-gerir-demandas-de-tratamentos-do-sus/>. Acesso em : 11/02/2013.

PEREIRA, Potyara A.P. **Necessidades Humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000.

PORTER, Roy; VIGARELLO, Georges. Corpo, Saúde, Doenças. In: CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques. VIGARELLO, Georges.. **História do corpo**: da renascença às luzes. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 441-486.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 de agosto de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em 11 de setembro de 2012.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: trajetória da saúde pública. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, Apr. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 de agosto de 2012.

SCHMITT, Jean-Claude. **O corpo, os ritos, os sonhos, o tempo**: ensaios de antropologia medieval. Petrópolis: Vozes, 2014.

SELL, Carlos Eduardo. **Max Weber e a racionalização da vida**. Petrópolis: Vozes, 2013.

SONTAG, Susan. **Doença como metáfora, AIDS e suas metáforas**. Tradução: Rubens Figueiredo/ Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SOUSA, Arnaldo Vieira. **TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS NO ESTADO DO MARANHÃO**: uma análise da

judicialização da saúde no estado do maranhão nos anos de 2009 e 2010. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas. Universidade Federal do Maranhão, 2013.

SOUZA, Lincoln Moraes de. **A agenda e as agendas no Brasil**. Cronos, Natal-RN, v. 7, n. 1, jan./jun. 2006, p. 79-101.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. In: **Sociologias**, Porto Alegre, Ano 8, nº. 16, 2006, p.20-45.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Max Weber: o processo de racionalização e o desencantamento do trabalho nas organizações contemporâneas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 43, Jul/Ago 2009. P.897-918

WEBER, Max. **Sociologia**. 7ª Ed. (Coleção Grandes Cientistas Sociais) São Paulo: Editora Ática, 1999.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva /Max Weber; trad. de Regis Barbosa e Karen. Elsabe Barbosa; rev. téc de Gabriel Cohn, 4º ed. — Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, 2009 (reimpressão)

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**/Max Weber; trad. de João Marcos Mariani de Macedo. rev. téc., edição de texto, apresentação, glossário, correspondência vocabular e índice remissivo de Antônio Flávio Pierucci, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Organização e Introdução: H.H. Gerth e C. Wright Mills. Quinta edição. Tradução: Waltensir Dutra. Revisão Técnica: Prof. Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora SA, 1982.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. São Paulo: Ed. Alfa Omega, 2001