

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DA JUSTIÇA

ISADORA MORAES DINIZ

DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça no aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde

São Luís

2015

ISADORA MORAES DINIZ

DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça no aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde

Dissertação apresentada à banca examinadora do Curso de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção parcial do título de mestre em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr.^ª Edith Maria Barbosa Ramos.

São Luís

2015

Diniz, Isadora Moraes.

Direito à saúde e judicialização: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça no aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde / Isadora Moraes Diniz. – São Luís, 2015.

208f.

Orientadora: Prof^a. Dr.^a Edith Maria Barbosa Ramos.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão.

1. Direito à Saúde - Brasil. 2. Política Judiciária – Saúde. 3. Conselho Nacional de Justiça. I. Título.

CDU 34:614(81)

ISADORA MORAES DINIZ

DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça no aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde

Dissertação apresentada à banca examinadora do Curso de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção parcial do título de mestre em Direito.

Aprovada em: 30/05/2015

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Edith Maria Barbosa Ramos (Orientadora)

Prof^a Dr^a. Artenira da Silva e Silva Sauaia
Universidade Federal do Maranhão

Prof^o. Dr. Marcos Antônio Barbosa Pacheco
Centro Universitário do Maranhão

Para meu amado filho Miguel, que nasceu e cresceu ao longo desta jornada. Jamais esquecerei a nossa luta diária, desde os seus primeiros dias de vida, para que eu conseguisse chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

A Deus por todas as bênçãos que tem me concedido e a Nossa Senhora da Conceição pela graça alcançada.

A minha mãe Josélia por não ter medido esforços para me proporcionar uma educação de qualidade e pelas incontáveis vezes que cuidou do meu filho para que eu pudesse me dedicar aos estudos.

Ao meu marido Diogo, companheiro de academia e de vida, pelo amor, carinho, dedicação e paciência.

Ao meu filho Miguel por ser a minha força e o sentido de todas as minhas vitórias.

A “vó” Zizi pelos anos dedicados a minha educação para a vida e pelos sábios conselhos nos momentos de adversidade.

A minha irmã Érika pelo incentivo e companheirismo.

À querida Prof^a. Dr^a Edith Ramos por ser o maior exemplo e inspiração em minha vida acadêmica. Este trabalho não seria possível sem a sua preciosa orientação e dedicação.

Ao Desembargador Paulo Velten e a Carlos Anderson pelo incentivo e compreensão nos inúmeros momentos em que tive que me ausentar do trabalho para a conclusão desta importante etapa de minha vida.

A Matheus Lima pela valiosa ajuda na compreensão de uma das principais obras citadas neste trabalho.

A Rafael Bezerra pelo apoio e pelas sempre valiosas indicações de leitura.

Aos amigos de toda uma vida: Crysthian, Érika, Flaviane, Jailson, Jéssica, João Ricardo, Luma, Osvaldo, Samira, Taiana, Thaysa, Victor Renato e, em especial, a Gilvando Abreu pela força em um momento de grande dificuldade.

Aos meus amigos Andiará, Andréa, Cíntia, Luane e Saulo pelo incentivo e por terem ouvido todas as minhas aflições durante a elaboração deste trabalho.

Aos professores doutores Artenira Sauaia, Marcos Pacheco, Mônica Cruz e Roberto Veloso que, através de suas avaliações, muito contribuíram para o engrandecimento desta dissertação.

Aos professores e colegas do Programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pelas discussões acadêmicas e pelos necessários momentos de descontração.

A todos aqueles que contribuíram com a minha pesquisa, concedendo entrevistas

ou respondendo ao questionário. A riqueza deste trabalho reside justamente na participação dos diversos atores que lidam com as demandas de saúde.

À Professora Vera Giusti pela primorosa revisão desta dissertação.

RESUMO

A inserção do direito à saúde no texto da Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço do ponto de vista social, pois, conforme vai se observar, com fundamento nas teorias da justiça desenvolvidas por John Rawls e Norman Daniels, a saúde é um dos principais fatores que influenciam as oportunidades que os indivíduos têm ao longo de suas vidas. No entanto, o Estado tem encontrado problemas na efetivação do direito à saúde, uma vez que em virtude da sua promoção depender de ações do poder público e, por conseguinte, do dispêndio de recursos, os gestores cada vez mais têm se valido da noção de corte orçamentário e reserva do possível para justificar a ausência ou insuficiência de políticas públicas. Assim, em um contexto em que a efetividade dos direitos à saúde é condicionada à reserva das capacidades financeiras do Estado, somando-se a isso o alto grau de abstração e complexidade para a efetivação desse direito, vem se disseminando um fenômeno que ficou conhecido como judicialização da saúde, que significa a transferência das decisões sobre políticas públicas em saúde para o Poder Judiciário. Os magistrados enfrentam grandes dificuldades na análise das demandas envolvendo o direito à saúde, tornando necessária a criação de critérios mais claros e objetivos, que permitam ao Poder Judiciário agir de modo equilibrado, de um lado em relação ao cumprimento de sua missão constitucional de proteção dos direitos fundamentais e, de outro, enquanto Instituição atenta às limitações econômicas do Estado e à separação harmônica dos Poderes. O Conselho Nacional de Justiça pretende ocupar o papel de protagonista do necessário debate que precisa ser travado em torno da judicialização da saúde. Para tanto, desde 2010, vem conduzindo uma política pública judiciária para o aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde através da criação do Fórum do Judiciário para a Saúde. Desta feita, tem-se como objetivo principal do trabalho avaliar a eficácia dessa política judiciária conduzida pelo CNJ no campo da judicialização da saúde, notadamente, no Estado do Maranhão.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização da Saúde. Conselho Nacional de Justiça. Eficácia do Fórum do Judiciário para a Saúde.

ABSTRACT

The right to health insertion's in the 1988 Federal Constitution, in the Constitutional essay, meant a great advance from the social point of view because, as will be seen throughout the work, which was developed taking into account the theories of John Rawls and Norman Daniels, health is one of the major factors that influences the opportunities that individuals have over their lives. However, the State has been facing problems in actualizing the right to health, since because of their promotion depend on government actions, and therefore, on the expenditure of resources, more and more managers have made use of the idea of "Budget Possibility" to justify the absence or insufficiency of public policies. Thus, in a context where the effectiveness of health rights is subjected to the reservation of the State's financial capabilities and, in addition, the high degree of abstraction and complexity for actualizing this right, it has spread a phenomenon that became known as legalization of health, which means the transfer of decisions on public health policies for the judiciary. The judges have faced great difficulties in analyzing demands involving the right to health, considering the abstraction and complexity of this right, turning it necessary the creation of clearer criteria, that could allow the judiciary to act in a balanced way, on the one hand in relation to fulfilling its constitutional mission of protecting the fundamental rights and on the other, as an Institution attentive to the economic constraints of the State and the harmonic separation of powers. The "Conselho Nacional de Justiça" (National Justice Council) intends to fill the role of protagonist of the necessary debate that needs to be caught around the legalization of health. Therefore, since 2010, it has been conducted a judicial public policy for the improvement of judicial services in health demands by the creation of the National Judicial Forum for Health, the main objective of the study was to evaluate the effectiveness of this judicial policy conducted by the CNJ in the legalization of health field, notably in the state of Maranhão.

Key-words: Right to Health. Health Legalization. National Justice Council. Effectiveness of Judicial Forum for Health.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 -	Participação dos magistrados na pesquisa.....	100
Tabela 2 -	Percepção dos juízes sobre o fenômeno da judicialização da saúde.....	102
Tabela 3 -	Conhecimento dos magistrados sobre os atos normativos e recomendações do CNJ na seara da judicialização da saúde.....	104
Tabela 4 -	Acionamento dos gestores de saúde antes de conceder medidas liminares.....	106
Tabela 5 -	Concessão de medicamento não registrado na ANVISA.....	109
Tabela 6 -	Determinação de inscrição nos programas de política pública.....	111
Tabela 7 -	Participação em cursos de direito sanitário pela ESMAM.....	112
Tabela 8 -	Realização de visitas aos conselhos e unidades de saúde públicas ou conveniadas ao SUS.....	113
Tabela 9 -	Possibilidade de o magistrado contar com um Núcleo de Apoio Técnico em suas decisões.....	114
Tabela 10 -	Diálogo interinstitucional entre o Judiciário e o Executivo.....	116

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANVISA	- Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	- Constituição Federal
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CONEP	- Conselho Nacional de Ética e Pesquisas
DF	- Distrito Federal
ESMAM	- Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão
INAMPS	- Instituto Nacional da Assistência Médica da Previdência Social
MA	- Maranhão
NAT	- Núcleo de Apoio Técnico
OMS	- Organização Mundial de Saúde
PEC	- Projeto de Emenda à Constituição
Resol.	- Resolução
Recom.	- Recomendação
STF	- Supremo Tribunal Federal
SUS	- Sistema Único de Saúde
TJ	- Tribunal de Justiça
TJMA	- Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
TRF	- Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	O DIREITO À SAÚDE E A JUSTIÇA COMO EQUIDADE.....	16
2.1	O direito à saúde dentro do contexto da proteção social.....	16
2.2	A teoria de justiça como equidade.....	24
2.3	A saúde e a justiça como equidade.....	30
2.4	O direito à saúde no Brasil.....	39
3	O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	46
3.1	A judicialização da política.....	46
3.2	A judicialização da saúde.....	54
3.3	A Audiência Pública da Saúde.....	64
4	O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O FÓRUM DO JUDICIÁRIO PARA A SAÚDE.....	73
4.1	O Conselho Nacional de Justiça.....	73
4.2	Os atos normativos do Conselho Nacional de Justiça para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde.....	84
5	OS REFLEXOS DOS ATOS NORMATIVOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA O APRIMORAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM SAÚDE	98
5.1	A eficácia das recomendações do CNJ entre os magistrados maranhenses.....	99
5.2	O Comitê Executivo do Estado do Maranhão do Fórum da Saúde no contexto da judicialização do direito à saúde.....	117
5.3	O Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde no contexto da judicialização da saúde.....	125
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	136
	REFERÊNCIAS.....	143
	APÊNDICES.....	151
	ANEXOS.....	163

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988 foi a primeira a tratar a saúde como direito, reconhecendo, em seus artigos 6º e 196, o caráter de direito fundamental, que, para a sua concretização, exige a assunção de deveres pelo Estado.

A inserção desse direito no texto constitucional representou um grande avanço do ponto de vista social, pois, como se verá ao longo do trabalho com base nas teorias de justiça de John Rawls e de Norman Daniels, a saúde é um dos principais fatores que influenciam as oportunidades que os indivíduos têm ao longo de suas vidas.

Portanto, por ser fator indispensável na garantia de uma vida digna aos cidadãos, a Constituição Federal inseriu o direito à saúde dentre os direitos sociais, o que não significa que tal direito possua apenas uma dimensão social. Ele possui também uma dimensão subjetiva/individual, sendo a um só tempo direito de viés programático e um direito oponível ao Estado judicialmente. Essa dupla dimensão do direito à saúde não impede, todavia, que o Estado brasileiro tenha dificuldades em efetivá-lo.

Com efeito, o Estado enfrenta problemas na efetivação do direito à saúde, uma vez que em virtude da sua promoção depender de ações do poder público e, por conseguinte, do dispêndio de recursos, os gestores públicos cada vez mais têm se valido da noção da reserva do possível e cortes orçamentários para justificar a ausência ou insuficiência de políticas públicas.

Assim, em um contexto em que a efetividade dos direitos à saúde é condicionada à reserva das capacidades financeiras do Estado, somando-se a isso o alto grau de abstração e complexidade para a efetivação deste direito, tem se disseminando um fenômeno que ficou conhecido como *judicialização* da saúde, que significa a transferência das decisões sobre políticas públicas em saúde para o Poder Judiciário.

Dessa forma, a falta, a incompletude ou a má gestão governamental das políticas públicas na área desencadeiam alta demanda do Poder Judiciário, transformando-o no último, às vezes no único, recurso para a garantia da saúde, da vida e da dignidade da pessoa humana. Nesse cenário, as instituições do sistema de justiça, especialmente o Poder Judiciário, assumiram papel fundamental na efetivação do direito à saúde.

Todavia, o que se observa é que os juristas enfrentam dificuldade em traçar os limites de garantia. Assim, casuísmos e sentimentalismo se tornaram cada vez mais frequentes, predominando a compreensão de que o direito à saúde possui somente uma dimensão subjetiva, não podendo ser denegado de forma alguma, posicionamento que

dificulta a necessária diferenciação entre demandas originadas de uma real omissão do Poder Público na concretização do direito à saúde e aquelas que pleiteiam um benefício que não passa de um mero interesse individual.

A inexistência de parâmetros institucionais para a aferição dos limites e possibilidades do direito à saúde propicia a existência de sentenças judiciais extremamente díspares, uma vez que os juízes, não raro, por desconhecerem as questões técnicas e científicas imbricadas nas demandas de saúde, prolatam sentenças que não compreendem a real dimensão da garantia, deixando-se levar pelo forte apelo emocional dos casos que apreciam e desconsiderando as opções feitas pelos Poderes Executivo e Legislativo, e também pela sociedade, as quais também são escolhas legítimas.

Dessa forma, faz-se necessária a criação de critérios mais claros, que permitam ao Poder Judiciário agir de modo equilibrado, de um lado em relação ao cumprimento de sua missão constitucional de proteção dos direitos fundamentais e, de outro, enquanto Instituição atenta às limitações econômicas do Estado e à separação harmônica dos poderes.

A judicialização se, por um lado, é imprescindível para a efetivação do direito fundamental à saúde, por outro, representa fator que pode abalar a própria estabilidade das instituições democráticas, pois o Poder Judiciário, via de regra, é obrigado a decidir sobre questões relevantíssimas, sem estar devidamente preparada para tanto.

Deve-se ter em conta que sobre a questão giram discursos antagônicos, os quais, em princípio, apresentam argumentos que podem justificar a prestação ou não do Poder Público. Os defensores da *judicialização* da saúde pautam-se no dever constitucional inafastável do Poder Judiciário de proteger lesão ou ameaça a direitos (CF, art. 5º XXXV), advindas tanto de particulares quanto de órgãos do próprio Estado, valendo-se para tanto de medidas que sanem a demanda a partir da óptica formada em cada caso.

De outro lado, os entes públicos se defendem alegando que os valores pagos na solução de demandas individuais, por serem demasiadamente onerosos, retirando a possibilidade de planejamento e do fortalecimento das políticas públicas. Tais políticas permitiriam o atendimento a um número superior de pessoas com o montante que seria gasto com um atendimento individual na rede privada em um caso *judicializado*, que acaba assim por desarticular e desestruturar o sentido da prestação social da saúde.

O Conselho Nacional de Justiça pretende ocupar o papel de protagonista do necessário debate que precisa ser travado em torno do tema. Para tanto, desde 2010, conduz uma política pública judiciária para o aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde através da criação do Fórum do Judiciário para a Saúde. Nesse sentido, o objetivo

geral da pesquisa é avaliar a eficácia da política judiciária conduzida pelo CNJ no campo da *judicialização* da saúde, notadamente, no Estado do Maranhão.

Dessa feita, são objetivos específicos do presente trabalho: *i)* analisar o arcabouço normativo infralegal construído pelo CNJ para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde;; *ii)* investigar a observância das recomendações do CNJ pelos magistrados maranhenses e, em âmbito institucional, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão; *iii)* especificar os reflexos da política judiciária do CNJ para a saúde que já podem ser sentidos no âmbito do Poder Judiciário maranhense; *iv)* avaliar a contribuição do Comitê Executivo Estadual do Maranhão do Fórum da Saúde para a resolução dos problemas gerados pela judicialização excessiva; *v)* estudar as medidas concretas do CNJ criadas para o aprimoramento da prestação jurisdicional envolvendo o direito à saúde; e, por fim, *vi)* analisar os limites e possibilidades da atuação do CNJ na reestruturação do Poder Judiciário no tocante à resolução das demandas relativas à prestação de assistência à saúde.

Para analisar a problemática indicada para o estudo e concretizar os objetivos eleitos, tem-se como referência de pressuposto fundamental que o Poder Judiciário é um ator na concretização dos direitos fundamentais mesmo diante da incompletude e má-gestão das políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo, devendo, todavia, agir de modo racional e com cautela, sobretudo, quando forem inexistentes políticas públicas abrangendo a prestação demandada.

A pesquisa parte, também, da premissa de que as contradições são inerentes aos processos sociais, contradições que, no contraponto da tese e antítese, acabam por propiciar o desenvolvimento dos próprios fenômenos, que, por sua vez, somente podem ser apreendidos a partir da observação direta da realidade (MARX, 2008), desenvolvida a partir da interlocução com os personagens envolvidos na pesquisa, quais sejam: desembargadores, juízes e integrantes do Comitê Executivo local.

As recomendações do CNJ objetivam justamente fornecer parâmetros técnicos e institucionais para que juízes e tribunais sejam capazes de sopesarem e conciliarem os diferentes (e muitas vezes antagônicos) interesses e racionalidades que giram em torno da questão do direito à saúde, os quais somente podem ser abstraídos a partir da análise da própria realidade.

Por essa razão, nesta pesquisa foi utilizado o método crítico dialético em seus dois momentos inseparáveis: a investigação (ou a pesquisa) e a exposição (ou a apresentação), os quais não podem ser separados, uma vez que o objeto somente pode ser exposto depois de ser investigado e analisado criticamente em suas determinações essenciais.

Na primeira etapa, realizou-se a apropriação da política pública judiciária do CNJ para a saúde, através de uma verificação analítica e reflexiva, das determinações dos conteúdos das recomendações do órgão e da eficácia da implementação da política no Estado do Maranhão e em âmbito nacional. Posteriormente, realizou-se uma exposição crítica da política, destacando suas contradições internas, seus limites e possibilidades.

A concretização das duas fases indissociáveis do método crítico dialético requereu um “trabalho prévio de investigação (“escavação” e “garimpo”), de maturação do objeto, de sua captação com detalhes, de suas formas de evolução, de suas conexões íntimas, para depois expor adequadamente, sistemático e criticamente, a sua lógica interna” (CHAGAS, 2011, p. 57).

Para a apropriação do conteúdo da política pública judiciária desenvolvida pelo CNJ na seara da *judicialização* da saúde, foram adotados os seguintes procedimentos metodológicos: levantamento bibliográfico e documental, coleta de dados através de entrevistas semiestruturadas e aplicação de questionários à Conselheira do CNJ e aos representantes do Estado do Maranhão responsáveis pela condução das diretrizes estabelecidas para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde, bem como aos magistrados das Varas da Fazenda Pública de São Luís e aos Desembargadores que compõem as cinco Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

A dissertação está estruturada em quatro capítulos. No primeiro foram tecidas considerações sobre o direito à saúde, procurando demonstrar, a partir da teoria da justiça de John Rawls e Norman Daniels, a essencialidade da saúde para a realização dos planos de vida dos indivíduos. Também foi analisado o arcabouço constitucional e normativo sobre o qual repousa o direito à saúde no ordenamento brasileiro.

A *judicialização* das políticas e, mais especificamente do direito à saúde, constituiu o objeto de estudo da segunda parte do texto, onde foram expostas as causas e tensões que o fenômeno gerou entre o Poder Judiciário e os demais Poderes da República, notadamente o Executivo. Ainda nesse capítulo, será analisada a Audiência Pública da Saúde, convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 e que resultou nas ações do CNJ no âmbito do direito à saúde.

No terceiro capítulo, verificou-se a natureza do controle exercido pelo CNJ sobre o Poder Judiciário (controle interno, externo ou social) e analisou-se o arcabouço normativo da política pública judiciária da saúde.

Os dados coletados pela pesquisa empírica realizada foram analisados no quarto capítulo, a fim de possibilitar a verificação da eficácia dos instrumentos estabelecidos pelo CNJ para o aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde, além de seus limites e possibilidades.

Considera-se, por fim, que a judicialização da saúde ainda exige o estabelecimento de um diálogo institucional, e, de igual modo um olhar mais atento sobre quais demandas, de fato, cabem ser judicializadas.

2 O DIREITO À SAÚDE E A JUSTIÇA COMO EQUIDADE

2.1 O direito à saúde dentro do contexto da proteção social

Não há como discutir direito à saúde sem antes fazer uma incursão, ainda que breve, na temática da proteção social enquanto fator basilar da cidadania, que, segundo Marshall (1967), está dividida em três elementos: o civil, o político e o social, os quais, ao menos na sociedade inglesa (que é a analisada na obra do autor), foram se desenvolvendo e se incorporando ao conceito durante três séculos.

O elemento civil da cidadania formou-se no decorrer do século XVIII, sobretudo, em razão do trabalho dos tribunais, que, pouco a pouco foram adicionando ao *status* do homem livre uma série de direitos essenciais ao exercício da liberdade individual, quais sejam: a liberdade de ir e vir; a liberdade de imprensa, pensamento e fé; o direito à propriedade e o de concluir contratos válidos; o direito à justiça; e o direito de trabalhar.

Já os direitos políticos começaram a ser formados no século XIX, “quando os direitos civis ligados ao *status* de liberdade já haviam conquistado substância suficiente para justificar que se fale de um *status* geral de cidadania” (MARSHALL, 1967, p. 69). A formação destes direitos não se caracteriza pelo surgimento de novos direitos, mas sim pela distribuição de velhos direitos a vários setores da população marginalizados politicamente. Dessa forma, paulatinamente ampliaram-se aos indivíduos o direito à participação no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo.

Os direitos sociais, por sua vez, passaram a compor o *status* da cidadania somente no século XX. No entanto, as bases incipientes dos serviços públicos como prestação do Estado começaram a ser lançadas ainda no século XIX com a Lei dos Pobres de 1834, que previa a concessão de prestações sociais pelo Estado não enquanto direitos, mas segundo o paradigma da caridade a fim de aliviar os efeitos indesejados da miséria extrema.

Nessa época, os indivíduos para se valerem da assistência social precisavam se despir de todos os direitos de cidadania, renunciando a sua liberdade, rompendo seus laços familiares e se submetendo a jornadas de trabalho excessivas.

A pobreza era vista quase como um crime, um desvio de caráter que fazia com que o indivíduo, não acometido por qualquer incapacidade, ficasse propenso à *vagabundagem* e à *mendicância*. Assim, era dos pobres, portanto, a culpa pela pobreza. Por isso, não poderia haver qualquer assistência sem a prestação de um trabalho correspondente (PEREIRA, 2008).

Dessa forma, durante a vigência da Lei dos Pobres, as verdadeiras causas da pobreza não foram consideradas, na medida em que eram subestimados os efeitos sociais da rápida transformação da economia agrária para a industrial, da transferência de forma abrupta da vida social do campo para a cidade, do desemprego decorrente dos avanços tecnológicos, das flutuações dos salários, das precárias, perigosas, insalubres e extenuantes exigências de trabalho e da ausência de educação e lazer. Todos esses elementos expuseram “inevitavelmente a fragilidade da doutrina utilitarista que atribuía ao pobre e às antigas *Poor Laws* a culpa pelo pauperismo” (PEREIRA, 2008, p. 79). Giovanni (1998, p. 31) destaca, ainda, que:

Inicialmente na Inglaterra e depois nos outros países europeus, os processos de industrialização e urbanização, trouxeram o agravamento dos problemas ligados à pobreza (até então relativamente controlados). As péssimas condições de trabalho vigentes entre a massa proletária que se constituía, o infortúnio, os acidentes, as doenças profissionais e o desemprego tornavam-se cada vez mais evidentes. A conjugação de todos estes fatores – aliada à crescente organização das classes trabalhadoras através de sindicatos, a constituição de partidos políticos de inspiração socialista comunista ou laborista, no bojo da expansão dos direitos políticos – evidenciaria, no plano das visões de mundo de então, que a pobreza não era uma decorrência dos méritos (ou deméritos) e performances pessoais, mas um fenômeno ligado a uma relação muito estreita com as condições sociais de vida e, particularmente, de trabalho. Ou pelo menos, que se estava diante de outro tipo de pobreza: não aquela dos parias, dos loucos e doentes, mas a pobreza paradoxal daqueles que trabalhavam.

Com efeito, a Revolução Industrial elevou ao máximo a exploração do homem, que era submetido a uma longa jornada de trabalho em troca de um mísero salário, situação que agravou o quadro de pobreza e, por conseguinte, os problemas sociais que a ela se associavam.

Percebeu-se que a pobreza não era fruto da vagabundagem, mas sim produto do próprio desenvolvimento predatório do capitalismo, que explorava ao máximo o trabalho em nome do capital, resultando na contraditória existência da opulência e da riqueza ao lado da miséria absoluta.

Nesse contexto, e como consequência da expansão dos direitos civis e políticos, aumentaram as mobilizações sociais, especialmente dos trabalhadores que lutavam em prol da melhoria das condições de vida e de trabalho, circunstância que, conforme Pereira (2008), resultou nas batalhas pelo alargamento do conceito de cidadania das esferas civil e política para a social, de modo que os trabalhadores passaram a requerer as prestações sociais como direitos devidos pelo Estado.

Polanyi (1980, p. 163-164) observa que a história social e política do século XIX foi marcada por um duplo movimento, que pode ser personificado como:

[...] a ação de dois princípios organizadores da sociedade, cada um deles determinando seus objetivos institucionais específicos, com o apoio de forças sociais definidas e utilizando diferentes métodos próprios. Um foi o princípio do liberalismo econômico, que objetivava estabelecer um mercado auto-regulável, dependia do apoio das classes comerciais e usava principalmente o *laissez-faire* e o livre comércio como seus métodos. O outro foi o princípio da proteção social, cuja finalidade era preservar o homem e a natureza, além da organização produtiva, e que dependia do apoio daqueles mais imediatamente afetados pela ação deletéria do mercado – básica, mas não exclusivamente, as classes trabalhadores e fundiárias – e que utilizava uma legislação protetora, associações restritivas e outros instrumentos de intervenção com seus métodos.

Destarte, se de um lado o paradigma do mercado autorregulável se expandia, do outro cresciam as críticas e as pressões contra o pauperismo das massas, que cada vez mais “ganhavam adeptos e forneciam elementos que justificavam, já no século XIX, a introdução de medidas pontuais de proteção social, ao arrepio dos princípios liberais” (PEREIRA, 2008, p. 81). E em resposta às pressões dos trabalhadores, que tinham suas condições de vida deterioradas, foram lançadas no final do século XIX, no governo alemão de Otto Von Bismarck, as bases da seguridade social, que inclui, dentre outros, os serviços de saúde.

No modelo bismarckiano, somente os trabalhadores e suas famílias podiam usufruir dos benefícios da seguridade social, uma vez que o acesso condicionado a uma contribuição direta anterior (descontada nas folhas de pagamento dos salários) e o montante das prestações era proporcional à contribuição efetuada. O modelo era, portanto, uma espécie de seguro social, que, apesar de representar um avanço na prestação de serviços sociais pelo Estado quando comparado com a Lei dos Pobres de 1834, deixava parte da população fora da cobertura da seguridade social.

O ápice do princípio da proteção social somente foi alcançado após a Segunda Guerra Mundial, quando o capitalismo, diante do quadro de instabilidade política, social e econômica mundial, precisou se reinventar. Em prol da manutenção do modo capitalista, acolheu-se demandas por maior igualdade e reconhecimento dos direitos sociais e segurança econômica, forjando-se um novo modelo de organização estatal – o Estado de Bem-Estar Social, que, ancorando-se nos conceitos de seguridade e cidadania social, assumiu o papel de prover serviços sociais, enquanto direito assegurado pelo Estado e de dimensões quase universais.

Um dos pilares do *Welfare State* foi o Plano Beveridge, que, formulado durante a Segunda Guerra Mundial na Inglaterra, propôs uma revisão completa do sistema de proteção social inglês, mudando o objetivo dessas políticas, vale dizer, substituindo o escopo de proteção dos trabalhadores contra as situações de risco por um objetivo maior: o combate à pobreza.

No sistema beveridgiano, os direitos sociais passaram a ter caráter universal, destinados incondicionalmente a todos os cidadãos, a fim de garantir a todos que se encontravam em condições de necessidade os mínimos sociais. Conforme Pereira (2000, p. 122-123),

A partir daí, os mínimos sociais passaram a ter uma conotação mais alargada, incluindo, além de políticas de manutenção de renda – geralmente sob a forma de uma rede de segurança impeditiva do resvala de cidadãos social e economicamente vulneráveis para baixo de uma linha de pobreza legitimada pela sociedade –, outros mecanismos adicionais de proteção social, como: serviços sociais universais (saúde e educação, por exemplo), proteção ao trabalho (em apoio ao pleno emprego) e garantia do direito ao acesso a esses bens e serviços e ao seu usufruto. Esta foi a fase de ouro das políticas de proteção social, na qual a otimização da satisfação das necessidades humanas básicas tornou-se uma tendência promissora, a partir da Europa.

Portanto, segundo Pereira (2008, p. 93), em que pese as críticas que podem ser feitas à ideia de mínimos sociais, “o Sistema de Seguridade Social de Beveridge inovou, de fato, por ser nacional e unificado e conter um eixo distributivo, ao lado do contributivo, além de abolir os testes de meio no âmbito da assistência social”.

A prestação dos bens e serviços sociais não envolvia mais a discussão da necessidade (marca das primeiras políticas sociais inglesas que se destinavam àqueles que não poderiam participar do processo produtivo) e tampouco se pautava na base contributiva de cada indivíduo (vale dizer, no quanto cada trabalhador tinha contribuído para o serviço).

No Estado de Bem-Estar Social cabia ao Estado, conforme Marshall (1967, p. 93), garantir “um mínimo de certos bens e serviços essenciais (tais como assistência médica, moradia, educação, ou uma renda nominal mínima ou salário mínimo) a ser gasto em bens e serviços essenciais”. É nesse momento em que os direitos sociais se inserem no *status* da cidadania, passando a provisão de serviços sociais a ser vista enquanto direito de cidadania, que devia ser assegurada a todos os indivíduos independentemente de se situarem nos grupos críticos e da sua inserção no mercado de trabalho.

Dessa forma, como contrapartida ao direito dos indivíduos, exsurgiu o dever do Estado de regulamentar um conjunto de garantias aos cidadãos em situação de fragilidade e infortúnio social. Pereira (2008, p. 88-89) afirma que no *Welfare State*,

[...] Estado e mercado se articularam e se co-responsabilizaram pela formulação e gerenciamento de políticas favorecedora de pleno emprego e de um conjunto de benefícios e serviços que, na perspectiva dos direitos, asseguravam aceitáveis padrões de vida aos cidadãos, a saber: o seguro social obrigatório, leis de proteção ao trabalho, salários mínimos, ampliação de instituições e serviços de saúde e educação, programas de habitação subsidiados [...] No âmbito das modernas estruturas do Estado de Bem-Estar firmaram-se vigorosas forças sindicais, instituíram-se, expandiram-se e multiplicaram-se direitos de cidadania e fortaleceram-se instituições democráticas.

Como se pode observar, o Estado de Bem-Estar tem como núcleo central a seguridade social. Por essa razão, foi somente a partir deste modelo que a saúde do indivíduo entrou na agenda pública. Antes disso, no Estado Liberal, o poder público agia tão somente no âmbito da saúde coletiva, a fim de oferecer saneamento e evitar epidemia, tendo em vista que o acesso aos serviços médicos era condicionado à possibilidade de quem poderia pagar por eles (AÑÓN, 2009). Como grande parte da população não dispunha dos recursos necessários para custear as prestações sanitárias, poucos eram os que tinham acesso aos cuidados médicos, os quais, como referido acima, eram quase que restritos aos trabalhadores e suas famílias.

Com o Plano Beveridge, instituiu-se um modelo de Sistema Nacional de Saúde não contributivo, universal e financiado pelos impostos. O direito à saúde passou, então, a ser titularizado por todos os indivíduos, que podiam se valer do Sistema Nacional sem qualquer contraprestação pecuniária e independente da comprovação da necessidade social. As bases da seguridade social foram modificadas.

Añón (2009, p. 24) afirma que uma característica das políticas do Estado de Bem-Estar Social “foi a participação do Estado na promoção e proteção da saúde da população, mediante a ampliação de sistemas públicos de saúde e pelo progressivo reconhecimento e positivação do direito à saúde”¹.

E é em razão do movimento estatal de maior proteção à saúde, que segundo Dallari (1995, p. 25),

No início do século XX se encontra instaurada a proteção sanitária como política de governo. E são hierarquizadas três formas, hoje clássicas de prevenção: a primária, que se preocupa com a eliminação das causas de condições de aparecimento das doenças, agindo sobre o ambiente (segurança nas estradas, saneamento básico, por exemplo) ou sobre o comportamento individual (exercício e dieta, por exemplo); a secundária ou prevenção específica, que busca impedir o aparecimento de doença determinada, por meio da vacinação, dos controles de saúde, da despistagem; e a terciária, que visa limitar a prevalência de incapacidades crônicas ou de recidivas (LEAVELL; CLARK, 1976)². O Estado do bem-estar social da segunda metade do século XX reforça a lógica econômica, especialmente em decorrência da evidente interdependência entre as condições de saúde e de trabalho, responsabilizando-se pela implementação da prevenção sanitária.

Instituem-se, então, os sistemas de previdência social, que não se limitam a cuidar dos doentes, mas organizam a prevenção sanitária. A princípio, pressupunham uma diferenciação entre assistência social, destinada às classes mais desfavorecidas e baseada no princípio de solidariedade e, portanto, financiada por fundos públicos estatais, e previdência social, mecanismo assecuratório restrito aos trabalhadores.

¹ Tradução livre do trecho: “[...] ha sido la participación del Estado en la promoción y protección de la salud de la población, mediante la extensión de sistemas públicos de salud y mediante el progressivo reconocimiento y positivação de un derecho a la salud”.

² Citação do próprio texto de Dallari (1995, p. 25).

Entretanto, exatamente porque a prevenção sanitária era um dos objetivos do desenvolvimento do Estado, logo se esclarece o conceito de seguridade social, que engloba os subsistemas de assistência, previdência e saúde públicas. Trata-se, portanto, de identificar a responsabilidade *a priori* do estado. Assim, quanto aos estilos de vida, verifica-se um grande investimento estatal.

À saúde foi conferida importância não somente no âmbito dos Estados, mas também no contexto internacional. Em 1946, foi criado um organismo específico para a sua proteção e promoção, a Organização Mundial da Saúde (OMS), que tem como objetivo promover a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado possível.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também consagrou a saúde como direito humano essencial, prevendo que todo indivíduo tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, realça que todos os Estados signatários reconhecem o direito de todos à fruição do mais alto nível de saúde física e mental. Eleva-se em nível internacional a questão acerca do significado da saúde, tema que, ao longo dos anos, tem suscitado inúmeras controvérsias e discussões.

O presente trabalho filia-se à conceituação adotada pela OMS, que no preâmbulo de sua Constituição define a saúde como o “estado completo de bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946, p. 22).

Essa conceituação realça o caráter complexo e multifacetado da saúde, que não pode ser compreendida apenas como ausência de doenças, apesar de esta ser um elemento central, já que “afirma a existência de um núcleo preciso, orientando a compreensão do que, de forma clara e inquestionável, é direito subjetivo do indivíduo, ou seja, o da assistência integral, quer para tratar, quer para ainda readequar o indivíduo socialmente” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 10).

No entanto, a saúde é mais que isso, indo além da assistência médica e das ações para a promoção e manutenção de um estado saudável. Ela está relacionada com as próprias condições de vida das pessoas: meio ambiente, saneamento básico, moradia, alimentação, educação, trabalho, dentre outros.

Assim, o direito à saúde “parece não ser suscetível de uma consideração simplista, apresentando-se mais como um direito *complexo*, isso porque agrupa uma série de direitos

diversos, ou porque se desdobra em uma série de elementos de diferente alcance”³ (AÑÓN, 2009, p. 41).

Nesse desiderato, o direito à saúde não pode ser compreendido na dimensão puramente individual, no sentido de que ser saudável depende tão somente do indivíduo. Ao contrário, envolve uma série de fatores individuais e coletivos, sendo a um só tempo direito individual e social. É individual porque envolve o direito de não sofrer violações por parte de terceiros e do Estado e social por exigir do governo a prestação de serviços públicos para a prevenção de doenças e para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

O direito à saúde é também um bem coletivo, exigindo a participação da sociedade e do Estado na sua promoção, conforme bem realçado na Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946, p. 2):

A saúde de todos os povos é fundamental para se alcançar a paz e a segurança e depende da mais ampla cooperação de indivíduos e Estados.

Os resultados alcançados por qualquer Estado na promoção e proteção da saúde são valiosos para todos.

A desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e no controle das doenças, especialmente as transmissíveis, constitui um perigo comum.

[...]

Os governos têm responsabilidade na saúde de seus povos, a qual só pode ser integralmente cumprida mediante a adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas.

Destarte, no texto normativo da OMS, ao Estado e à sociedade é conferido o dever de criar condições econômicas, políticas e sociais para a promoção e proteção da saúde dos indivíduos. Esse aspecto é importante, na medida em que a saúde depende não apenas de aspectos pessoais (predisposição genética, características físicas, hábitos etc.), mas também das condições de vida que a sociedade e, em especial, o poder público proporcionam ao indivíduo.

A Constituição da OMS ressalta, também, a necessidade da comunhão de esforços dos Estados para efetivação do direito à saúde. Isso se deve ao fato de que, no mundo globalizado, o intenso fluxo de pessoas e mercadorias também favorece a difusão e propagação de doenças, de forma que o combate só será eficaz se todos empreenderem esforços para o alcance de um nível de desenvolvimento semelhante na proteção da saúde e no combate às doenças, sendo que “a extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para a mais ampla realização da saúde” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

³ Tradução livre do trecho: “parece no ser susceptible de una consideración simplista y más bien se aparece como un derecho *complejo*, bien porque agrupa una serie de derechos diversos, o bien porque se despliega en una serie de elementos de alcance diferente”

Como se vê, a Constituição da OMS, além de conceituar a saúde, apresenta muitos aspectos a ela relacionados, sendo um marco normativo muito importante para o estudo do tema, apesar das críticas que são feitas em virtude da suposta amplitude do texto.

Añón (2009, p. 49-50) observa que,

Apesar de todos os inconvenientes, o conceito de saúde da OMS tem, frente às concepções anteriores de saúde, a vantagem de enfatizar determinados aspectos que não devem ser esquecidos, apresentando a novidade do abandono da visão puramente medicalizada: a proteção e promoção da saúde não é unicamente uma questão médica e tampouco limitada à assistência sanitária, uma vez que há outros esforços e políticas públicas que podem contribuir em grande medida com este objetivo. Assim, essa concepção integra a proteção da saúde em um marco geral, reconhecendo o seu duplo caráter individual e social (isto é, ainda que em última instância a saúde se refira à saúde dos indivíduos, existem fatores que são sociais – e o que talvez seja o mais importante, modificáveis – que incidem na mesma). Com isso, entende-se que a saúde implica também a existência de condições para o desenvolvimento das pessoas, sendo inseparável da paz, da eliminação da pobreza, da redução do desemprego, da preservação do meio ambiente, etc. Significa a existência de uma correlação entre saúde das pessoas e o desenvolvimento socioeconômico. Esta concepção se opõe a que se baseia na oposição saúde/enfermidade. E, além disso, neste sentido, parece frisar a possibilidade de ser guiada por estratégias não meramente curativas, mas também por estratégias amplas de promoção da saúde⁴.

O texto normativo da OMS é, portanto, referência obrigatória para a compreensão dos principais aspectos relacionados à saúde: conceito e complexidade; indissociabilidade das condições de vida das pessoas; caráter individual, social e coletivo; e a necessidade da participação da sociedade e do Estado na sua garantia.

O estudo do direito à saúde exige o entendimento de todos esses aspectos, que, apesar de evidenciarem a fundamentalidade deste direito, ainda não justificam a especial importância que a ele deve ser atribuída, sendo um dos objetivos deste trabalho expor, a partir da teoria de Rawls, o porquê da importância do direito à saúde para a vida das pessoas.

Para tanto, faz-se necessária uma breve explanação da teoria de justiça de Rawls (a ser feita no tópico seguinte), para, posteriormente, ser oferecida uma base de justificação

⁴ Tradução livre do trecho: “A pesar de todos los inconvenientes, el concepto de salud de la OMS tiene unas ventajas y enfatiza determinados aspectos que non deben ser olvidados, frente a anteriores concepciones de la salud, presenta la novedad de abandonar la visión puramente medicalizada: proteger y promover la salud no es únicamente una cuestión médica ni limitada a la asistencia sanitaria, sino que hay otros esfuerzos y políticas públicas que pueden contribuir en gran medida a este objetivo. Así, esta concepción integra la protección de la salud en un marco general, recogiendo su doble cara individual y social (es decir, aunque en última instancia la salud se refiere a la salud de os individuos, existen factores que son sociales – y lo que quizá sea má importante, modificables – que inciden en la misma). Con ello, se entiende que la salud implica también la existencia de uns condiciones para el desarrollo de las personas y que resulta inseparable de la paz, la eliminación de la pobreza, la reducción del desempleo, la conservación del medio ambiente, etc. Significa atender a la existencia de una correlación entre la salud de las personas e el desarrollo socioeconómico. Esta concepción se opone a la que se basa en la oposición salud/enfermedad, y que entiende simplemente la salud como ausencia de enfermedad. Y además, en este sentido, parece poner la vista en la posibilidad de guiarse por estrategias no meramente curativas, sino también amplias como la promoción de la salud”.

para o direito à saúde.

2.2 A teoria de justiça como equidade

O objetivo central da teoria desenvolvida por Rawls é a formulação de uma concepção de justiça que ofereça orientações razoáveis para a resolução de questões de justiça social relacionadas à estrutura básica da sociedade.

Rawls (2011) defende que, apesar de a cultura política de uma sociedade democrática ser sempre marcada por uma diversidade irreconciliável de doutrinas morais, religiosas, filosóficas, políticas etc., é possível o estabelecimento de um acordo razoável (o chamado *consenso sobreposto*) acerca de uma concepção de justiça, apresentando a justiça como equidade como a concepção capaz de ser a base de um acordo político refletido, bem informado e voluntário.

Dessa forma, observa-se que a teoria de justiça rawlsiana é de base contratualista, se diferenciando de suas antecessoras pelo fato de o contrato original ter por fim a instituição de princípios de justiça básicos da sociedade, enquanto que, nas teorias precedentes, o objeto do acordo original é a fundação de uma sociedade ou de um governo.

O local apropriado para a formação desse consenso (vale dizer, para a escolha dos princípios de justiça que se aplicarão à estrutura básica da sociedade) é a *posição original*, que representa uma situação inicial de igualdade, garantidora da equidade dos acordos fundamentais nela alcançados. Segundo Vita (2007, p. 182), a *posição original* é o “ponto arquimediano” da teoria de justiça de Rawls, significando que

[...] as oportunidades de vida e o bem-estar dos cidadãos de uma sociedade democrática não podem depender do acaso genético ou social, isto é, de uma loteria na distribuição de posições sociais, renda e riqueza, talentos naturais e mesmo concepções de bem; e que, portanto, as instituições básicas de tal sociedade devem ser concebidas para funcionar de forma que neutralizem tanto quanto possível a influência desses fatores – que via de regra encontram-se ou inteiramente ou em grande medida fora do alcance do controle individual – sobre a vida que cada pessoa é capaz de levar. Rawls sustenta que os fatores que respondem pelo acesso desigual a recursos sociais escassos são arbitrários de um ponto de vista moral. Esses fatores, por isso, não podem ter nenhum peso no acordo sobre os princípios de justiça que deverão vigorar em uma sociedade constituída por cidadãos livres e iguais.

E esses fatores arbitrários não desempenham qualquer papel na escolha dos princípios de justiça em razão de as partes do acordo estarem situadas por trás de um *véu de ignorância*, que impede os indivíduos de conhecerem o seu lugar na sociedade (posição e *status* social), a sua boa ou má sorte na distribuição de talentos e capacidades naturais, seus fins últimos e interesses, sua constituição psicológica particular e o atual estágio da sociedade

– distribuição de recursos naturais e produtivos, bem como o nível de tecnologia (RAWLS, 2011, p. 323).

Para Rawls (2008), esse *véu da ignorância* garante que os princípios eleitos sejam justos, já que como os indivíduos desconhecem a sua situação na sociedade, ninguém irá propor princípios que favoreçam injustamente uma posição social específica, de modo que os fatores contingenciais não influenciam a escolha dos princípios reguladores das relações sociais. Nesta situação inicial de igualdade, os princípios de justiça que serão escolhidos são os seguintes:

- a. Cada pessoa deve ter um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 2011, p. 345).

O primeiro princípio, que é prioritário sobre o segundo, significa que todos devem ter acesso a um sistema de liberdades e direitos fundamentais iguais, vale dizer: as normas definidoras dessas liberdades devem se aplicar igualmente a todos e permitir “a mais abrangente liberdade compatível com uma liberdade semelhante para todos” (RAWLS, 2008, p. 77).

Tais liberdades não podem ser violadas em nome da obtenção de maiores vantagens econômicas e sociais, somente podendo ser restringidas quando colidirem entre si. Por isso, diz-se que o primeiro princípio de justiça de Rawls tem precedência sobre o segundo.

Conforme adverte Vita (2007, p. 207-208), a prioridade do primeiro princípio pressupõe a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos (garantia da integridade física, de nutrição adequada, do acesso à água potável, ao saneamento básico, ao atendimento médico e à educação), uma vez que “conforme as pessoas se tornam livres da pressão que lhes é imposta por necessidades básicas, aumenta o interesse que elas têm em exercer suas liberdades fundamentais”. Com efeito, Rawls (2011, p. 8) afirma que

[...] o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades fundamentais, pode, sem muitos problemas ser precedido de um princípio lexicamente anterior que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos na medida em que satisfazê-las seja necessário para que eles entendam e tenham condições de exercer esses direitos e liberdades de forma efetiva. Não há dúvida de que algum princípio desse tipo tem de estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio [...].

O segundo princípio pode ser decomposto em dois: (a) o princípio da igualdade

equitativa de oportunidades e (b) o princípio da diferença.

Antes da explicação desses princípios, faz-se importante realçar que Rawls, em sua teoria da justiça, toma como ponto de partida a ideia de que a sociedade é um sistema equitativo de cooperação social ao longo do tempo entre gerações:

[...] A estrutura básica é um sistema de normas públicas que define um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos a fim de produzir um total maior de benefícios e atribui a cada um deles certos direitos reconhecidos a uma partes dos ganhos. O que cada pessoa faz depende do que as normas públicas determinam que ela tem o direito de fazer, e aquilo que a pessoa tem o direito de fazer depende do que ela faz. Chega-se à distribuição que resulta disso honrando-se os direitos definidos pelo que a pessoa se compromete a fazer à luz dessas expectativas legítimas (RAWLS, 2011, p. 18).

A cooperação é norteada pela ideia de reciprocidade. Todos aqueles que cooperam fazendo a sua parte (seguindo as normas e procedimentos publicamente reconhecidos e por eles aceitos) devem beneficiar-se de forma apropriada, ou seja, benefícios produzidos pelos esforços de todos devem ser distribuídos equitativamente (conforme a parcela de contribuição de cada um) e compartilhados de uma geração às seguintes.

Nesse sistema de cooperação, “se alguns cargos não estão abertos a todos em condições equitativas, os excluídos estariam certos de se sentirem injustiçados, mesmo que se beneficiassem dos esforços maiores daqueles autorizados a ocupá-los” (RAWLS, 2008, p. 102). Por isso, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades exige que os cargos e posições sejam acessíveis a todos. Assim, a justiça do resultado da distribuição dos benefícios depende do modo como a constituição política e as instituições sociais e econômicas distribuem os cargos e posições entre os membros da sociedade. Tais instituições devem garantir, adverte Vita (2008, p. XXIII), que “as oportunidades para alcançar as posições ocupacionais e de autoridade mais valorizadas na sociedade” sejam “iguais para aqueles que têm talentos similares e a mesma disposição de cultivá-los e de exercê-los”.

O princípio da diferença, por sua vez, é aplicável à distribuição dos *bens primários* em geral, devendo-se entender por *bens primários* “direitos, liberdades e oportunidades, bem como renda e riqueza” (RAWLS, 2008, p. 110).

Não se exige que essa distribuição seja igual, pois é preciso que se garanta a eficiência econômica e as exigências organizacionais. As pessoas precisam se sentir estimuladas à cooperação social, o que somente pode ser alcançado se puderem receber uma contribuição justa por aquilo que realizaram na busca do bem comum.

No entanto, por força do princípio da diferença, as desigualdades só serão moralmente legítimas se o aumento das expectativas das classes mais favorecidas resultar em maiores benefícios para os menos favorecidos da sociedade.

A comparação entre pessoas pertencentes às classes mais altas e as que integram as classes menos favorecidas é realizada levando-se em consideração as *expectativas de bens primários sociais* que cada uma possui (isto é, o total de bens que um indivíduo pode desejar). Quanto mais alta for a posição de um indivíduo, maior será o seu índice de bens primários e maiores serão as chances de alcançar seus objetivos.

A partir da explicação dos dois subprincípios contidos no segundo princípio de justiça da teoria rawlsiana, é possível verificar que a justiça de base não é garantida apenas com a distribuição justa de cargos e posições. Isso porque é perfeitamente possível que “um processo social inicialmente equitativo acabará por deixar de sê-lo, por mais livres e equitativas que as transações possam parecer quando consideradas em si mesmas” (RAWLS, 2011, p. 315). Para Rawls (2011, p. 317), existe uma mão invisível que

[...] guia as coisas na direção errada e favorece uma configuração oligopolista de acumulações que se presta a manter desigualdades injustificadas e restrições a oportunidades equitativas. Portanto, necessitamos de instituições especiais para preservar a justiça de base e de uma concepção especial de justiça para definir como essas instituições devem se estruturar.

Assim, mostra-se necessário que a estrutura básica contenha mecanismos de regulação e ajuste contínuos das iniquidades que surgem ao longo do processo de cooperação social, sendo o princípio da diferença “o critério apropriado para regular as desigualdades sociais e econômicas” (RAWLS, 2011, p. 334), que se aplica às normas e políticas públicas mais importantes que regulam tais desigualdades.

Ressalte-se que os dois princípios de justiça de Rawls não podem existir isoladamente, já que para a sua concepção liberal de justiça não é suficiente o reconhecimento da existência e prioridade das liberdades básicas, sendo necessário também o reconhecimento de um mínimo social, pois é este que garante o valor das liberdades básicas, na medida em que, consoante observa Freeman (2003, p. 9), “sem a garantia do mínimo social, as liberdades básicas são meramente formais e as proteções valem pouco para as pessoas menos favorecidas, desprovidas dos meios para tirar proveito de suas liberdades”⁵.

Rawls não está preocupado, portanto, apenas com a proteção das liberdades básicas dos cidadãos. Preocupa-se também com o real exercício dessas liberdades, condição que somente pode ser atendida através da garantia de um mínimo social.

⁵Tradução livre do trecho: “For without a social minimum, the basic liberties are merely formal protections and are worth little to people who are impoverished and without the means to take advantage of their liberties”.

É preciso que as instituições garantam a todos igualmente a possibilidade de realização dos seus planos de vidas, uma vez que o fluxo normal da estrutura básica da sociedade tende a privilegiar determinados talentos e habilidades e, por isso, Rawls elabora os dois princípios de justiça, os quais devem ser aplicados à estrutura básica. Logo no início da sua principal obra, Rawls (2008, p.8) sustenta que

A estrutura básica é o principal objeto da justiça porque suas consequências são profundas e estão presentes desde o início. Aqui a ideia intuitiva é que essa estrutura contém várias posições sociais e que as pessoas nascidas em condições diferentes têm expectativas diferentes de vida, determinadas, em parte, tanto pelo sistema político quanto pelas circunstâncias econômicas e sociais. Assim, as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais que outros. Essas são desigualdades muito profundas. Além de universais, atingem as oportunidades iniciais de vida; contudo, não podem ser justificadas recorrendo-se à ideia de mérito. É a essas desigualdades, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que se devem aplicar em primeiro lugar os princípios da justiça social. Esses princípios, então, regem a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social. A justiça de um arranjo social depende, em essência, de como se atribuem e também das oportunidades econômicas e das condições sociais dos diversos setores da sociedade.

Conforme mencionado, Rawls (2008) acredita que as oportunidades dos indivíduos não podem depender do acaso genético ou social, na medida em que as desigualdades de talentos naturais e de berço são imerecidas, ninguém merece possuir um talento ou pertencer a determinada família.

Segundo o autor, “a distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que se nasça em determinada posição social. Isso são meros fatos naturais. Justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos” (RAWLS, 2008, p. 122).

Uma instituição justa é aquela que atua para compensar essa desigualdade através da concessão de “mais atenção aos possuidores de menos dotes inatos e aos oriundos de posições menos favoráveis. A ideia é reparar o viés das contingências na direção da igualdade” (RAWLS, 2008, p. 120).

É importante frisar que, apesar de considerar que as desigualdades sejam imerecidas, Rawls não cogita a eliminação dessas diferenças e tampouco refuta a possibilidade de os mais favorecidos genética ou socialmente auferirem maiores benefícios decorrentes da cooperação social. Todavia, essa situação, por força do princípio da diferença, não deve ser justificada em razão da posse de talentos naturais ou do pertencimento a uma classe social mais elevada, mas sim da elevação da situação daqueles que são mais desfavorecidos socialmente.

Dessa forma, vê-se que Rawls é considerado um liberal-igualitário não porque defenda a igual distribuição de oportunidades, renda e riqueza, mas por permitir que as

desigualdades na distribuição dos bens primários só sejam toleradas se resultarem na maior fruição pelos menos favorecidos das suas liberdades básicas. Rawls (2011, p. 334) afirma que

[...] A estrutura básica deve permitir desigualdades organizacionais e econômicas, desde que melhorem a situação de todos, inclusive dos menos privilegiados, e essas desigualdades devem ser compatíveis com a liberdade igual e com a igualdade equitativa de oportunidades [...].

O teórico adverte, todavia, que não se pode entender que a sua teoria esteja injustamente enviesada em favor dos menos favorecidos. Entende, ao contrário, que o sistema social de distribuição que elabora beneficia não só as posições inferiores, mas também os mais afortunados, que são privilegiados duplamente.

Isso porque o favorecimento natural dos mais afortunados não é eliminado e o bem-estar destes é melhorado pela distribuição equitativa de oportunidades, renda e riqueza, já que o bem-estar dos mais favorecidos depende do sistema de cooperação social e os indivíduos só estarão dispostos a cooperar voluntariamente se os termos dessa cooperação forem razoáveis.

Rawls trabalha, assim, com um ideal de cooperação social. As instituições são projetadas para beneficiar todos numa base de reciprocidade. Neste sistema, em que a ninguém é dado se beneficiar a custa dos mais pobres, todos estão em uma melhor situação do que estariam em qualquer outro estado (FREEMAN, 2003, p. 7).

Ressalta-se que a justiça como equidade se apresenta como uma alternativa à teoria utilitarista que, em todas as suas versões, considera uma sociedade justa “quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem [...]” (RAWLS, 2008, p. 27).

A principal objeção de Rawls aos utilitaristas está no fato de esses não levarem a sério a distinção entre pessoas, uma vez que para eles pouco importa a forma como os bens são distribuídos entre os indivíduos, o que interessa é se a média da satisfação geral será ou não elevada com a distribuição.

Os direitos e liberdades, na ótica utilitarista, são vistos como instrumentais à realização do bem humano da maximização do nível satisfação dos desejos e preferências individuais. A distribuição destes direitos dependerá de considerações agregativas (VITA, 2007, p. 18).

Assim, o utilitarismo permite, por exemplo, a restrição do acesso dos indivíduos menos favorecidos aos bens sociais desde que essa restrição seja necessária à elevação da satisfação geral da sociedade. Rawls nega peremptoriamente essa possibilidade da supressão

de direitos dos indivíduos em prol do aumento da utilidade média, pois argumenta que:

[...] Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais [...] (RAWLS, 2008, p. 4).

Isso porque o filósofo trabalha com a ideia de igualdade humana fundamental. Para as instituições sociais, a vida de cada pessoa conta igualmente, de modo que, com base nos dois princípios de justiça rawlsianos, devem assegurar um tratamento igual aos cidadãos, fornecendo as liberdades básicas de forma igual para todos e somente permitindo diferenças na distribuição de direitos, liberdades e oportunidades quando a desigualdade beneficiar ao máximo os membros da sociedade menos favorecidos.

Feitas as considerações sobre os principais pontos da teoria de justiça de Rawls, na seção seguinte, tais ideias serão, com base no pensamento de Norman Daniels, articuladas à compreensão do direito à saúde, a fim de evidenciar a sua especial importância.

2.3 A saúde e a justiça como equidade

Como visto anteriormente, Rawls pretende tratar acerca de questões de justiça social relacionadas à estrutura básica da sociedade, que é a responsável pela distribuição dos bens primários sociais, definidos como as “coisas que todo indivíduo racional presumivelmente quer”, na medida em que têm utilidade “sejam quais forem os planos racionais de vida da pessoa” (RAWLS, 2008, p. 75).

Esses bens primários são os direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza, que, no arranjo hipotético imaginado pelo autor, são igualmente distribuídos, ressaltando-se que essa repartição igualitária não significa igualdade absoluta, uma vez que alguns podem receber mais bens primários se isso melhorar a situação dos que têm menos (RAWLS, 2008).

Ao lado destes bens primários sociais, situam-se os chamados bens naturais, os quais, embora possam sofrer influência da estrutura básica da sociedade, não estão sob o seu controle direto. Rawls (2008) inclui entre os bens naturais a saúde, a inteligência e a imaginação. Segundo Mario (2014, p. 5),

[...] podemos entender a partir da formulação de Rawls que a saúde não é um bem

que possa vir a ter impacto negativo sobre a vida das pessoas a ponto de sua ausência resultar em injustiças sociais e, por ser um bem primário natural, não seria passível de distribuição pela estrutura básica apesar de poder ser afetada por essa. Sob esse último aspecto, a manutenção da saúde seria muito mais responsabilidade do indivíduo do que das instituições da estrutura básica, pois, há de se considerar que renda, riqueza, oportunidades e liberdade já foram igualmente distribuídos.

Essa, no entanto, é a ideia defendida por Rawls em sua primeira obra, *Teoria de Justiça*. Nela, o autor não nega os efeitos distributivos da saúde, reconhecendo que medidas eficazes de saúde pública podem influenciar as condições necessárias para a promoção dos objetivos dos indivíduos. No entanto, como são justas as desigualdades sociais e econômicas na sociedade por ele imaginada, esses efeitos são postos de lado (RAWLS, 2008).

Assim, a teoria rawlsiana, no estágio da posição original, não coloca a saúde enquanto problema de justiça distributiva. Ao contrário, pressupõe que, na sociedade bem ordenada, todos os indivíduos são participantes plenos e ativos da sociedade, vale dizer, “todos têm necessidades físicas e capacidades psicológicas no âmbito da normalidade de modo que questões de cuidados médicos especiais e de capacidade não se apresentam” (RAWLS, 2008, p. 116).

Apesar desta suposição, Rawls, em suas obras mais recentes, não desconsidera que as pessoas possam sofrer acidentes ou padecer de alguma doença, uma vez que tais fatos constituem infortúnios normais no curso da vida. Em *Justiça como equidade*, Rawls (2003, p. 78) sustenta que certo nível de desigualdade de perspectivas de vida dos cidadãos é necessário para que a sociedade seja bem planejada e efetivamente ordenada, sendo que essas perspectivas são profundamente afetadas pelas seguintes contingências: a) contingência social – a classe social de origem do indivíduo; b) contingência natural – seus talentos naturais e as oportunidades que tem para desenvolver esses talentos em função da classe social de origem; e c) contingência fortuita – sua boa ou má sorte ao longo da vida (como será afetado por doenças ou acidentes e por períodos de desemprego involuntário e declínio econômico geral).

Além de serem influenciadas por essas contingências, as perspectivas de vida também são afetadas “pela maneira como a estrutura básica dispõe as desigualdades e usa essas contingências para cumprir certas metas sociais” (RAWLS, 2003, p. 78).

Assim, a estrutura básica não pode ignorar as desigualdades nas perspectivas de vida dos cidadãos decorrentes das contingências sociais, naturais e fortuitas, devendo instituir as regulamentações necessárias para preservar a justiça de fundo, sob pena de não levar “a sério a ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais” (RAWLS, 2003, p. 78-79).

Como se vê, em vez de desconsiderar os efeitos das questões de saúde sobre os

planos de vida dos indivíduos, como faz em *Teoria da Justiça*, em *Justiça como equidade*, Rawls atribuiu à estrutura básica o dever de estabelecer instituições que tratem sobre os problemas relacionados à saúde.

A regulação dessas questões não pode ser feita no estágio da *posição original*⁶, já que nela os indivíduos, por estarem cobertos com o *véu da ignorância*, desconhecem as circunstâncias da sociedade, não podendo, assim, ter informações sobre as doenças existentes, bem como as limitações delas decorrentes e as necessidades das pessoas doentes.

Considerações sobre saúde também não podem ser feitas no estágio constitucional, pois, segundo a divisão de trabalho proposta por Rawls entre esses estágios, na fase constituinte, as análises devem ser guiadas pelo primeiro princípio de justiça, de modo que, neste estágio, são analisadas apenas as determinantes que se relacionam com o princípio da liberdade igual, sendo elas: a) a proteção das liberdades fundamentais individuais, da liberdade de consciência e da liberdade de pensamento e b) o estabelecimento de um processo político que como um todo seja um procedimento justo (RAWLS, 2008).

No terceiro estágio, o legislativo, entra em ação o segundo princípio de justiça, que visa determinar as políticas sociais e econômicas maximizadoras das expectativas de longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades. Dessa forma, “neste ponto, entra em jogo toda a gama de fatores sociais e econômicos de caráter geral” (RAWLS, 2008, p. 244), dentre eles, os relacionados à saúde.

Já o quarto estágio (o judicial) se destina à aplicação das normas a casos específicos por juízes e administradores. Nele, “não há mais limites ao conhecimento, pois já foi adotado o sistema completo de normas que se aplica aos indivíduos em virtude de suas características e circunstâncias” (RAWLS, 2008, p. 245).

Deve-se ressaltar que a transferência da preocupação com a saúde (e outros fatores sociais e econômicos) para o estágio legislativo tem por fim evitar o desvio da questão fundamental que Rawls pretende responder: qual concepção de justiça que é mais apropriada para especificar os termos da cooperação social entre cidadãos concebidos como livres e iguais e como membros normal e plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida (RAWLS, 2011).

Mario faz um paralelo interessante para explicar o porquê do não tratamento das questões de saúde não deve se dar na posição original ou no estágio constitucional:

⁶Rawls acredita que a especificação dos sistema de liberdades e direitos é feita por meio da aplicação dos princípios de justiça ao longo de quatro estágios: a) a posição original, b) o constitucional, c) o legislativo e d) o judicial.

Ademais, extrapolando para as políticas públicas e todo o processo que as envolve (da elaboração à implementação), bem como considerando o modo como tais questões surgem, seria pouco provável que concordássemos em citar ou detalhar questões muito específicas no texto constitucional que nos garante o direito universal à saúde. Por exemplo, o tratamento diferenciado requerido por doenças graves e deficiências precisa ser debatido e as decisões a seu respeito, tomadas em momento posterior no qual seja possível considerar as especificidades da doença/deficiência, do local no qual a política será implementada e das pessoas/pacientes que são por elas acometidos. Tais decisões também são caracterizadas por certa transitoriedade e indeterminação, pois o perfil epidemiológico de uma população altera-se com o decorrer do tempo. Por outro lado, as soluções e condições de tratamento disponíveis variam de sociedade para sociedade dependendo de fatores econômicos, tecnológicos, científicos, sem mencionar a forte influência de fatores culturais sobre a atuação médica e as soluções (MARIO, 2013, p. 47).

Assim, sendo necessárias maiores informações sobre as contingências sociais para levar-se em consideração as questões de saúde, Rawls transfere as considerações sobre a saúde para os estágios posteriores, mais especificamente para o estágio legislativo, no qual, em razão do véu da ignorância ser menos espesso, já é possível o conhecimento sobre os custos dos tratamentos e os recursos estatais que podem ser disponibilizados.

Daniels (1996), no entanto, faz uma ampliação da teoria de Rawls, de modo que passe a albergar o tema da saúde. O autor não desconhece o fato de Rawls não ter trabalhado diretamente com a questão, pois pressupõe que, na sociedade bem ordenada, ninguém está doente, sendo todos os indivíduos membros plenos e ativos da sociedade. Todavia, entende que essa circunstância não é óbice para a extensão das ideias de Rawls à saúde, de modo a concebê-la enquanto problema de justiça distributiva.

Com efeito, a saúde é um problema dessa ordem na medida em que é resultado e causa das desigualdades sociais. O indivíduo doente ou acometido por alguma capacidade vê o seu leque de oportunidades ser reduzido, de forma que, mesmo tendo o mesmo índice de bens primários, fica em situação de desigualdade com relação a outro indivíduo saudável (DANIELS, 2008).

Daniels (1996), apesar de conceber a saúde como a ausência de doenças (caracterizadas enquanto desvios na organização funcional dos seres humanos), acaba por alargar essa compreensão estrita ao conceber a saúde como fator que está interligado a outras determinantes sociais.

Assim, a manutenção do funcionamento normal do indivíduo depende da satisfação das necessidades de saúde, que dizem respeito não apenas à prestação de cuidados de saúde, mas também à distribuição adequada de fatores socialmente controláveis que afetam a saúde populacional, sendo eles: a) nutrição e abrigos adequados; b) condições salubres de moradia e trabalho; c) exercício físico, descanso e lazer; d) serviços de saúde preventivos,

curativos e de reabilitação; e) serviços de apoio pessoal e social aos serviços médicos; e f) distribuição adequada de outras determinantes sociais da saúde.

Daniels (2008) realça que não é comum a referência a esses fatores como necessidades de saúde (uma vez que há a tendência de associar à saúde apenas os serviços médicos pessoais), sendo importantes as necessidades acima referidas para apontar a existência de uma relação funcional entre preservar a saúde – manter o funcionamento normal – e os muitos bens, serviços e instituições que pesam na saúde e sua distribuição.

A satisfação das necessidades de saúde é essencial para manter o funcionamento normal do ser humano e, por conseguinte, para a proteção do leque normal de oportunidades, ou seja, das “[...] diferentes opções de planos de vida que pessoas razoáveis desejariam para si [...]” (MARIO, 2013, p. 60).

O leque normal de oportunidades é definido por Daniels (2008) como o conjunto de planos de vida que pessoas razoáveis provavelmente desenvolverão para si, sendo determinado por pontos chave de uma sociedade – riqueza, desenvolvimento histórico e tecnológico etc. Assim, é uma noção socialmente relativa.

Para o autor, os planos de vida que os indivíduos consideram adequados, e que esperam razoavelmente que tragam satisfação ou felicidade, deixam de ser razoáveis em razão do prejuízo das funções normais (DANIELS, 2008).

E é justamente nesse ponto que Daniels (2008) faz a ligação da saúde com a teoria de justiça como equidade, na medida em que se esta se preocupa com a proteção das oportunidades dos indivíduos, deve dar especial atenção à saúde, que é fundamental para a garantia da participação plena das pessoas na sociedade e para a capacidade de realização de suas expectativas de vida. Daniels (2008, p. 21) considera que

Minha proposição sobre a relação entre saúde e oportunidade, portanto, fornece uma maneira de estender a teoria de Rawls para abordar as desigualdades criadas pela doença e incapacidade, uma questão-chave que Rawls não abordou. A extensão aumenta muito o poder de sua teoria e sua capacidade de responder a algumas críticas⁷.

É no fato de influenciar o leque de oportunidades abertas aos indivíduos que reside a importância moral especial da saúde. Daniels (2008, p. 35) afirma que os obstáculos ao funcionamento normal, por afetarem as capacidades das pessoas, diminuem o leque de oportunidades por meio do qual os indivíduos constroem seus “planos de vida” ou “conceitos

⁷Tradução livre do trecho: “*My claim about the relationship between health and opportunity thus provides a way of extending Rawls’s theory to address the inequalities created by disease and disability, a key issue that Rawls had deliberately avoided. The extension vastly increases the power of his theory and its ability to respond to some critics*”.

de bom/bem”.

A proteção da saúde, portanto, é uma obrigação social. A sociedade deve buscar termos equitativos de cooperação para a proteção da saúde (e, por consequência, das oportunidades), bem como criar instituições específicas a tal fim.

Para Daniels (2008) a maioria das sociedades reconhece essa importância moral da saúde, uma vez que as pessoas, em geral, consideram ultrajantes que desigualdades de renda e poder normalmente aceitas em seu seio interfiram na capacidade de as pessoas prevenirem-se ou se tratarem de doenças. Deste modo, agem no sentido de criar e financiar instituições que ofereçam e distribuam a saúde pública e serviços médicos de modo mais equitativo do que muitos outros bens.

Segundo Daniels (2008), a ideia que está por trás do princípio rawlsiano da igualdade equitativa de oportunidades é a restauração do âmbito de oportunidades equitativas para pessoas a fim de que as condições sociais sejam mais justas e menos desiguais.

Para o autor, a proteção das oportunidades contra problemas de saúde se pauta em uma ideia similar. O prejuízo ao funcionamento normal por problemas de saúde restringe as oportunidades de um indivíduo relativas à porção do leque à qual teria acesso baseada em seus talentos e habilidades se fossem saudáveis. E, em razão dos talentos e habilidades serem afetados permanentemente por patologias, devem ser tomadas medidas para corrigir em algum grau os efeitos da “loteria natural”, destacando-se a criação de instituições para a proteção da saúde. Mario (2013, p. 62) observa, com base na teoria de Daniels, que

[...] incluir instituições que garantam serviços de saúde dentre as instituições básicas responsáveis por garantir iguais oportunidades a todos é totalmente condizente com a principal preocupação de Rawls, de reduzir as arbitrariedades dadas pelo nascimento e pela posição de cada um na sociedade, arbitrariedade que são moralmente inaceitáveis.

As instituições para a proteção da saúde agem, portanto, sobre um tipo específico de arbitrariedades: os fatores que afetam o normal funcionamento dos indivíduos, contribuindo, assim, para a garantia da igualdade equitativa de oportunidades.

Daniels (2008) inclui as instituições responsáveis por prestar assistência médica entre as instituições garantidoras da igualdade equitativa de oportunidades, já que, como visto acima, para o autor a saúde é fator importante na distribuição das oportunidades entre os indivíduos.

A partir da extensão da teoria de John Rawls realizada por Daniels, é possível compreender que a saúde constitui um bem valioso a todos os indivíduos independentemente de suas concepções de bem e preferências, na medida em que tem influência direta na

realização dos planos racionais de vida.

E em virtude da influência direta nos planos de vida das pessoas, Añón (2009) afirma que a atenção sanitária tem um efeito redistributivo da renda até mais forte que as transferências sociais e de educação.

Essa observação não autoriza, todavia, concluir que o direito à saúde, dado o seu caráter redistributivo, somente pode ser garantido pelo Estado aos indivíduos em situação de necessidade. Seguindo essa visão, o poder público atuaria de forma subsidiária ao mercado: aqueles que não pudessem adquirir os serviços de saúde deveriam ser acobertados pelas prestações estatais. Para Añón (2009, p. 197),

A tese que defende que os direitos sociais são somente para quem necessita, em razão de não poder satisfazer suas necessidades no mercado, parte implicitamente de uma concepção reducionista do âmbito da justiça social e econômica. Com efeito, parte-se de que a justiça social e econômica é efetivamente justiça distributiva ou redistributiva. O livre mercado produziria uns determinados resultados e distribuições, algum dos quais pode resultar em exclusões e desigualdades tão intoleráveis que seria necessário corrigi-los desde o âmbito jurídico-político. Os direitos sociais representariam um instrumento adequado para isso, porque suporiam um tratamento jurídico normalizado para questionar as tensões sociais geradas por essas exclusões e desigualdades⁸.

Para a justiça social, no entanto, não interessa apenas como é redistribuído o produto social, mas também como este é produzido (AÑÓN, 2009). Assim, na ótica da cidadania, os direitos devem ser desmercadorizados, ou seja, as pessoas devem ter acesso a eles independente do mercado.

O direito à saúde, portanto, deve ser garantido segundo a ótica universalizante dos direitos de cidadania, o que significa que o direito deve ser assegurado a todos pelo Estado, mostrando-se irrelevantes as considerações prévias acerca das condições socioeconômicas dos indivíduos. Conforme Ramos (2014, p. 225),

Nesta concepção, bens como a proteção da saúde, da educação, da moradia devem ser produzidos socialmente de tal maneira que não adquiram a forma de mercadoria. Assim, acredita-se que os direitos sociais estão relacionados com a estratégia de *desmercantilização*. Os direitos sociais não seriam apenas um instrumento e uma instituição jurídica de redistribuição, mas, e principalmente, um mecanismo de *desmercantilização* da vida.

A ótica universalizante no âmbito dos direitos sociais ainda é muito controversa.

⁸ Tradução livre do trecho: “La tesis que defende que los derechos sociales son sólo para quienes los necesitan por no poder satisfacer sus necesidades en el mercado parte implicitamente de una concepción reducionista del ámbito de la justicia social y económica. Em efecto, se parte de que la justicia social y económica es fundamentalmente justicia distributiva o redistributiva. El libre mercado produciría uns determinados resultados y asignaciones, algunos de los cuales podrían suponer exclusiones y desigualdades tan intorelables que sería necesario corregir desde el ámbito jurídico-político. Los derechos sociales signifnicarían un instrumento adecuado para ello, por cuanto supondrían un tratamiento jurídico normalizado para questionar las tensiones sociales generadas por esas exclusiones y desigualdades”.

Essa controvérsia se torna muito interessante quando se observa que há um consenso acerca da universalidade dos direitos humanos (dos quais os direitos sociais fazem parte), sendo a universalidade entendida na perspectiva de que todos os seres humanos são titulares dos direitos humanos.

Apesar das controvérsias, o presente trabalho considera que a universalidade também é uma característica dos direitos sociais e, por conseguinte, do direito à saúde. Nessa perspectiva surge o seguinte questionamento: por que o direito à saúde deve ser considerado universal?

Ele é um direito universal na medida em que faz parte dos direitos de cidadania, que, como visto acima, deve ser prestado de forma independente dos mercados. Tal circunstância é ainda mais justificável com relação ao direito à saúde, que é fundamental para a realização de qualquer plano de vida traçado pelas pessoas.

A universalidade é algo distintivo e constitutivo da própria ideia de direitos, de modo que a admissão da focalização das prestações estatais em saúde aos mais necessitados “[...] seria renunciar um traço que creio ser constitutivo da própria noção de direitos humanos, tanto na medida em que aparece nos distintos textos internacionais, como que se trata de um traço definidor deste conceito”⁹ (AÑÓN, 2009, p. 182).

Añón (2009) ressalta que os direitos sociais, embora tenham sido criados para resguardar grupos social, cultural, política e economicamente desfavorecidos, não tiveram por fim a proteção apenas destes grupos, mas sim a ampliação da proteção dos direitos humanos, que, na perspectiva liberal, não alcançava vários grupos sociais em situação de desfavorecimento. Dessa forma, Anñón (2009, p. 184) afirma que:

[...] Assim, do mesmo modo que o primeiro direito social positivado historicamente nas constituições (ainda que não como direito social), que é o direito de propriedade, tinha uma forma universal, mas protegia em realidade somente os interesses de uma classe social, assim também o resto dos direitos sociais, ainda que de fato protegessem especialmente determinados setores sociais subalternos, tiveram uma formulação universal¹⁰.

A adoção do critério da necessidade para a prestação das políticas de saúde exigiria que o pretenso beneficiário provasse a sua incapacidade de conseguir o bem pela via do mercado. É inegável que isso representaria um retrocesso, uma vez que traria de volta a

⁹ Tradução livre do trecho: “sería renunciar a um rasgo que creo constitutivo de la própria noción de derechos humanos, tanto en la medida en que aparece en los distintos textos internacionales, como que se trata de un rasgo definitorio de este concepto”.

¹⁰ Tradução livre do trecho: “Así, del mismo modo que el primer derecho social positivado históricamente en las constituciones liberales (aunque no como derecho social), que es el derecho de propiedad, tenía una forma universal pero en realidad sólo lo protegían los intereses de una clase social, así también el resto de derechos sociales, aunque de hecho protegían especialmente a determinados sectores sociales subalternos, tuvieron una formulación universal”.

estigmatização dos assistidos que marcou as primeiras políticas assistenciais inglesas, anteriormente expostas.

A necessidade de restrição aos menos favorecidos socialmente se justificaria, na visão dos defensores dessa visão, em razão da dimensão unicamente prestacional do direito à saúde. Nesse sentido, o Estado deveria garantir os bens e serviços de saúde somente àqueles que não pudessem garanti-los pela via do mercado.

Para Ánõn (2009) esse argumento é fácil de ser derrubado, na medida em que o direito à saúde, assim como os outros direitos sociais, é um direito complexo que tem elementos prestacionais e outros que não o são (a exigência, por exemplo, da abstenção por parte dos Estados e de terceiros de causar danos à saúde dos indivíduos).

Além disso, não são apenas os direitos sociais que exigem uma ação positiva do Estado. Os direitos de liberdade também o exigem, a exemplo da necessidade de o Estado organizar a segurança pública a fim de garantir os direitos individuais dos cidadãos. A manutenção de força policial exige o dispêndio de muitos recursos e, apesar disso, não se defende a limitação dos gastos com segurança pública (AÑÓN, 2009).

Outro argumento apresentado contra a universalização do direito à saúde seria a injustiça de tratar igualmente desiguais, circunstância que aumentaria a desigualdade.

Nesse ponto, Añón (2009) realça que a extensão dos titulares dos direitos sociais em geral é acompanhada pela extensão do sistema progressivo de impostos, o que implica que as pessoas que têm mais meios econômicos também contribuem para as políticas sociais, contribuição que, em razão da progressividade fiscal, é maior do que as realizadas pelos mais pobres.

Assim, a justiça social na extensão dos direitos sociais e das prestações a eles associadas não pode ser avaliada de forma insular, levando em conta apenas a extensão dos titulares ou das prestações. Ao contrário, deve levar em conta o desenho geral do sistema de prestações públicas, em especial, a forma de financiamento. Existindo um justo sistema impositivo progressivo, em princípio, não há problema no fato de todos usufruírem de iguais direitos e prestações (AÑÓN, 2009).

Por fim, apresenta-se como argumento contrário à universalização do direito à saúde a consideração de que a extensão deste direito a toda a sociedade gera uma crise fiscal ao Estado e problemas de escassez econômica. Segundo Añón (2009, p.195), essa interpretação é precipitada, uma vez que

[...] seja estes e não outros gastos os responsáveis por tal problema é uma interpretação política e ideológica, que há de ser manejada com precaução. Fazer esta interpretação sem levar em conta, além disso, a produtividade social das

prestações vinculadas a direitos sociais é incompleta. Mas o incompleto desta análise deriva de examinar o problema da crise fiscal como um problema isolado de todo o contexto, pois deste modo a vinculação da mesma com os gastos sociais é arbitrária¹¹.

Para o autor, a crise fiscal do Estado não se deve à introdução dos direitos sociais (dentre eles, o direito à saúde), mas sim à “dificuldade do direito de parar de trabalhar com os pressupostos jurídicos do Estado liberal, para consumir a tendência social-democrata que abrange os direitos sociais e económicos”¹² (AÑÓN, 2009, p. 195).

Dessa forma, a crise fiscal é um dos elementos de uma crise de legitimação política, pelo fato de que a tentativa de superação desta crise vir sendo conduzida pelo esquema das classes empresariais e da doutrina neoliberal (caracterizada pelo processo de privatizações, desmonte do Estado e erosão dos direitos sociais) não significa que esta seja a única alternativa possível frente à crise de legitimação (em que a crise fiscal é uma de suas manifestações) que se vivencia.

O presente trabalho parte, assim, do pressuposto que o direito à saúde, por pertencer à categoria dos direitos humanos, é dotado da característica da universalidade, hipótese que está assentada na ideia de cidadania social de Marshall e no entendimento de que o direito a saúde é um dos pilares das oportunidades que se abrem aos indivíduos.

Fixadas tais premissas, no tópico seguinte será analisado o tratamento conferido ao direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988.

2.4 O direito à saúde no Brasil

A Constituição Federal de 1988 foi o primeiro texto constitucional brasileiro a tratar a saúde como direito, inserindo-a no sistema da seguridade social, que, por sua vez, “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194) (BRASIL, 1988).

Ao contrário da previdência (de caráter contributivo) e da assistência social

¹¹ Tradução livre do trecho: “El que sean estos y no otros gastos los responsables de tal problema es una interpretación política e ideológica, por lo que se há de manejar con precaución. Hacer esta interpretación sin tener em cuenta, además, la productividad social de las prestaciones vinculadas a derechos sociales es incompleta. Pero lo incompleto de este análisis deriva de examinar el problema de la crisis fiscal como un problema aislado de todo contexto, pues de esto modo la vinculación de la misma con los gastos sociales es antoja como arbitraria”.

¹² Tradução livre do trecho: “[...] dificultad del derecho para dejar de funcionar con los presupuestos jurídicos del Estado liberal que dificulta el consumir la tendencia democrática que se encierra em los derechos económicos y sociales”.

(prestada a quem está em situação de necessidade), a saúde se pauta pelo acesso universal, estando prevista como “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” (CF, art. 196). Souza (2013, p. 206-207) realça que

[...] O mencionado dispositivo é o cerne do maior número de questões enfrentadas pelo operador jurídico que se depara com lides envolvendo a temática, gerando constantes tensões institucionais diante da pródiga interpretação que geralmente a ele é atribuída pelo Judiciário e da postura mais restritiva da Administração e dos gestores da saúde, premidos pelas limitações orçamentárias.

Tais tensões serão trabalhadas no capítulo seguinte do trabalho, valendo realçar desde logo que a saúde está prevista, ainda, no art. 6º do texto constitucional, isto é, no rol dos direitos fundamentais sociais. No entanto, apesar de ser um direito social, o direito à saúde possui também uma dimensão subjetiva individual, sendo a um só tempo, portanto, um direito de viés programático e um direito oponível ao Estado judicialmente.

Na primeira parte do art. 196, pode-se perceber a institucionalização de um conceito amplo de saúde, incorporando-se ao contexto brasileiro a compreensão de saúde defendida desde 1948 pela Organização Mundial da Saúde, que, como visto, conceitua a saúde não apenas como a ausência de doença ou enfermidade, mas enquanto um estado de completo bem-estar físico e social.

Dessa forma, a Constituição, ao preceituar que a saúde deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, abandonou o entendimento puramente biológico da saúde que dominava as ações estatais na área, mais voltadas, até então, para a prevenção e o tratamento das doenças contagiosas. Segundo Santos (2010, p. 150),

O primeiro enunciado do artigo – execução de políticas sociais e econômicas protetoras da saúde – vincula-se a planos e programas do Estado nacional, que devem assegurar ao indivíduo e à coletividade tudo aquilo que possa ser considerado essencial para a satisfação da saúde física, mental, psicológica, moral e social: morar bem, ter salário digno, ter mais lazer, boa educação, alimentação suficiente, segurança, previdência etc.

A saúde passou, assim, a não ser mais considerada de forma isolada, vale dizer, enquanto fenômeno relacionado somente ao homem, ao seu corpo e suas determinações genéticas. Albergou-se, também no conceito de saúde a relação do indivíduo com o ambiente social que o rodeia.

Nessa nova concepção, a saúde está interligada com o próprio modo de vida das pessoas, exigindo-se para a sua efetivação a garantia de: trabalho em condições dignas;

alimentação para todos; moradia higiênica e digna; educação e informação plena; qualidade do meio ambiente; transporte seguro e acessível; repouso, lazer e segurança; direito à liberdade, à livre organização e expressão; e acesso universal e igualitário aos serviços setoriais em todos os níveis.

Em razão da correlação da saúde com fatores sociais, ambientais, econômicos e educacionais, a elaboração e execução das políticas sociais e econômicas protetoras da saúde não ficam restritas apenas ao sistema de saúde criado pela Constituição de 1988, envolvendo também outras pastas de governo, que devem trabalhar para “garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”, através da promoção do acesso à alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, atividade física, transporte, lazer e outros bens e serviços essenciais (Lei 8.080/90, art. 3º).

É o prescrito na segunda parte do art. 196 – a promoção do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde – que se dirige mais especificamente ao sistema de saúde inaugurado pela ordem constitucional atual, qual seja: o Sistema Único de Saúde (SUS).

A Constituição de 1988 conceitua o SUS como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde (art. 198), traça algumas de suas diretrizes (art. 198 I a III) e atribuições (art. 200), fixa parâmetros de financiamento do sistema (art. 198 §§1º a 3º) e permite a atuação da iniciativa privada de forma complementar (art. 199).

Antes da criação do SUS, as ações e serviços de saúde eram divididos entre o Ministério da Saúde e o Ministério da Previdência e Assistência Social. O primeiro responsabilizava-se pelas ações preventivas e de caráter coletivo, enquanto o segundo cuidava da assistência médica, de caráter curativo, que era assegurada somente aos trabalhadores contribuintes da previdência.

A partir da Constituição de 1988 decidiu-se pela expansão e fortalecimento do setor público, bem como pela separação da saúde da previdência social. Com o SUS, os serviços e ações de saúde passaram a ser organizados em uma rede única, de acesso universal, isto é, a fruição dos serviços da rede independe de contribuição para o sistema. Souza (2013, p. 207, grifo nosso) aponta que

O art. 198 é a matriz constitucional do sistema único de saúde, o SUS, *rede regionalizada e hierarquizada* de ações e serviços públicos de saúde que constituem um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes da *descentralização*, com direção única em cada esfera de governo; do *atendimento integral*, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e da *participação da comunidade*, sistema este responsável pelo oferecimento de mais de

75% da assistência à saúde da população brasileira.

Em 1990 foi promulgada a Lei 8.080, conhecida como a Lei Orgânica de Saúde, para o fim de regulamentar os dispositivos constitucionais explicitados, de modo a criar condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

O Sistema Único de Saúde é constituído, nos termos da Lei 8.080/90, pelo “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”. A iniciativa privada (preferencialmente as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos) também poderá integrar o SUS em caráter complementar, quando a disponibilidade dos serviços públicos for insuficiente para garantir o acesso e a integralidade da assistência aos cidadãos, desde que sejam mantidos os princípios do sistema e mediante contrato de direito público ou convênio (AGUIAR, 2011).

No art. 7º da Lei 8.080/90 estão previstos os seguintes princípios norteadores dos serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde: universalidade de acesso aos serviços de saúde; integralidade de assistência; preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; direito à informação; utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; participação social; descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo; integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos dos entes federados; capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Sobre as diretrizes do SUS, é importante tecer maiores considerações sobre: a universalidade, igualdade, integralidade, unidade, descentralização e hierarquização.

O princípio constitucional da universalidade decorre do próprio caráter de direito fundamental que foi atribuído à saúde a partir do ordenamento de 1988. O direito à saúde aparece, portanto, como “um elemento intrínseco à dignidade do ser humano” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 72) e, por isso, pode ser exigido por todo o cidadão.

Desse modo, a assistência médica era de responsabilidade do Ministério de Previdência e Assistência Social, sendo prestada por meio do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) aos trabalhadores ou aos contribuintes

autônomos do Instituto. As pessoas que estavam excluídas do mercado de trabalho ou que não podiam pagar as contribuições ao INAMPS estavam excluídas das prestações estatais de saúde. Em caso de doença, pagavam pelos serviços privados ou recorriam às instituições filantrópicas.

A Constituição de 1988 inseriu a saúde no capítulo da seguridade social, juntamente com a previdência e a assistência social. No entanto, a saúde pauta-se em princípios e diretrizes totalmente diferentes das observadas nas demais esferas. Enquanto a previdência tem caráter contributivo e a assistência social somente é prestada aos necessitados, a saúde tem acesso universal, devendo os serviços de prevenção e de assistência ser assegurados pelo Estado a toda a população. Dessa forma, conforme Weichert (2004, p. 158)

[...] O Sistema Único de Saúde não foi formulado apenas para a população carente (como uma política de assistência social) ou para os que contribuem à seguridade social (como uma prestação previdenciária), mas sim para a garantia de saúde a todos que necessitarem e desejarem a ele (o sistema público) recorrer [...].

Além do acesso universal, a Carta Magna previu o acesso igualitário aos serviços de saúde, o que significa que o acesso será assegurado a todos, sem distinções e privilégios. A adoção do princípio da igualdade nos serviços e ações de saúde nada mais é do que a concretização, que deve ocorrer na prestação de qualquer serviço público, da noção de igualdade refletida no *caput* do art. 5º da CF e do princípio republicano insculpido no art. 19 III do texto constitucional, que veda a criação de distinções ou preferências entre brasileiros. Tal princípio pode ser sintetizado através da máxima segundo a qual a mesma situação clínica deve merecer a mesma atenção em saúde.

Serrano (2009, p. 76) adverte que “a conjugação dos princípios da universalidade e da igualdade acaba dando lugar à equidade”, que significa que devem ser reconhecidas as desigualdades na mortalidade e incidência de doenças entre os diferentes grupos sociais, de modo que as ações de saúde possam focar nos indivíduos mais vulneráveis (crianças, idosos, mulheres etc.), sem que isso represente afronta à igualdade preconizada no art. 5º da CF.

Outro princípio elencado no art. 7º da Constituição Federal é o da integralidade, que, para Carvalho (2006), possui duas dimensões: horizontal e vertical. A primeira exige que haja a interligação de serviços de prevenção e tratamento, em âmbito individual e coletivo, devendo ser prestados em todos os níveis de complexidade. Já a dimensão vertical está relacionada ao conceito amplo de saúde, pressupondo “um olhar para as questões que envolvem o afetivo, o biológico, o espiritual, o sociocultural, entre outras” (CARVALHO, 2006, p. 16).

O princípio da unidade, por sua vez, traduz o objetivo do Sistema Único de Saúde de “articular todos os serviços existentes no país para que, atuando de forma ordenada, possa haver a otimização dos escassos recursos sociais em todos os níveis da federação, propiciando ganho de escala e evitando a sobreposição de estruturas” (SOUZA, 2013, p. 209).

É o princípio da unidade que permite ao cidadão recorrer, na falta dos serviços em sua localidade, aos serviços de saúde da municipalidade ou Estado vizinhos, bem como impede a “instrumentalização do sistema único pelo privado, proibindo que o paciente recorra ao sistema público exclusivamente para obter medicamentos, exames clínicos e tratamentos cirúrgicos prescritos por médico particular” (SOUZA, 2013, p. 210).

A descentralização, também, é um princípio organizativo do SUS, entendido como uma redistribuição de responsabilidades e recursos entre as três esferas de governo, com ênfase na municipalização, isto é, o Município é o principal responsável na garantia da saúde da população, somente podendo ser atribuídos aos Estados e à União os serviços que os Municípios não possam prestar, ou que tenham uma dimensão regional e nacional. Conforme Souza (2013, p. 213):

[...] Aqui se insere a acirrada discussão sobre a modalidade de responsabilidade dos entes federados, não nos parecendo ser o melhor entendimento aquele que prega a responsabilidade solidária indiscriminadamente entre a União, os Estados e os Municípios. Isso porque, a uma, a desconsideração das divisões de competências e responsabilidades estabelecidas nos atos normativos secundários e nas leis reguladores da matéria funcionam contra a diretriz da descentralização (objetivo historicamente perseguido pelo Movimento de Reforma Sanitária e pelo constituinte como melhor caminho para a melhoria global do sistema de saúde); e, a dois, porque a condenação incidente sobre diversos entes da federação gera desperdício de recursos em um ambiente já suficientemente marcado pela escassez.

A regionalização refere-se à forma de organização do sistema de saúde por circunscrições territoriais (de modo a levar-se em consideração o dinamismo e a complexidade dos perfis epidemiológicos locais), enquanto o princípio da hierarquização indica a necessidade de organizar o sistema por níveis de complexidade crescentes: primário (pequena complexidade – ex: consultas e curativos), secundário (média complexidade – ex: pequenas cirurgias) e terciário (alta complexidade – ex: cirurgias mais complexas).

As diretrizes da regionalização e da hierarquização possuem dois corolários: *i*) o estabelecimento de um sistema de atendimento afunilado, induzindo o usuário a ter o contato inicial com o nível primário de atendimento (a grande porta de entrada do sistema) para que a partir daí possa ser encaminhado aos níveis mais complexos (que possuem demanda decrescente e custo crescente em relação ao nível primário); e *ii*) o oferecimento seletivo de “[...] níveis de atendimento secundário e terciário em centros regionais capazes de atender à

demanda de vários pequenos municípios, priorizando a alocação de recursos no nível primário de atendimento” (SOUZA, 2013, p. 211).

Todas essas diretrizes do SUS, estabelecidas na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde, são importantes marcos para a concretização do direito à saúde, vale dizer, para, diante da sua complexidade e multiplicidade de prestações, especificar o seu âmbito de abrangência, ou pelo menos, aquilo que o direito à saúde não comporta.

Dessa forma, faz-se necessário observar, por exemplo, que os ditames dos princípios da unidade, descentralização, hierarquia e regionalização do SUS são violados diante de determinadas decisões judiciais, como as que determinam o dispêndio de recursos públicos para o custeio de remédios, tratamentos e procedimentos prescritos exclusivamente por profissionais que não pertenciam aos quadros do sistema público; as que são proferidas sem a análise minuciosa dos atos normativos de repartição de competência e responsabilidade; e as que condenam os municípios ao fornecimento de serviços de alta complexidade ou bens de alto custo.

Para finalizar este capítulo, é importante realçar que a defesa da universalidade do direito à saúde (um dos pressupostos do presente trabalho) não significa que toda e qualquer pretensão de bens ou serviços de saúde deva ser concedida pelo Poder Judiciário. É preciso haver uma racionalidade. E, como se verá em seguida, foi em razão dessa necessidade que surgiram as ações do Conselho Nacional de Justiça para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde.

3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

3.1 A judicialização da política

Antes da análise da judicialização da política, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o neoconstitucionalismo, modelo de Direito Constitucional que surgiu após a Segunda Guerra Mundial e que, em razão de suas características, propiciou o surgimento do fenômeno da judicialização.

Adotando o pós-positivismo como um de seus pilares, o neoconstitucionalismo é marcado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, pela abertura valorativa do sistema jurídico a partir da aceitação do caráter normativo dos princípios e pela mudança do modelo de interpretação judicial.

A Constituição, antes entendida como o reflexo dos fatores reais de poder, passa a ser compreendida como um documento conformador e ordenador da realidade política e social, na medida em que organiza o poder político; estabelece os direitos, princípios, valores e diretrizes que servirão de padrões para a conduta política; e legitima a ordem política e os titulares do poder político.

No entanto, apesar da grande contribuição para a mudança de compreensão acerca do papel político do texto constitucional, o principal avanço do neoconstitucionalismo, neste ponto, está no reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser entendida não apenas como a expressão de anseios, aspirações e propósitos, mas também como um conjunto de preceitos de observância obrigatória tanto por parte dos órgãos do Estado e cidadãos quanto do próprio sistema jurídico (MELLO, 2010, p. 11).

Isso porque, além de conter normas garantidoras dos direitos e liberdades fundamentais, a Constituição é o ponto de apoio e fundamento de validade de todo o sistema normativo, pois é ela quem promove a unidade e coerência do ordenamento ao limitar a ordem infraconstitucional e regular o conteúdo das normas inferiores.

Nesse contexto, a Constituição torna-se, a um só tempo, "uma *ordem-quadro moral e racional* do discurso político e uma *norma fundante e superior do ordenamento jurídico*, estruturada com base em regras e princípios" (CANOTILHO, 2003, p. 1220). Essa concepção da Constituição enquanto conjunto de regras e princípios somente foi possível a partir da aceitação do caráter normativo dos princípios. Segundo Tavares (2006, p. 88),

Nota-se, assim, que o caminho percorrido pelos princípios fez com que, primeiro, passassem de uma noção metafísica a uma norma positiva, mas supletiva, dentro dos Códigos. E, depois, transferiu-os ao corpo da Constituição tornando-os normas do mais alto escalão na hierarquia normativa, com todas as consequências advindas desse posicionamento (BONAVIDES, 2001: 264).

Na "última" fase referida, portanto, os princípios têm força normativa total; eles são cogentes, são considerados normas, possuem normatividade no sentido da impositividade. Há, é certo, outras polêmicas referentes aos princípios, mas não em relação à sua normatividade/imperatividade.

A adoção dos princípios como uma das espécies normativas propiciou a abertura valorativa do sistema jurídico, terminologia que pode ser entendida em dois sentidos. Primeiro, como a irradiação de valores externos dentro do sistema normativo, já que os princípios “[...] caracterizam-se também por conterem os valores políticos e sociais fundamentais ditados pela sociedade” (CARVALHO, 2008, p. 46).

O segundo sentido da abertura valorativa do sistema jurídico está diretamente relacionado com a mudança do modelo de interpretação judicial e o conseqüente advento da nova hermenêutica constitucional, que confere ao juiz o poder de fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e de realizar escolhas entre soluções possíveis.

Nesse contexto, a interpretação constitucional, deixando de ser a mera assimilação de uma vontade (objetiva ou subjetiva) preexistente, torna-se concretização, vale dizer, passa a ser entendida como um ato criador limitado pelo texto normativo: o teor da norma só se completa a partir da atividade interpretativa que, por sua vez, permanece vinculada ao texto (HESSE, 1991. p. 61).

Dessa forma, se a Constituição não contém em si mesma um sentido uniforme e concluído fica a questão de saber em que consiste exatamente a concretização das normas constitucionais. Sobre esse ponto, Canotilho (2003, p. 1201, grifo do autor) anota que:

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* –, que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta "concretização normativa" é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o *lado "técnico" do procedimento* estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a *construção de uma norma jurídica*.

A construção da norma jurídica constitui a etapa intermediária do processo de concretização, uma vez que a verdadeira normatividade de uma norma somente é adquirida quando “com a medida de ordenação nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através de sua aplicação ao caso concreto a decidir” (CANOTILHO, 2003, p. 1221).

A passagem da norma jurídica para a norma de decisão, segundo Canotilho (2003, p. 1221) ocorre mediante: “1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa); 2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); 3) através da prática de atos individuais pelas autoridades (concretização administrativa)”.

Para os fins deste estudo, interessa o segundo tipo de concretização normativa, isto é, quando as normas constitucionais são realizadas por meio da atividade judicial, uma vez que, conforme acima ressaltado, a nova hermenêutica constitucional modificou não apenas a forma de interpretação, mas também o próprio papel do juiz, que se tornou então “[...] co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis [...]” (BARROSO, 2006, p. 26).

Deve-se ressaltar, ainda, que em decorrência da força normativa da Constituição acima destacada, ocorreu a constitucionalização do direito, fenômeno que está associado “[...] a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico [...]” (BARROSO, 2006, p. 30).

A Constituição passou a ocupar assim o centro do sistema jurídico, sendo muito difícil identificar alguma questão que não resvale nos princípios e regras constitucionais.

Diante disso, qualquer questão pode assumir uma dimensão jurídica e ser levada à apreciação do Poder Judiciário, que passa então a decidir, em caráter final e em detrimento das instâncias políticas tradicionais, “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral” (BARROSO, 2012b, p. 5).

Assim, tem-se que as principais características do neoconstitucionalismo (vale dizer, o reconhecimento da força normativa da Constituição e a consequente constitucionalização do direito, bem como a abertura valorativa do sistema jurídico e o fortalecimento do papel do juiz no processo de interpretação) contribuíram para o surgimento do fenômeno conhecido como judicialização, que conforme Fernandes (2012, p. 250-251, grifo do autor):

[...] refere-se, não a um único objeto – como a judicialização da política, por exemplo –, mas a todos os *objetos* que são submetidos, de uma forma mais larga, ao Judiciário. A pesquisa para sua verificação depende de dois olhares: um *quantitativo* e outro *qualitativo*. O primeiro diz respeito à quantidade de ações que são submetidas ao Judiciário; o que reflete em uma maior participação desse terceiro Poder na vida da população [...]

O aspecto *qualitativo*, por seu turno, refere-se à *forma* como o Judiciário julga as questões a ele submetidas. Diz respeito a uma dupla ampliação: a) *dos temas a ele submetidos* – não em relação à quantidade de ações, mas, sim, à gama de *assuntos* (morais, políticos, religiosos, etc.) que passam a ser conhecidos e b) *da maneira de julgamento* dessas mesmas questões antes não conhecidas (FERNANDES, 2012, p. 250-251).

A judicialização pode, portanto, ser compreendida em um duplo aspecto. Primeiro, quanto ao aumento do número de ações judiciais e, em segundo lugar, pelos temas que o Poder Judiciário tem sido obrigado a decidir, sendo a judicialização da política um dos objetos que cotidianamente são submetidos à análise dos juízes.

Tate e Vallinder (1995) compreendem que a judicialização da política significa tanto a transferência das decisões sobre direito das instâncias eminentemente políticas para o Poder Judiciário quanto a incorporação dos métodos e procedimentos judiciais pelas instituições administrativas.

O presente trabalho, ao utilizar o termo judicialização da política, estará se referindo à revisão das decisões dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário, que acaba por se elevar frente aos demais Poderes.

A expansão do poder judicial – fenômeno que não é exclusivo do Brasil – é provocada por circunstâncias históricas e políticas internacionais e específicas de cada país. Dentre os fatores históricos internacionais, os referidos autores destacam: o declínio do comunismo do leste europeu, a influência crescente da jurisprudência e da ciência política estadunidense e a democratização da América Latina (TATE; VALLINDER, 1995).

A partir da queda do comunismo totalitarista do leste europeu e do desaparecimento da União Soviética, os Estados Unidos emergiram como a única superpotência mundial, fato que propiciou, no campo jurídico, a expansão do modelo jurisprudencial e científico do país, que desde o início de sua história lida com o controle judicial dos órgãos políticos, sendo que a difusão deste modelo pelo mundo coincidiu exatamente com a fase na qual este fenômeno ganhou uma conotação mais forte, e possivelmente mais sedutora.

Outro fator internacional que provocou a expansão do poder judicial foi a democratização da América Latina, onde a presença de um Judiciário forte tornou-se fundamental para a própria preservação dos novos arranjos democráticos.

E como condições políticas gerais para o surgimento da judicialização, Tate e Vallinder (1995) mencionam: a democracia, a separação de poderes, os direitos políticos, a inefetividade das instituições majoritárias e o uso dos tribunais pelos grupos de interesse e pela oposição.

Reconhecendo ser muito difícil imaginar um ditador permitindo a participação de juízes independentes na tomada das decisões políticas e tolerando a adoção dos procedimentos legais na conduta administrativa, Tate e Vallinder (1995) lecionam que

embora a presença de um governo democrático seja condição necessária, certamente não é suficiente por si só para a judicialização da política.

A separação de poderes, ao contrário, conforme os autores, não é nem necessária nem suficiente para a ocorrência do fenômeno, uma vez que os juízes dificilmente substituirão seus julgamentos políticos por outros ou decidirão sobre questões políticas nas quais os outros ramos já falharam ao decidi-las. O princípio constitucional pode, no entanto, facilitar a judicialização da política, que ocorre por outros fatores.

Um fator muito importante para a ocorrência da judicialização é a existência de direitos políticos, os quais se encontram formalmente reconhecidos na maioria dos países onde o fenômeno se desenvolveu. No entanto, muito mais importante do que o reconhecimento formal, é a adoção da ideia de que os indivíduos e as minorias têm direito, aceitação que acaba por aumentar a importância política das instituições que possuem a função de garantir a elaboração de leis que observem os direitos das minorias.

A inefetividade das instituições majoritárias, do mesmo modo, é um fator de propulsão da judicialização, a qual, para os autores, refere-se à incapacidade dessas instituições em atender as demandas sociais, que acabam sendo transferidas para o Poder Judiciário.

Tate e Vallinder (1995) afirmam, ainda, que a judicialização não está dissociada dos interesses sociais e econômicos existentes no sistema político, aparecendo os tribunais para os grupos de interesse como um importante órgão de reconhecimento de novos direitos e para os políticos de oposição como um instrumento para frear, obstaculizar e inviabilizar as ações governamentais.

Ros (2007), também, realça que a expansão do poder judicial depende de determinados fatores políticos, mais especificamente da correlação das forças políticas, isto é, da dinâmica de distribuição do poder existente no próprio sistema político:

[...] quanto mais distribuídas as forças políticas – seja entre as instituições, seja entre os grupos político-sociais – maiores os suportes políticos para as decisões judiciais e maiores os espaços para uma atuação independente por parte dos juízes. Elevado número de *veto players* e/ou significativa existência entre eles, consociativismo, forte competição política, além de relações federativas simétricas, entre outros fatores, seriam possíveis causas para a maior judicialização da política em certos países, uma vez que favoreceriam o fortalecimento e a independência do Poder Judiciário (ROS, 2007, p. 91).

Isso porque, onde há maior distribuição de poder político, a aprovação das ações governamentais depende de mais acordos políticos horizontais, sendo impossível chegar a um consenso geral, o que faz com que os próprios atores políticos tendam a ampliar o espaço de debate a partir da inserção dos tribunais constitucionais, cuja atuação ativista ou não

dependerá diretamente da correlação das forças políticas existentes.

Ríos-Figueroa e Taylor (2006), por sua vez, reconhecendo que a influência judicial sobre a política é uma das tendências mais importantes da transição política latino-americana, aduzem que existem duas explicações para a judicialização da política, uma de cunho motivacional e outra de cunho institucional.

A primeira decorre da própria disputa política, uma vez que os atores políticos consideram os tribunais um importante elemento de contestação das ações do governo. Já a segunda explicação se relaciona com a estrutura institucional do Poder Judiciário, que molda as estratégias políticas e/ou colectivas dos adversários políticos.

Vianna *et al.* (1999, p. 17) destacam, ainda, o importante papel do Estado de Bem-Estar Social para o crescimento do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas. Segundo os autores, o *Welfare State*, ao introduzir a justiça social nas regiões do direito, fez com que as relações sociais passassem a ser mediadas por instituições políticas democráticas, resultando na jurisdicização destas relações, “fazendo do direito e dos seus procedimentos uma presença constituinte do capitalismo organizado”. Vianna *et al.* (1999, p. 20) afirmam, também, que

A primazia do Executivo em face do Legislativo seria constitutiva da operação do Estado social, ao tempo em que faz do direito um dos seus principais recursos de comunicação, pondo sob ameaça a repartição democrática entre os Poderes. O Estado social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia.

Ainda segundo os autores, no Estado de Bem-Estar Social, em razão do caráter de sua leis (indeterminadas e dirigidas para o tempo futuro), o Poder Judiciário seria investido do papel de “*legislador implícito*”.

Para Vianna *et al.* (1999, p. 22), o *Welfare State* conferiu ao Judiciário o acesso à “administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-facismo pela vontade da maioria, lhe confiou a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica”.

Todas essas circunstâncias possibilitaram ao Poder Judiciário ingressar na arena política ao redor do mundo, colocando-se como uma instituição estratégica nas democracias contemporâneas.

No Brasil, os principais elementos institucionais que favorecem a transferência de

questões políticas para o Poder Judiciário são as seguintes: o processo de redemocratização, a promulgação da Constituição Federal de 1988, a universalização do acesso à justiça, a publicação de legislações especiais de proteção de minorias, o sistema de controle de constitucionalidade, a ampliação do espaço reservado ao STF, a hipertrofia legislativa e a crise do Parlamento brasileiro.

Com a redemocratização do país, as demandas represadas no regime militar inundaram o Poder Judiciário, na medida em que este foi o eleito para decidir os conflitos entre a sociedade, o governo e os próprios Poderes do Estado (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 62).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, é marcada pela constitucionalização abrangente (vale dizer, pela presença de inúmeras matérias no texto constitucional), acabando por conceder a muitas questões relevância constitucional.

Além disso, segundo Barboza e Kozicki (2012, p. 60), a adoção de uma Constituição democrática e rígida, com um extenso catálogo de direitos fundamentais resultou em um novo modo de interpretar e aplicar o Direito e, por conseguinte, em “um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância desse poder nas decisões políticas do Estado brasileiro, colocando essa questão no centro do debate jurídico e político atual”. Sadek (2010, p.14) afirma que:

A redemocratização e a Constituição de 1988 fortaleceram o Judiciário e as demais instituições do sistema de justiça, tornando-os mais visíveis, tanto para os agentes políticos como para a população. Os agentes políticos encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas. O cidadão passou a ter na instituição um recurso para a garantia dos mais variados direitos e para a solução de disputas.

Já a universalização do acesso à justiça e as legislações especiais de proteção de minorias propiciaram a chegada ao Poder Judiciário de muitas questões sociais, resultando no aumento da quantidade de ações.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, por sua vez, é marcado por um amplo rol de legitimados para a sua propositura, o que acaba por permitir a chegada ao STF de qualquer tema político relevante. Ademais, a revisão judicial pode ser realizada de forma difusa ou concentrada, hibridismo que, segundo Carvalho e Leitão (2013, p. 17), “reforça a capacidade interventiva do Poder Judiciário, pois ela pode iniciar-se na base pelo modelo difuso (com a participação de todos os juízes) e ser dissipada para cúpula por via recursal. Ou mesmo restringir-se à cúpula (ao STF), no caso da revisão concentrada”.

A nova ordem constitucional, ainda, ampliou o espaço de atuação do STF, na

medida em que lhe outorgou “a última palavra sobre o conflito constitucional e, também, sobre todo o sistema recursal do direito positivo. Dessa forma, o raio de sua capacidade decisória é bem mais amplo do que os demais países da América Latina” (CARVALHO; LEITÃO, 2013, p. 17).

Por outro lado, o Brasil enfrenta uma hipertrofia legislativa e uma crise do Parlamento brasileiro, que tem decidido cada vez menos sobre questões relevantes para a sociedade. Nesse contexto, “[...] quando os poderes políticos não podem agir, as pessoas que estão procurando resolução de conflitos tendem a se dirigir para as instituições nas quais podem obter soluções; tribunais (e o processo legal) muitas vezes oferecem estes locais [...]” (CARVALHO; LEITÃO, 2013, p. 15).

Diante disso, há um deslocamento dos debates das arenas políticas para o Judiciário, que vê ampliada a sua dimensão de agente político ao ser demandado a resolver questões não apenas jurídicas, mas também morais (v.g., biodireito e aborto), políticas (disputas do processo eleitoral) e sociais (união homoafetiva e políticas públicas na área da saúde, educação, moradia etc.), circunstância que tem redesenhado os próprios papéis e limites dos Poderes da República.

Nesse contexto, tem-se que a judicialização não é fruto de uma opção ideológica ou metodológica dos Tribunais, mas decorre do próprio desenho institucional adotado pela maioria das nações democráticas e das escolhas políticas realizadas pela sociedade e pelos demais poderes. Sobre esse ponto, Barroso (2012a, p. 31) afirma que “a *judicialização* não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”.

Todavia, ao decidir sobre questões morais, sociais e políticas, o Poder Judiciário precisa ter a consciência de que não exerce apenas uma função técnico-normativa, possuindo claramente uma dimensão política, de modo que, ao lidar, por exemplo, com ações de saúde, não deve se limitar à compreensão técnico-normativa do caso (vale dizer, analisá-lo apenas sobre a ótica do que pode ou não inserir dentro do âmbito da concretização constitucional). É necessário que leve em consideração não apenas a Constituição e as normas, mas também as políticas públicas existentes. Somente assim poderá respeitar as opções feitas pelo Executivo e Legislativo.

No tópico seguinte, será estudado mais detidamente o tema da judicialização das políticas públicas em saúde, o qual, se por um lado, se apresenta como imprescindível para a efetivação do direito fundamental à saúde, por outro, é um fator que pode abalar a própria estabilidade das instituições democráticas.

3.2 A judicialização da saúde

O Estado brasileiro vivencia um período de estabilidade constitucional relativamente recente e, por essa razão, apesar dos avanços, ainda enfrenta dificuldades em garantir um mínimo social a todos por meio da efetivação do extenso rol de direitos previstos na Constituição Federal de 1988.

Essa questão se agrava especialmente no âmbito dos direitos sociais, uma vez que em virtude da sua promoção depender de ações do poder público e, por conseguinte, do dispêndio de recursos limitados, os administradores cada vez mais têm se valido da noção da reserva do possível para justificar a ausência ou insuficiência de políticas públicas.

Assim, em um contexto em que a efetividade dos direitos sociais é condicionada à reserva das capacidades financeiras do Estado e em que se percebe o alto grau de abstração e complexidade para a efetivação destes direitos, vem se disseminando um fenômeno que ficou conhecido como judicialização dos direitos sociais, que significa a transferência das decisões sobre políticas públicas para o Poder Judiciário.

O Poder Judiciário é visto, muitas vezes, como a única ou última instância que os cidadãos podem recorrer para ver satisfeitos os seus direitos previstos constitucionalmente. Nesse sentido, Souza (2013, p. 28) afirma que

Em uma democracia jovem, que ainda sofre com o legado de patrimonialismo e de clientelismo deixado pelas gerações anteriores, marcada por diversos vícios no processo político ordinário, hoje se aposta no Judiciário e na judicialização como uma estratégia viável para corrigir as falhas da democracia, para implementar as pré-condições para o exercício da autonomia pública.

O Poder Judiciário passou, assim, em poucos anos, da desimportância ao apogeu, tendo se agigantado perante os outros poderes e se destacado no contexto da efetivação dos direitos sociais.

Esse agigantamento tem se destacado notadamente no âmbito do direito à saúde, ao qual foi conferido o *status* de direito fundamental social pela Constituição Federal de 1988, que delegou ao Estado o dever de garantir, mediante políticas públicas sociais e econômicas, a redução do risco de doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Para cumprir o mister constitucional, foi organizada uma rede hierarquizada e descentralizada de prestação de ações e serviços públicos de saúde, o Sistema Único de Saúde, cujas diretrizes básicas estão traçadas no texto constitucional, sendo sua regulamentação feita pela Lei 8.080/90. O acesso ao SUS é de base universal e não

contributiva, representando assim um avanço aos sistemas que existiam antes da instauração na nova ordem constitucional.

Gomes *et. al* (2014, p. 140) afirmam que o sistema de saúde implantado pós-88 é “[...] uma das políticas públicas mais importantes realizadas no país em todos os tempos. O volume de ações e serviços em saúde é expressivo, provavelmente, constituindo-se no maior sistema público de saúde no mundo em termos de volume de produção”.

Entretanto, apesar dos avanços que ensejou, o SUS, ao longo de seus vinte e cinco anos, não vem conseguindo atender de forma satisfatória a totalidade das demandas sociais pelos mais variados tipos de serviços de saúde. Segundo Delduque, Marques e Ciarlini (2013, p. 193),

[...] a implantação do SUS notabiliza-se por ser um processo cheio de contradições, em que, no mesmo momento em que o sistema se institucionaliza e se transforma em realidade, o faz em condições precárias e de forma incompleta, desvirtuando-se da sua concepção original.

As dificuldades na prestação de tais serviços resultam de uma série de fatores: a complexidade e amplitude do âmbito de proteção do direito à saúde, a onerosidade das prestações, as restrições orçamentárias, a inabilidade gerencial, a falta de investimentos, a malversação de recursos públicos, dentre outros.

Some-se a esses fatores, o contínuo avanço da medicina, sobretudo, na seara de medicamentos e tratamentos terapêuticos, que faz com que muitas das prestações requeridas não estejam previstas nas listas elaboradas pela Administração Pública.

E, diante da incapacidade de o SUS atender a totalidade das demandas sociais, vem se fortalecendo cada vez mais o fenômeno da judicialização da saúde, que pode ser entendido como um “fenômeno político-social, no sentido do alargamento das possibilidades de ação junto ao Poder Judiciário, e do aumento exponencial do número de demandas, de caráter individual, interpostas junto a esse poder, que versam sobre questões de saúde” (DELDUQUE, MARQUES, CIARLINI, 2013, p. 183).

Nesse contexto, o Poder Judiciário vem sendo demandado a decidir sobre uma série de questões: fornecimento de medicamentos, tratamentos, órteses e próteses; pedidos de cirurgia e acompanhamento cirúrgico; internações hospitalares e em unidades de terapia intensiva; solicitação de *home care* e transplantes, dentre outros.

E como consequência da provocação do Poder Judiciário para a decisão de diversas questões em saúde, o Brasil tem assistido, ao longo dos anos, a um aumento vertiginoso das ações que tratam do direito à saúde. Dados do Conselho Nacional de Justiça apontam que em 2011 existiam 240.980 demandas desse tipo tramitando nos Tribunais de

Justiça estaduais e nos Tribunais Regionais Federais¹³. Já em 2014 esse número aumentou para 392.921 demandas¹⁴, o que reflete um aumento, em apenas três anos, de mais de 63% das ações de saúde.

A judicialização da saúde se tornou assim um problema para o Poder Judiciário, não apenas pela grande quantidade de ações em tramitação, mas, sobretudo, em virtude das especificidades e complexidades que giram em torno do tema, as quais vão desde a legitimidade deste Poder para o controle das políticas públicas até a dificuldade da especificação do âmbito de proteção do direito à saúde, as questões orçamentárias e técnicas, dentre outras.

Dessa forma, a judicialização da saúde tem cobrado dos magistrados uma postura cada vez mais arrojada, pois as decisões sobre prestações em saúde implicam na própria redefinição do papel do Poder Judiciário e dos limites dos demais Poderes, na medida em que interferem na redefinição da alocação de recursos públicos e no controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais.

Ressalte-se que os magistrados têm apreciado tais questões em dois cenários: *i*) diante da completa ausência de políticas públicas que prevejam as prestações requeridas ou *ii*) em face da incompletude e insuficiência das políticas existentes.

No primeiro caso, a prestação da tutela jurisdicional é ainda mais complexa, já que, diante da inexistência de norma infraconstitucional prevendo a política pública, o intérprete tem que se embasar diretamente nas normas constitucionais consagradoras do direito à saúde, a fim de extrair-lhes a sua máxima eficácia, sem, todavia, invadir esferas próprias dos Poderes Legislativo e Executivo e sem transbordar dos lindes democráticos que legitimam o exercício institucional da jurisdição constitucional.

No cenário da completa ausência de políticas públicas em saúde, é bem tênue a linha entre o que é legítimo e o que é ilegítimo o Poder Judiciário fazer, uma vez que, ao aplicar diretamente a Constituição independentemente da manifestação do legislador ordinário, impondo condutas ou abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas, o Poder Judiciário acaba por participar mais ampla e intensamente “na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Relatório Atualizado da Resolução nº 107. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf>. Acesso em 18 fev. 2014.

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Relatórios de cumprimento da Resolução nº 207. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em 18 fev. 2014.

dois Poderes” (BARROSO, 2012a, p. 25-26), o que significa dizer que estará elegendo uma postura mais ativista.

Nesse contexto, tem-se que, na ausência de políticas, a intervenção do Poder Judiciário deve ser a exceção e não a regra, pois “decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados” (BARROSO, 2012a, p. 27). Isso porque não é o Poder Judiciário o ator ordinário de políticas públicas, já que é do Legislativo e do Executivo a competência de, observando os ditames da reserva do possível e sopesando o direito individual em face do direito da coletividade, traçar as políticas públicas e definir as prestações a serem fornecidas.

Diante da ausência de políticas públicas, o Poder Judiciário somente deve agir quando observar que há uma omissão do Estado em resolver, mediante políticas públicas, questões que ultrapassam a dimensão do interesse individual por terem se transformado em um problema de saúde pública. Um bom exemplo de uma intervenção legítima dos juízes na seara das políticas públicas é a postura ativista que adotaram quanto ao fornecimento do coquetel de medicamentos antirretrovirais para o tratamento da Aids.

No início da década de 90 do século passado não havia nenhuma política pública prevendo o fornecimento gratuito do coquetel. Apesar disso, naquele momento histórico fazia-se necessária a adoção de uma postura ativista por parte do Poder Judiciário, na medida em que a Aids não era mais uma questão pontual, tinha se transformado em um problema de saúde pública que, apesar de afetar cada vez mais pessoas, não tinha recebido a devida atenção dos gestores de políticas públicas.

E essa postura ativista influenciou o próprio Executivo que, diante da pressão dos juízes, passou a reconhecer a Aids como um problema de saúde pública, que deveria entrar para a agenda política nacional. A partir daí, entre as políticas de saúde, a prevenção e tratamento da doença se tornaram uma das prioridades governamentais, sendo importante frisar que o sucesso dessa política reside exatamente neste ponto: a transferência do tratamento da problemática para o Poder Executivo.

Portanto, o Poder Judiciário não deve interferir no campo das políticas públicas, quando estas forem inexistentes, para tutelar interesses estritamente individuais e pontuais. Deve haver, por trás de uma demanda individual, um problema de ordem coletiva a justificar a atuação ativista do Poder. Somente assim, se estará garantindo a possibilidade de o Poder Judiciário não se ver engessado diante de omissões violadoras da Constituição dos Poderes majoritários, ao mesmo tempo em que se evitará a intromissão indiscriminada dos magistrados na searas próprias do Executivo e Legislativo.

Além disso, o Poder Judiciário tem que levar em consideração as suas *capacidades institucionais* e os efeitos sistêmicos de suas decisões, conceitos que são muito bem explicados por Barroso (2012a, p. 30):

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. [...] Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em material de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Dessa forma, tem-se que o Poder Judiciário, em razão da sua capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos de suas decisões, não deve, por exemplo, conceder tratamento experimental, medicamentos não registrados na Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA) e tratamentos internacionais não reconhecidos pela sociedade médica brasileira, pois não é o juiz o árbitro mais qualificado para discutir a eficácia de medicamentos e tratamentos cuja eficácia sequer foi pacificada nas arenas adequadas para os debates, não podendo o Estado ser obrigado a despender recursos com experimentos.

O trabalho parte, assim, do pressuposto de que é legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas em saúde, na medida em que o próprio desenho institucional permite tal controle, desde que de modo comedido.

Com efeito, a Constituição Federal, ao prever a eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) – até mesmo os de cunho social – e ao dotar o Poder Judiciário da missão de velar pela concretização de tais direitos, conferiu a esse Poder a legitimidade para controlar e exigir do Executivo e Legislativo a implementação de políticas públicas, já que é a partir destas que os direitos (sobretudo, os sociais) são efetivados. Nesse sentido, Sarlet e Molinaro (2011, p. 61) afirmam que:

[...] Assim, a juridificação da política não é produzida por um “ativismo judicial”, mas pela impossibilidade da inação do judiciário frente ao descontrole político que afronta, e depois confronta o mandamento constitucional, especialmente frente à inevitabilidade da eficácia do sistema de direitos fundamentais e garantias constitucionais que provocam uma ampliação de intervenção dos tribunais na ambiência política, mediante uma participação no processo que diz com (*sic*) a criação ou implantação de políticas públicas, pois “política que se judicializa com o objetivo de promover o encontro da comunidade com o seu sistema de valores constitucionalmente assegurado” [...]

Frente ao déficit ou carência de políticas públicas, a judicialização é fator imprescindível para a efetivação do direito fundamental à saúde. Todavia, neste campo, o Poder Judiciário tem que agir com cautela, pois tal fenômeno pode abalar a própria estabilidade das instituições democráticas, na medida em que, a partir da judicialização das questões de saúde, o Poder Judiciário é obrigado a se imiscuir nas áreas de alocação de recursos e de prioridades do Estado, às vezes sem estar devidamente preparado para tanto.

Faz-se necessária a disseminação da percepção de que a universalidade do direito não significa que toda e qualquer prestação em saúde requerida pelas partes deva ser atendida, devendo o Poder Judiciário estar preparado para diferenciar aquilo que se refere apenas a um interesse privado da parte e aquilo que de fato está inserido no âmbito de proteção à saúde.

A efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário reflete diretamente no orçamento público. Amaral (2011, p. 93), a fim de demonstrar quão complexa é essa interferência, cita o caso do Rio Grande do Sul, Estado que no levantamento realizado pelo CNJ detém o maior percentual de questões de saúde judicializadas¹⁵.

Segundo o autor, “consta que metade de todo o orçamento destinado à saúde no Estado do Rio Grande do Sul é consumido no cumprimento de decisões judiciais, cujo montante saltou de R\$ 9 milhões em 2005 para R\$ 22 milhões em 2006”¹⁶. Por essa razão conclui que “não nos parece razoável, ante tais dados, tratar as questões tipicamente postas hoje perante o Judiciário como se o custo financeiro não fosse uma variável a se considerar” (AMARAL, 2011, p. 94).

Dessa forma, o Judiciário precisa agir com cautela na seara da judicialização do direito à saúde. No entanto, o que se tem observado em geral, segundo Souza (2013, p. 166), “é a disseminação de uma interpretação judicial do art. 196 da CF extremamente pródiga e

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Relatório Atualizado da Resolução nº 107. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf>. Acesso em 18 fev. 2014.

¹⁶ Foi citada a situação do Rio Grande do Sul apenas para exemplificar o tanto de recursos públicos que as decisões judiciais, não estando disponível dos valores gastos pelo Estado do Maranhão no cumprimento dos comandos do Poder Judiciário.

expansiva, da qual se extraem – sem a necessidade de interposição legislativa – obrigações estatais de fornecer a todos, gratuitamente, o completo bem-estar físico, mental e social”, sem maiores preocupações quanto à definição de um âmbito claro e coerente de proteção ao direito à saúde. Souza (2013, p. 167-168) aponta que

[...] na grande maioria dos casos, o que vemos nos autos dos processos em que se discute o tema é a invocação genérica do art. 196 da CF, acompanhado de uma alusão meramente retórica de conceitos como o da reserva do possível, o da dignidade da pessoa humana e o do mínimo existencial. Há uma quantidade impressionante de leis e atos normativos secundários normatizando o complexo sistema de saúde brasileiro e o conhecimento deles facilitaria sobremaneira solucionar questões controvertidas como a discussão sobre a responsabilidade solidária ou subsidiária dos entes federados ou as querelas sobre fornecimento de medicamentos.

Como se disse no capítulo anterior, é preciso haver uma racionalidade na concessão de medidas judiciais em saúde, sendo as diretrizes do SUS estabelecidas na Constituição Federal, na Lei Orgânica da Saúde e demais atos normativos, importantes marcos para a concretização do direito à saúde, para, diante da sua complexidade e multiplicidade de prestações, especificar o âmbito de abrangência do direito, ou pelo menos, aquilo que ele não comporta.

Mas essa racionalização não significa adoção de uma interpretação restritiva no tocante às obrigações estatais em relação ao direito à saúde, que muitas vezes é adotada pela Administração Pública, “pressionada pelas decisões judiciais e por uma série de leis que criam direitos sem a previsão das fontes de receitas necessárias para sua efetivação” (SOUZA, 2013, p. 166).

É preciso encontrar um meio termo entre a interpretação ampliada que o Poder Judiciário, em geral, vem dando ao art. 196 da CF e a interpretação restritiva da Administração.

Pode-se considerar que esse conflito interpretativo é fruto do embate entre as necessidades infinitas em saúde que o Poder Judiciário é demandado a resolver e os recursos finitos disponíveis aos gestores públicos, finitude orçamentária que tem levado à adoção da tese que a efetivação do direito à saúde deve submeter-se às capacidades financeiras do Estado.

Todavia, tem-se que se é certo que o direito fundamental à saúde possui um âmbito de proteção extremamente amplo, também deve ser livre de dúvidas que o princípio da

reserva do possível¹⁷ não pode servir de obstáculo à efetivação de uma prestação social quando esta estiver relacionada a uma ação já prevista em uma política pública existente, uma vez que, neste caso, os Poderes majoritários, desde o momento da criação da política, terão feito as avaliações dos custos e possibilidades de implementação da política, não se podendo conceber, diante da universalidade do direito à saúde, que uma política pública nessa área seja criada para atender uns e outros não, a depender das reservas financeiras do Estado.

O discurso da reserva do possível somente pode servir de argumento de defesa ao Estado no que se refere a tratamentos e medicamentos não previstos em políticas públicas, devendo-se frisar, no entanto, que mesmo nos casos em que se admita a invocação da reserva do possível para justificar a não concessão de uma prestação em saúde, faz-se necessário evitar a utilização do princípio como uma argumentação vazia de defesa, exigindo-se do Estado a comprovação da alegação de insuficiência de recursos públicos.

Além da reserva do possível, há outro obstáculo frequentemente apresentado contra a efetivação judicial de políticas públicas, qual seja: o fato de que a concessão judicial de uma prestação em saúde para determinado indivíduo acaba por desestruturar todo o sistema público, não sendo possível que “o Judiciário sirva de instrumento para impor à Administração, em favor apenas dos demandantes, deveres estatais que pela própria essência seriam aproveitados por toda a sociedade” (PERLINGEIRO, 2012, p. 195-196).

Segundo Perlingeiro (2012, p. 196), a intervenção do Poder Judiciário para favorecer uma demanda individual, além de fragmentar ou mesmo desestruturar o sistema de saúde, “evidencia um modelo excludente das minorias, daqueles que não têm acesso à justiça, rompendo com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário”.

Tal concepção reflete a ideia de que o direito à saúde é um direito social, que deve ser implementado mediante políticas sociais e econômicas, não gerando um direito subjetivo ao indivíduo e, por isso, não pode ser gozado diretamente por cada indivíduo. Entretanto, apesar de a Constituição Federal inserir o direito à saúde no rol dos direitos sociais (art 6º), prevendo que o Estado deve garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas para a prevenção dos riscos da doença e para a promoção, proteção e recuperação da saúde, é inconteste que o direito à saúde não pode ser compreendido apenas pela ótica coletiva.

Com efeito, “do ponto de vista das pessoas, a saúde é claramente, uma questão que envolve cada um dos indivíduos, não sendo possível raciocinar apenas pelo prisma

¹⁷ Segundo Barcellos (2007), o princípio da reserva do possível é dividido em duas dimensões: *i*) a reserva do possível fática, que se refere à inexistência de recursos e *ii*) a reserva do possível jurídica, que está ligada à ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular.

coletivo” (BRITO FILHO, 2014, p. 172). Brito Filho (2014, p. 172) adverte que:

Pensar diferente é imaginar que o ser humano, em relação ao direito à saúde, é somente uma parte de um todo, e que basta uma política geral para que o direito seja preservado, como se os problemas de saúde não se manifestassem de maneira individualizada em cada pessoa; como se as particularidades dos indivíduos não os levassem a ter ou não determinados agravos à sua perfeita condição física e mental; como se as necessidades de todos fossem sempre as mesmas. É óbvio que não é assim.

Assim, compreende-se que o direito à saúde possui uma dupla dimensão: a coletiva e a individual, de modo que a sua concretização não depende apenas da vontade e possibilidade dos Poderes políticos, podendo o indivíduo exigir judicialmente a realização pelo Estado das medidas necessárias para a proteção, promoção e recuperação de sua saúde.

E nesse ponto é importante refutar a alegação de Perlingeiro (2012), acima descrita, de que a concessão de pretensões individuais referentes ao direito à saúde rompe com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário, na medida em que beneficia os cidadãos que têm meios para acessar o Poder Judiciário, excluindo as minorias.

Ao contrário, o reconhecimento da perspectiva individual do direito à saúde, longe de revelar uma visão elitista, e embora às vezes beneficie as pessoas que têm mais recursos, também “favorece os que têm menos e, portanto, não podem suportar, ao menos no total, o custo da preservação ou da restauração de sua saúde” (BRITO FILHO, 2014, p. 174).

O direito à saúde, portanto, além da perspectiva social, possui uma dimensão individual, podendo o Poder Judiciário agir para proteger o direito subjetivo à saúde de qualquer pessoa que vá a juízo requerer a sua proteção. Não infirma tal entendimento nem mesmo a alegação de que o Poder, ao conceder uma tutela individual, acaba por desorganizar todo o sistema de saúde pública, de modo que as pretensões dos indivíduos não podem ser satisfeitas quando contrárias à maximização da utilidade de maneira geral.

A objeção ao controle jurisdicional das políticas públicas fundamentada no argumento de que a proteção individual do direito à saúde desorganiza o sistema de saúde como um todo, é, portanto, de base utilitarista. O utilitarismo desse argumento fica bem claro nos questionamentos apresentados por Amaral (2011, p.95), quais sejam:

[...] Será que mais vidas foram salvas com o provimento judicial sendo critério majoritário de alocação de recursos na saúde? Ou será que o “custo” medido em vidas dos “financiadores ocultos” das decisões alocativas tomadas nas lides, aqueles que deixaram de receber o órgão, deixaram de ter acesso à política pública que seria desenvolvida com a verba realocada é mais elevado que o benefício?

A ratificação dessa orientação, portanto, significaria a adoção da perspectiva utilitarista de que a elevação do bem-estar de toda a sociedade por meio da implementação de políticas públicas compensaria o não atendimento das demandas individuais em saúde. Entretanto, o referencial teórico adotado pelo presente trabalho não permite a adoção dessa

perspectiva, uma vez que, conforme visto no primeiro capítulo, Rawls (2008, p. 4) defende que:

[...] Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais [...]

A principal objeção de Rawls aos utilitaristas está no fato de estes não levarem a sério a distinção entre pessoas, uma vez que para eles pouco importa a forma como os bens são distribuídos entre os indivíduos, o que interessa é se a média da satisfação geral será ou não elevada com a distribuição.

Dessa forma, entende-se que, mesmo que a concessão de uma tutela individual desorganize o sistema de saúde pública, não há como ser negado ao indivíduo o seu direito à saúde, na medida em que, no âmbito dos direitos, não se pode fazer essa comparação de ganhos e acertos.

Assim, se o Poder Judiciário está diante de uma prestação que deveria ser oferecida pelo Estado, em que pese a inexistência ou insuficiência das políticas públicas, tem de agir para conferir a máxima eficácia ao direito à saúde previsto na Constituição Federal.

No entanto, é importante frisar que tal ideia não implica na defesa de que toda e qualquer pretensão nesta seara deve ser tutelada pelo Poder Judiciário. É preciso saber diferenciar as prestações que estão compreendidas dentro do direito subjetivo individual e, por isso mesmo, exigíveis, e as que se inserem no contexto de um direito social, que tem um viés programático incontestável. É nesse ponto que reside uma das maiores complexidades do direito à saúde, sendo que, de acordo com Werner (2008, p. 94-95):

A análise dos casos concretos demonstra que os operadores do direito, em sua maioria, não foram e não estão suficientemente preparados para caminhar na área do direito social à saúde, carecendo muitas decisões de uma linha de argumentação mediadora da interligação de um direito social à prestação e um direito subjetivo individual, estabelecendo-se uma relação onde direito e deveres se encontram em conexão.

Quanto mais se compreender a estrutura integral do direito à saúde na Constituição Federal e a finalidade imposta pelo constituinte originário, haverá menos espaço para a extensão indevida de seus limites e, conseqüentemente, mais proximidade com o padrão de igualdade e justiça distributiva.

Dessa forma, em virtude da abstração e complexidade do direito à saúde, os intérpretes do direito têm dificuldade de traçar os seus limites. Assim, casuísmos se tornaram cada vez mais frequentes, predominando a compreensão de que o direito à saúde possui somente uma dimensão subjetiva, não podendo ser denegado de forma alguma,

posicionamento que dificulta a necessária diferenciação entre demandas originadas de uma real omissão do Poder Público na concretização do direito à saúde e aquelas que pleiteiam um benefício que foge da necessidade básica (WERNER, 2008).

A inexistência de parâmetros institucionais para a aferição dos limites e possibilidades do direito à saúde propicia a existência de sentenças judiciais extremamente díspares, uma vez que os juízes, por muitas vezes desconhecerem as questões técnicas e científicas imbricadas nas demandas de saúde, prolatam sentenças que não compreendem a real dimensão da garantia, deixando-se levar pelo forte apelo emocional dos casos que apreciam e desconsiderando as opções feitas pelos Poderes Executivo e Legislativo, e também pela sociedade, as quais também são escolhas legítimas.

Dessa forma, a judicialização da saúde se tornou um fenômeno cujos efeitos transcendem os limites do Poder Judiciário, afetando o orçamento público, a relação deste Poder com o Executivo e com toda a comunidade, sendo, portanto, uma questão de grande relevância para o Poder Judiciário, fato que levou o Supremo Tribunal Federal a realizar em 2009 a Audiência Pública nº 4, que teve por fim esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas demandas judiciais sobre a saúde.

3.3 A Audiência Pública da Saúde

Em 2009, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes convocou a Audiência Pública nº 4, motivado pela chegada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário de inúmeros pedidos de suspensão de liminares e tutelas antecipadas fornecedoras das mais variadas prestações de saúde pelo SUS - fornecimentos de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas em unidade de terapia intensiva, contratação de servidores de saúde, realização de cirurgias, custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior, entre outros (BRASIL, 2009).

A convocação da Audiência foi motivada, ainda, pelo fato de os provimentos de urgência suscitarem alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas, bem como em virtude da repercussão geral e do interesse público relevante das questões suscitadas, na medida em que todos são afetados pelas decisões judiciais que buscam efetivar o direito à saúde (BRASIL, 2009).

Para Mendes, “o fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área da saúde e a sociedade civil como um todo”

(BRASIL, 2009, p. 31).

Por essa razão, foram ouvidos ao todo 51 participantes das mais diversas áreas: Ministros, juízes, advogados da União, promotores, procuradores, professores universitários, representantes do Ministério da Saúde, profissionais da área da saúde, gestores públicos, representantes da sociedade civil e da assistência privada, usuários e membros de instituições de pesquisa.

O evento teve a finalidade de, através do depoimento de pessoas com experiência e autoridade no que concerne ao SUS, promover a participação social na busca por soluções para os problemas do Sistema Único de Saúde e de sua judicialização, através do esclarecimento das questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas demandas judiciais sobre a saúde.

Segundo Machado e Dain (2012, p. 1023), a Audiência Pública nº 4 promovida pelo Supremo “[...] teve um significado especial para o campo da saúde, pois representou o reconhecimento da instância máxima do Poder Judiciário de que a saúde passou a ser uma questão importante no cotidiano desse Poder”.

Na audiência o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a sociedade vive atualmente em um contexto de aumento de expectativas, expansão de recursos terapêuticos e multiplicação de doenças, ao mesmo tempo em que os recursos públicos são escassos (BRASIL, 2009).

Nesse cenário, as questões relacionadas ao direito à saúde representam um dos principais desafios enfrentados pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que a apreciação de pedidos reclamando serviços ou bens de saúde é extremamente complexa para os magistrados, na medida em que envolve uma série de interesses contraditórios e de questões técnicas, sendo os pedidos quase sempre urgentes e imprescindíveis à sobrevivência humana (BRASIL, 2009). Ainda nas palavras do Ministro Presidente da Corte na época da realização da Audiência Pública da Saúde:

Essa audiência distinguiu-se das demais pela amplitude do tema em debate, visto que, em certa medida, somos todos afetados pelas decisões judiciais conducentes à efetivação do direito à saúde. Outra circunstância marcante foi a atitude de humildade do Poder Judiciário ao reconhecer os embaraços que permeiam as soluções judiciais – sobretudo quando abrangem aspectos e temas inerentes à área técnica –, decisões cuja repercussão muitas vezes afeta, por vias transversas, o bem-estar de toda a comunidade (BRASIL, 2009, p. 5).

Dessa forma, o Poder Judiciário reconheceu a sua incapacidade de sozinho encontrar respostas racionais para as inúmeras questões relativas ao direito à saúde e, por meio de um diálogo institucional, buscou “reunir informações técnicas, aptas a instruir os

processos no Tribunal, e colher subsídios para um amplo e pluralista debate público em prol do aprimoramento das políticas da saúde” (BRASIL, 2009, p. 6).

Os atores escolhidos para participar da Audiência o foram em razão de cada um deles ter interesse na redução, manutenção ou ampliação do papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde. A fim de identificar a relação entre a inserção institucional e a posição defendida, Machado e Dain (2012) agruparam os 51 participantes em três categorias: gestores, operadores do direito e participantes da sociedade civil. Na categoria dos gestores, a maioria (nove dos quinze participantes) se posicionou contrária à judicialização da saúde. Segundo os autores (2012, p. 1025):

[...] Esse posicionamento majoritário se explica pelo fato de os gestores analisarem as demandas judiciais em saúde pela ótica dos recursos escassos. Buscam, em suas falas, demonstrar que o gasto via determinação judicial desestabiliza as contas dos serviços de saúde e inviabiliza o planejamento e o desenvolvimento das ações coletivas em saúde. Além disso, destaca-se que a percepção dos gestores é de que, em geral, os juízes erram o destino das ações judiciais, não respeitam as divisões de atribuições entre os entes federados. [...].

A maioria dos participantes da sociedade civil, por sua vez, foi favorável à judicialização, baseando-se na constatação de que as ações judiciais têm auxiliado na realização e continuidade de tratamentos que, pelo trâmite normal do Sistema Único de Saúde, não seriam possíveis.

Os operadores do direito também se posicionaram majoritariamente em favor da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde. Conforme Machado e Dain (2012, p. 1025), “não há surpresas quanto às posições que adotaram, mesmo porque são os próprios operadores do direito os principais responsáveis pelo fenômeno da judicialização”. Nesse grupo, os que se posicionaram contrariamente ao fenômeno eram todos responsáveis pela defesa dos interesses dos Estados (Advogado-Geral da União e procuradores estaduais e municipais).

A Audiência foi realizada em seis dias, sendo que em cada um deles os participantes debateram sobre as seguintes temáticas: *i*) O acesso às prestações de saúde no Brasil – Desafios do Poder Judiciário; *ii*) Responsabilidade dos entes da Federação e financiamento do Sistema Único de Saúde; *iii*) Gestão do Sistema Único de Saúde – Legislação do Sistema Único de Saúde e universalidade do sistema; *iv*) Registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e protocolos e diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde; *v*) Políticas públicas de saúde – integralidade do sistema; e *vi*) Assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde.

Nessas sessões foram discutidas várias questões referentes à judicialização da

saúde, as quais serão sistematizadas nos parágrafos subsequentes.

Na maioria das falas, afirmou-se a legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde, diante da reiterada omissão do Estado na garantia deste direito, conforme pontuou o então Procurador-Geral da República:

Se é evidente a competência do Poder Executivo para decidir qual a política pública e a maneira como ela será executada, também é evidente que, se a política pública não se mostra adequada e suficiente, ou se não há política pública a propósito de medicamentos e procedimentos destinados ao tratamento de determinada doença, o cidadão pode buscar no Poder Judiciário a tutela do seu direito à saúde. A edição de portarias pelo Ministério da Saúde, pelas secretarias estaduais ou municipais de saúde ou a falta de políticas públicas para o tratamento de doenças não podem pretender excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, artigo 5º, inciso XXXV) (BRASIL, 2009, p. 41).

Todavia, foram apresentados por uma minoria argumentos que destacaram a carência de legitimidade do Poder Judiciário para o controle das políticas públicas em saúde. Tais argumentos podem ser resumidos em três: *i)* as decisões sobre políticas públicas competem aos outros Poderes, *ii)* a desorganização do SUS pelas decisões judiciais desorganizam o SUS e *iii)* a criação de uma nova modalidade de beneficiários: a daqueles que possuem uma liminar e, por isso, terão acesso privilegiado ao Sistema (BRASIL, 2009).

Sarlet, na audiência, reconheceu que, de fato, a judicialização, ao beneficiar alguns, acaba por prejudicar outros, mas indaga: “é o Poder Judiciário o causador principal dessa discriminação, desse efeito anti-isonômico?”. Segundo o autor,

A Constituição Federal, como bem foi lembrado pelo Advogado-Geral da União, assegura igual acesso aos bens e serviços disponíveis. Isso também lembra decisão dessa Corte, do próprio Ministro Gilmar Mende, afirmando – também lembrado pelo Senador Flávio Pansieri – de que, na verdade a maior parte de hipóteses que dizem respeito a direito de ação no Brasil se trata de negação dos serviços já disponibilizados, já previstos em lei, já previstos nos protocolos do sistema de saúde. Parece-me que a exclusão que se dá aqui na primeira linha não é causada pelo Poder Judiciário. O Poder Judiciário é chamado a corrigir uma exclusão em relação àqueles serviços que já estão sendo disponibilizados e não são disponibilizados a todos. Embora haja caroneiros e o efeito perverso em alguns casos de decisões judiciais, o que é indiscutível, é evidente que essas distorções ocorrem, às vezes, por falta de cuidado em algumas decisões isoladas, essa discricionariedade também ocorre no sistema público de saúde (BRASIL, 2009, p. 76).

Por essa razão, Sarlet destacou que é preciso ter-se cuidado para não se gerar, com a negativa de legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde, uma *dupla exclusão*: “a exclusão de quem não recebe nem o medicamento que o protocolo, a lei impõe o fornecimento e a dupla exclusão que essa pessoa não poderia, então, buscar o Poder Judiciário, seja por via coletiva, seja por via individual” (BRASIL, 2009, p. 76).

No evento, foi ressaltada, também, a situação dramática em que, muitas vezes, os juízes têm de tomar suas decisões, já que, nas ações de saúde, são colocados diante de

situações de vida ou morte, nas quais, segundo o Min. Gilmar Mendes “o juiz se vê às voltas com um sopesamento, com uma ponderação extremamente complexa que há de se fazer de imediato, praticamente sem que se tenha tempo de fazer maiores pesquisas e estudos”, uma vez que “os pedidos, em geral, formulam-se inicialmente em sede de decisão de tutela antecipada ou cautelar” (BRASIL, 2009, p. 33).

As tensões que giram em torno do tema da judicialização da saúde receberam destaque, tais como: a finitude dos recursos e a vastidão das necessidades dos cidadãos; a dimensão individual e a coletiva do direito à saúde; e o conflito entre o que as decisões judiciais determinam e as opções políticas dos gestores públicos, “que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias” (BRASIL, 2009, p. 31).

Quanto à responsabilidade solidária dos entes da Federação no que se refere ao cumprimento das decisões judiciais em saúde, houve vozes favoráveis e outras discordantes. Os que se posicionaram em prol da solidariedade entenderam que a competência comum dos entes gera a responsabilidade solidária no cumprimento das ordens judiciais destinadas à efetivação do direito à saúde, posicionamento que se justifica tendo em vista a situação de fragilidade do usuário do SUS.

Já os que se posicionaram contrariamente à responsabilidade solidária destacaram que a Lei 8.080/90 prevê expressamente as ações em saúde de cada ente da Federação, de modo que as condenações solidárias acabam por desorganizar o SUS, gerando, muitas vezes, a possibilidade de um “tríplice cumprimento do comando judicial, com grande desperdício dos recursos orçamentários destinados à saúde” (BRASIL, 2009, p. 101), sendo, portanto, inviáveis do ponto de vista sistemático.

Sobre o financiamento do SUS, realçaram-se duas falas que afirmaram que as ações em saúde são subfinanciadas. O Presidente do Conselho Nacional de Saúde pontuou que “não há a menor dúvida, também, e afirmamos isso categoricamente, explicitamente, o que temos como financiamento para a saúde no País é absolutamente insuficiente para viabilizar minimamente a proposta do SUS” (BRASIL, 2009, p. 91).

O Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, por sua vez, aduziu que

Um dos grandes problemas de garantia do direito à saúde no Brasil é o subfinanciamento da saúde pública. Se compararmos o quantitativo de recursos gastos com saúde no Brasil, somando-se o público e o privado não atingem 8% do nosso PIB, enquanto a média dos países que têm sistemas universais de saúde gasta mais de 10% do seu PIB, e os EUA, 15%. Se tomarmos o gasto *per capita* com

saúde, público e privado, o Brasil gasta cerca de US\$ 700 *per capita*, enquanto os EUA gastam US\$ 7,5 mil *per capita*, e outros países desenvolvidos entre US\$ 3 mil e US\$ 5 mil *per capita* (BRASIL, 2009, p. 93).

Na Audiência Pública nº 4, restou frisado, ainda, que a universalidade e integralidade do sistema não significam que toda e qualquer pretensão deva ser custeada pelo Estado, afirmando-se que não se pode “promover o acesso a qualquer medicamento, de qualquer forma, mas de selecionar aqueles que demonstram ser seguros e eficazes” (BRASIL, 2009, p. 136), bem como não há como impor ao sistema público o pagamento de métodos de diagnósticos ou terapêuticos que não estejam devidamente homologados pela ANVISA, não sejam reconhecidos pelo Conselho Federal de Medicina e tenham caráter experimental.

O Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde foi categórico quanto à necessidade de racionalização das decisões judiciais:

O indivíduo não pode esperar que a sociedade não aja de forma racional para o atendimento do seu direito individual. No caso de não haver comprovação científica do procedimento em questão, o que torna a ação irracional, o indivíduo não poderá ver seu pleito atendido.

Defendemos que o usuário do SUS, como cidadão, tem toda legitimidade de buscar seu direito, inclusive por meio de ação judicial. Contudo, cabe à Justiça agir racionalmente. Para tanto, propomos o fortalecimento dos mecanismos de regulação para o uso de novos procedimentos terapêuticos de eficácia comprovada. Ignorar o avanço tecnológico não é aceitável do ponto de vista ético e científico, contudo, não se espera que qualquer novidade de mercado seja incorporada a uma lista gratuita (BRASIL, 2009, p. 97).

Desse modo, foram criticadas, em geral, a concessão pelo Poder Judiciário de qualquer tipo de tecnologia em saúde (até mesmo as em fase experimental) que supostamente traz melhoria à saúde do requerente, sem levar em consideração o registro da ANVISA ou a evidência científica disponível quanto à sua segurança e eficácia.

Houve críticas, também, quanto às concessões de medicamentos sem vantagens terapêuticas em relação aos já existentes no sistema público, e, em sua grande maioria, com custos mais elevados, bem como “de tratamentos no exterior, os quais, geralmente, são de caráter experimental ou estão disponíveis em território nacional, não havendo, assim, a necessidade de ser encaminhado a outro país às expensas do sistema público de saúde” (GOMES *et al.*, 2014, p. 145).

No evento, foi afirmada a necessidade de que a tutela jurisdicional seja prestada com base em uma avaliação técnica do caso (considerando-se os aspectos médicos, científicos e econômicos). Todavia, sendo os pedidos, em sua maioria, formulados inicialmente em sede de tutela antecipada ou de cautelar, o juiz não tem o tempo hábil para fazer maiores pesquisas e estudos, apesar de ter que decidir sobre questões extremamente técnicas. Por isso, Gomes *et al.* assinalam que, na Audiência:

Os argumentos contrários à judicialização levantam a discussão de que o Judiciário não possui conhecimento técnico suficiente para decidir questões específicas de saúde, e os juízes não podem ser vistos como prescritores de medicamentos. Ao intervir na gestão da saúde, o Judiciário está, em última instância, interferindo na estrutura do SUS e na lógica estabelecida no sistema de saúde. Causam-se, assim, distorções ao favorecer o individual, muitas vezes causando escolhas de Sofia, ou seja, para permitir um benefício a uma determinada pessoa, terá de retirá-lo de outra (GOMES *et al.*, 2014, p. 148).

Quanto aos aspectos financeiros, o principal argumento contra apresentado foi o comprometimento à previsibilidade dos recursos destinados às políticas públicas, o que afeta diretamente as ações e serviços destinados à coletividade e tem gerado tensões perante os gestores das políticas públicas, uma vez que não raro as decisões contrastam com política estabelecida pelos governos, determinam prestações que estão além das possibilidades orçamentárias e resultam, indiretamente, no sacrifício do direito de muitos outros cidadãos que dependem igualmente do SUS.

Alegações outras também foram feitas atentando para o fato de que, “na maioria dos casos, a judicialização está associada à compra de medicamentos de alto custo, mesmo havendo opções mais baratas e de mesma eficácia e segurança no sistema público”, bem como o curtíssimo tempo destinado ao gestor para cumprir a decisão judicial, circunstância que acaba levando à dispensa da licitação e um maior ônus à Administração (GOMES *et al.*, 2014, p. 145).

Os contrários à judicialização da saúde realçaram, ainda, que a integralidade do sistema não deve ser vista no sentido de autorizar prestações ilimitadas e que o fenômeno da judicialização fere os princípios do SUS no que se refere à coletividade e à ordem da lista de espera do SUS, pois privilegia a dimensão individual do direito à saúde em detrimento do coletivo e acaba por desconsiderar o fato de que o direito à saúde é garantido por meio de políticas públicas e não via ações judiciais.

O princípio da equidade foi, do mesmo modo, recorrente nos argumentos contrários, afirmando-se que as ações judiciais criam dois tipos de cidadãos: os que se valem das liminares (normalmente os mais favorecidos) e os que têm que aguardar os trâmites burocráticos e as filas do SUS. Uma ponderação mitigada, nesse campo, foi a defesa de que só os mais pobres teriam direito a valer-se do Poder Judiciário para obter prestações em saúde.

De maneira geral, essas foram as principais teses apresentadas na Audiência Pública da Saúde para deslegitimar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas do Sistema Único de Saúde. Nobre aponta que a Audiência delineou o panorama da judicialização da saúde do seguinte modo:

[...] Neste debate ficaram constatadas carências e disfunções que resultam dessas demandas, afetando, ao mesmo tempo, a eficiência da prestação jurisdicional e a qualidade das políticas públicas existentes, tais como: a falta de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas; a generalizada concessão de provimentos judiciais de urgência, sem audiência dos gestores dos sistemas responsáveis por aquelas políticas, mesmo quando essa audiência não oferece qualquer tipo de risco de afetar o direito em causa, porém sua falta é tendente a prejudicar a sustentabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS); e a necessidade de maior difusão de conhecimentos entre os magistrados a respeito das questões técnicas que se originam ou são refletidas nas demandas por prestações de saúde, inclusive aquelas que resultam da *interatuação* do SUS e as organizações privadas (NOBRE, 2011, p. 354).

Os participantes da Audiência Pública da Saúde, além de exporem argumentos favoráveis e desfavoráveis à intervenção judicial, também apresentaram uma série de propostas para a correção das disfuncionalidades geradas pelo fenômeno da judicialização da saúde. Dentre elas, destacam-se, para os fins deste trabalho, duas propostas: o fornecimento de assessoria técnica aos juízes e o diálogo permanente entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo em relação à saúde, criando-se, por exemplo, câmaras prévias de conciliação.

Quanto à proposta de fornecimento de assessoria técnica aos magistrados, é importante destacar que ela se baseou nos núcleos de apoio técnico ao Poder Judiciário, presentes nos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais. Nesses Estados, “os NATs têm como missão oferecer assessoria e consultoria técnica aos magistrados para apoiá-los em suas decisões”, sendo “formados por equipe multidisciplinar encarregada de elaborar pareceres técnicos que explicam tanto aspectos clínicos como de políticas públicas em saúde relacionadas à demanda judicial” (GOMES, *et al.*, 2014, p. 150).

A instituição de um diálogo permanente entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, por sua vez, foi vista, por muitos, como a forma mais viável de mitigar a judicialização.

Essas duas propostas específicas influenciaram a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Recomendação nº 31 e da Resolução nº107, que visaram o estabelecimento, dentre outras medidas, dos núcleos técnicos e do diálogo entre os Poderes. Tais atos e medidas serão estudados no capítulo seguinte.

E, para finalizar esta seção, é importante enfatizar que a Audiência Pública da Saúde realizada pelo STF foi importante não apenas em razão dos seus desdobramentos, mas, também, pelo fato de representar um aceno claro do Poder Judiciário das dificuldades que tem enfrentado para lidar com a complexidade das demandas de saúde.

A Audiência marcou, ainda, o reconhecimento de que o Poder Judiciário não pode encontrar sozinho, as soluções para a judicialização da saúde, uma vez que estas somente

podem ser encontradas a partir de um diálogo interinstitucional e transdisciplinar.

4 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O FÓRUM DO JUDICIÁRIO PARA A SAÚDE

4.1 O Conselho Nacional de Justiça

A criação do Conselho Nacional se insere dentro de um debate em nível internacional. Na década de 90 do século passado, o Banco Mundial realizou uma série de estudos sobre os sistemas de justiça da América Latina¹⁸ a fim de detectar os problemas existentes e propor soluções, sendo que uma das recomendações feitas pelo organismo internacional foi a criação de um órgão de controle externo do Poder Judiciário, os chamados conselhos judiciais.

Na América Latina estes conselhos caracterizam-se pelo exercício, em geral, de uma função eminentemente disciplinar, uma vez que o Banco Mundial entende que um sistema disciplinar eficiente é essencial para a manutenção da qualidade do Judiciário.

Sobre os conselhos judiciais, o Documento Técnico nº 319 - “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe vaticina:”

Como parte de um sistema de nomeação e avaliação, diversos países da América Latina estabeleceram conselhos judiciais, geralmente detentores das seguintes competências: administração de cortes, recursos humanos e mau procedimento individual e das Cortes. Também podendo ter jurisdição tanto sobre as Cortes Inferiores, quanto sobre a Corte Suprema. [...] É importante ainda que os membros do conselho sejam independentes e não estejam concorrendo a nenhum cargo político nos partidos. [...] Os conselhos devem incluir a participação de membros do Judiciário, conselhos profissionais de advogados, cidadãos e o Executivo, quando estabelecido de forma similar ao proposto no Chile, devendo ser presidido por um magistrado, como no modelo boliviano. Na formação do conselho, torna-se relevante considerar se os membros terão dedicação parcial ou integral. (DAKOLIAS, 1996, p. 16).

Assim, durante as últimas décadas, o Banco Mundial elaborou estudos e ofereceu ajuda (financiamentos e assessoramento técnico), para que fossem instalados conselhos de justiça nos países da América Latina e do Caribe (PELEJA JÚNIOR, 2009, p. 94).

O objetivo do organismo foi atingido, pois passou a ser previsto conselhos no texto constitucional e/ou legal da Argentina, Bolívia, Equador, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá, Paraguai, Peru e República Dominicana (PELEJA JÚNIOR,

¹⁸ Os estudos elaborados pelo Banco Mundial foram os seguintes: Documento Técnico nº 280 – “Reforma do Judiciário na América Latina e no Caribe”, em 1995; o Documento Técnico nº 319 – “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – elementos para a reforma”, em 1996; o Relatório nº 19 – “O Estado num mundo em transformação”, em 1997; o livro *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, em 1998; e o Relatório nº 24 – “Instituições para o mercado”, em 2002.

2009, p. 94).

No Brasil, o primeiro órgão de controle do Poder Judiciário foi instituído durante o regime militar com a Emenda Constitucional 7/77, que inseriu no art. 112 da Constituição Federal de 1967, o Conselho Nacional da Magistratura como órgão integrante do Poder Judiciário. A sua conformação era prevista no art. 120 do texto constitucional (BRASIL, 1967, p. 4):

Art. 120. O Conselho Nacional da Magistratura, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, e por este escolhidos.

§ 1º Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

§ 2º Junto ao Conselho funcionará o Procurador-Geral da República.

Não obstante, com a abertura do regime e a instauração de uma nova ordem constitucional, o anseio de eliminação dos traços do governo militar eram muito grandes, sendo o Conselho Nacional da Magistratura um elemento marcante do autoritarismo que imperou no Brasil entre as décadas de 60 e 80 do século XX. Por isso, na Constituição Federal de 1988 não foi previsto um órgão para o controle do Poder Judiciário.

Entretanto, a ausência de um conselho da magistratura no texto original da carta constitucional não significa que a criação de um órgão de controle externo do Poder Judiciário deixou de ser cogitada à época da promulgação da Carta de Outubro.

Segundo Sampaio (2007, p. 241),

[...] O apoio de alguns segmentos como Nelson Jobim, Nilo Batista e Márcio Tomaz Bastos, levou à inclusão, no art. 151 do Projeto A de Constituição, elaborado pela Comissão de Sistematização, do Conselho Nacional de Justiça como órgão de controle da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário e do Ministério Público, cabendo à lei complementar definir a sua organização e o seu funcionamento. Os debates e as pressões foram intensos contra o “Conselhão”, visto como um dedo do autoritarismo sobrevivente [...], além de ser contrário à separação dos Poderes, dada a sua composição híbrida ou a inexistência de controle semelhante ao Executivo e ao Legislativo, bem como ao princípio federativo, pois era um só para a magistratura federal e dos Estados, a representar, enfim, um retrocesso de mais de cem anos [...].

Além disso, os críticos acreditavam que a criação do “Conselhão” implicaria um esvaziamento da liberdade decisória dos julgadores (na medida em que as decisões sempre poderiam ser corrigidas por outro órgão), e, por conseguinte, afrontaria o próprio estado de direito, que tem como um dos fundamentos um Poder Judiciário forte, livre de pressões e de controle (MALUF, 2013), uma vez que somente assim pode defender os direitos e garantias individuais e sociais.

Os magistrados agiram prontamente em sentido contrário à instituição de um órgão de controle, sempre enfatizando que este representaria uma ameaça à independência e autonomia do Poder Judiciário. Houve, por sua vez, uma intensa pressão da imprensa nacional. Diante disso, “[...] a Constituição de 1988 terminou por valorizar o pleno governo do Judiciário, como nunca acontecera antes, na simbologia de um momento de ruptura com as formas autoritárias do passado, especialmente as mais recentes” (SAMPAIO, 2007, p. 242).

Portanto, o Poder Judiciário, com a Constituição Federal de 1988, se firmou como um Poder forte e independente – com uma série de garantias institucionais (autonomia funcional, administrativa e financeira) e específicas para seus membros (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios, dentre outras) –, não se submetendo a qualquer controle, a exceção dos mecanismos de freios e contrapesos.

No entanto, ao longo dos anos, ficou evidente que os mecanismos de *checks and balances* eram insuficientes para a fiscalização do Poder Judiciário, na medida em que este foi se isolando da sociedade e dos demais Poderes, transformando-se em uma “caixa-preta” (conforme palavras do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva), pelo fato de não acompanhar as mudanças sociais e se tornar cada vez mais anacrônico.

Esse anacronismo podia ser evidenciado, sobretudo, no que se refere aos problemas de controle administrativo e disciplinar. Antes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cada tribunal, em razão da autonomia administrativa e orçamentária, era responsável por sua própria gestão, não havendo, assim, uma política administrativa unificada, o que dificultava o planejamento. Na verdade, no âmbito do Poder Judiciário, eram pouco difundidas as técnicas de boa gestão, circunstância que, somada com o *boom* da judicialização da vida social, foi responsável pela multiplicação do número de processos judiciais em tramitação, uma vez que, pela falta de planejamento, o número de decisões proferidas era muito menor do que o número de ações ajuizadas.

Por outro lado, o sistema disciplinar era marcado pelo corporativismo e falta de transparência. Muitos dos desvios de comportamento não eram punidos (em virtude da ausência de imparcialidade das corregedorias) e, quando havia sanções, não eram divulgadas. Segundo Maluf (2013, p. 15), “em decorrência dessa inação, houve uma perda significativa da credibilidade nas corregedorias judiciais e na própria lisura da prestação jurisdicional ante a impunidade de ilícitos funcionais graves ou na punição mais retórica do que prática”. Machado (2008, p. 62), do mesmo modo, afirma que:

Com o passar dos anos, o Poder Judiciário foi se desgastando em decorrência da morosidade, das faltas cometidas pelos magistrados e das ingerências administrativas cometidas pelos tribunais. Assim, o sistema de autogoverno se

mostrou incapaz de atender os reclamos sociais por um sistema judicial célere eficiente e seguro. O que acabou por justificar a chamada reforma do Judiciário.

Nesse contexto, aumentou a pressão social para a criação de um órgão de controle que tivesse como missão principal a moralização do Poder Judiciário em face dos desvios éticos de seus integrantes, do mal institucional do corporativismo e do nepotismo, da leniência das corregedorias estaduais na punição de juízes etc. Fazia-se necessária a nacionalização do sistema disciplinar dos juízes, de modo a conferir-lhe mais eficiência na análise e responsabilização das condutas dos magistrados. Além disso, percebeu-se que o Poder Judiciário não se estruturou a fim de que pudesse suportar o aumento das demandas judiciais, sendo necessário o estabelecimento de novos mecanismos de gerenciamento dos processos.

Assim, em face à patente necessidade de reforma do Poder Judiciário, no ano de 1992, o Deputado Hélio Bicudo apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº 96/92, depois convertida em Proposta de Emenda Revisional. Esse documento tratava de diversos assuntos, dentre eles, a extinção da Justiça Federal de primeiro grau, da Justiça Militar e da representação classista na primeira instância da Justiça do Trabalho; a participação do Ministério Público nos concursos da magistratura e o fim da vitaliciedade no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal (SILVA, 2003, p. 74).

O tema do controle externo foi levantado com o Projeto de Emenda Constitucional nº 112/95, de autoria do Deputado José Genuíno, não sendo, todavia aprovado (PELEJA JÚNIOR, 2009, p. 99).

A PEC 96/02 foi arquivada em 2 de fevereiro de 1999 e desarquivada vinte dias depois. Para Sampaio (2007, p. 242), “[...] foi naquele momento revisional, sob a forte defesa do deputado Néelson Jobim, que se voltou a pensar no controle externo, chegando a contar no relatório final da fracassada revisão”. Após o desarquivamento foram apresentadas quarenta e cinco emendas, sendo que quatorze delas versavam sobre o controle externo do Poder Judiciário (SAMPAIO, 2007).

O texto foi aprovado na Câmara em 2000. No Senado Federal a Reforma do Judiciário se apresentou como a PEC n. 29/00, sob a relatoria do Senador Bernardo Cabral, onde foi objeto de algumas emendas ao texto (SILVA, 2003).

Finalmente, a Reforma do Poder Judiciário se concretizou em 30 de dezembro de 2004, com a aprovação da Emenda Constitucional n. 45/04. Essa reforma foi conduzida por dois objetivos principais: *i*) conferir celeridade aos processos judiciais e *ii*) estabelecer uma melhor *accountability* para o Poder Judiciário (TOMIO; ROBL FILHO, 2013), sendo a

criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) umas das principais inovações.

O CNJ, órgão com atribuições administrativas pertencente à estrutura do Poder Judiciário (CF, art.92), exsurgiu, no ordenamento brasileiro, como uma instituição responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. O Conselho tem como função magna a racionalização das atividades do Poder Judiciário, bem como o estabelecimento de um sistema efetivo de investigação e punição das faltas funcionais, de modo a resgatar a confiança da sociedade, que se encontrava profundamente insatisfeita com o sistema de justiça brasileiro¹⁹. Segundo Falcão, Lennertz e Rangel, “mais que um tribunal judicial administrativo, o CNJ foi institucionalizado como órgão definidor, implementador e fiscalizador de uma fundamental política pública para a democracia: a política pública da administração da justiça.” (FALCÃO; LENNERTZ; RANGEL, 2009, p.11).

Para a realização dessa política foram conferidas determinadas atribuições ao Conselho que conforme Sampaio (2007) podem ser divididas em atribuições políticas de controle administrativo, de ouvidoria, correicionais e disciplinares, sancionatória, informativa e propositiva.

As atribuições políticas estão relacionadas à autonomia do Poder Judiciário e a ações que tenham por objetivo o cumprimento do Estatuto da Magistratura, compreendendo as funções de planejamento, de defesa da soberania judiciária, regulamentar, mandamentais e de economia interna.

Cabe ao órgão realizar planejamentos para o Poder Judiciário, através dos quais o CNJ adota um papel de gestão estratégica dos recursos administrativos, humanos, logísticos e financeiros do poder ao qual pertence. Apesar de os planejamentos não serem impositivos, o desatendimento das recomendações do CNJ, pode levar à punição em razão do cometimento de falta funcional-administrativa dos administradores de varas, fóruns e tribunais.

A defesa da soberania judiciária se refere ao âmbito de atuação externa do Conselho, voltando-se para a proteção do Poder Judiciário contra a ingerência de outros Poderes e órgãos constitucionais, bem como de setores da sociedade civil. A atribuição regulamentar está, por sua vez, relacionada à disciplina interna de funcionamento e o detalhe executivo do Estatuto da Magistratura.

Já as atribuições mandamentais consistem na recomendação de providências as

¹⁹Segundo SADEK (2004, p. 7), em trabalho publicado pouco antes da promulgação da EC 45/2004, eram “inúmeras as pesquisas de opinião retratando a expressiva insatisfação da população com a justiça estatal. Levantamentos de institutos especializados (Vox Populi, Data Folha, IBOPE, Gallup) mostram que, em média, 70% dos entrevistados não confiam no sistema de justiça”.

quais, se não cumpridas pelos integrantes do Poder Judiciário, os sujeita a responsabilização civil, criminal e/ou administrativa, conforme o caso. Outras atribuições políticas, compreendidas dentre as de economia interna, são: elaboração do seu regimento interno; aprovação da organização e da competência de seus órgãos internos, bem como das atribuições das suas chefias e servidores; e provimento, por concurso público, dos cargos necessários à sua administração.

Uma segunda atribuição geral é a de controle administrativo, cabendo ao CNJ o dever de zelar, para que o Poder ao qual pertence e os serviços notariais e de registro obedeçam aos princípios e regras que norteiam a Administração Pública.

Conforme ditame constitucional, o Conselho pode apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União (CF, art. 103-B §4º III).

O CNJ possui também a atribuição de ouvidoria, podendo receber qualquer representação contra membros do Poder Judiciário, de serviços auxiliares, serventias e serviços notariais e de registro. As reclamações e denúncias relativas aos magistrados e serviços judiciários são recebidas pelo Ministro-Corregedor.

Sampaio (2007, p. 296) afirma que “essa atribuição não anula a competência disciplinar e correicional dos tribunais. É, ao contrário, a ela concorrente até que se resolva avocar o processo em trâmite, quando a sua sorte ficará nas mãos do Conselho”. Ao órgão é dado o poder de apurar possíveis irregularidades cometidas por membros do Poder Judiciário ou de serviços a ele vinculados, cristalizando assim as suas atribuições disciplinar e correicional.

A partir da atribuição sancionatória, pode o órgão determinar, pela maioria absoluta de seus membros, a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria do servidor, bem como aplicar outras sanções administrativas, salvo a de perda de cargo que depende de sentença judicial transitada em julgado.

As atribuições informativa e propositiva, por fim, concretizam-se na elaboração do relatório anual, no qual deve constar a recomendação de providências que julgar necessárias, dirigindo-a para os órgãos e autoridades responsáveis por executá-la. Podem ser exercidas ainda a qualquer tempo pelo CNJ, mediante a elaboração de notas técnicas.

O conjunto de todas essas atribuições deixa claro a introdução, no Poder Judiciário, a partir da criação do Conselho, das práticas de *accountability*, termo que pode ser

definido como “a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades” (TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p. 30).

Segundo Tomio e Robl Filho (2013), nas democracias contemporâneas existem dois tipos de *accountability*: a horizontal e a vertical. A *accountability* horizontal (ou institucional) se refere à fiscalização realizada pelos próprios órgãos estatais, podendo ser dividida em quatro espécies:

(i) “*accountability* judicial ‘decisional’”, que significa a possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais, além de aplicar uma sanção por essas decisões; (ii) “*accountability* judicial comportamental”, que significa receber informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade, entre outros), também sendo autorizada a atribuição de sanção; (iii) “*accountability* judicial institucional”, que diz respeito às informações e às justificações sobre ações institucionais não jurisdicionais (administração, orçamento e relações com outros poderes), assim como a sanção pela realização de processos institucionais inadequados; (iv) por fim, “*accountability* judicial legal” significa o fornecimento de informações e justificações sob o cumprimento da lei, além da sanção no caso de sua violação (TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p. 30).

Já a *accountability* vertical é exercida pela sociedade, ou seja, externamente. Ela pode ser dividida em dois tipos: i) *accountability* vertical eleitoral: os “cidadãos sancionam por meio da eleição os representantes e autoridades eleitas (pelos atos e resultados promovidos)”; e ii) *accountability* vertical social: “as organizações da sociedade e a imprensa sancionam (por meio de denúncias e a exposição pública) agentes estatais eleitos ou não eleitos” (TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p. 30).

No Brasil, o órgão responsável pela *accountability* do Poder Judiciário é composto por 15 membros: 9 magistrados (dentre eles, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e um Ministro do Superior Tribunal de Justiça) e 6 membros externos (dois representantes do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal). Para Tomio e Robl Filho,

No que se refere à composição do CNJ, há 60% (nove) dos membros juízes e 40% (seis) dos conselheiros não magistrados. Desse modo, pela análise da composição, observa-se que se mantém forte independência judicial institucional, já que o Presidente do Conselho, o Corregedor de Justiça e a maioria dos membros do conselho são magistrados. De outro lado, há também elementos de *accountability* judicial institucional externa na composição do conselho, pois quatro membros são profissionais essenciais à função da jurisdição (advogados e membros do ministério público) e dois membros são cidadãos de “notável saber jurídico” (TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p. 41).

Sampaio (2007), discutindo a natureza do controle exercido pelo CNJ, assevera que:

[...] Se pensarmos que [o controle] “externo” é apenas aquele exercido por um dos Poderes sobre outro (DI PIETRO, 2005, p.638), [o controle exercido pelo CNJ] não o é. Se for, contudo, o operado por um “órgão estranho à Administração do ato controlado” (MEIRELLES, 1998, p. 546), pode ser. O CNJ é “órgão do Poder Judiciário”, mas é, orgânica e funcionalmente, destacado dos tribunais, juízes, servidores e serviços que controla. É um estranho no próprio ninho. Em primeiro lugar, a sua estatura de instituição constitucional com autonomia relativa e missão de controle e de garantia de independência do Judiciário já dá a ele especificidades ontológicas. Depois, a composição heterogênea, a incluir dois cidadãos, reforça a sua peculiaridade de órgão administrativo com viés político e o distancia das estruturas administrativas fiscalizadas (SAMPAIO, 2007, p. 288).

Diante dessas premissas, o presente trabalho entende que o CNJ é um órgão que exerce um controle interno, fiscalizando a conduta dos magistrados (*accountability* judicial comportamental), bem como as atividades administrativas, o orçamento e as relações com outros poderes (*accountability* judicial institucional).

Contudo, apesar dos avanços que vem promovendo, a própria composição do órgão de controle demonstra que o Judiciário é um Poder aberto apenas para os juristas, ainda pouco próximo efetivamente da sociedade civil. Com efeito, embora seja composto por 40% de membros estranhos à magistratura, exige-se de todos estes seis indivíduos a formação jurídica, sendo que dois destes membros externos são integrantes do próprio Estado (os representantes do Ministério Público), outros dois da advocacia e até mesmo os representantes da sociedade civil que têm integrado o CNJ, pelo fato de a Constituição exigir que os indicados tenham notável saber jurídico, sempre são integrantes da carreira jurídica.

Fregale Filho (2011) realça, ainda, que os representantes da sociedade civil no Conselho têm, em sua maioria, grande proximidade com o mundo político, sendo que alguns, inclusive, “vieram de serviços técnicos de assessoria parlamentar e consultoria legislativa” (KOERNER; FREGALE FILHO, 2014).

Isso, aliado ao fato de que os dois de seus principais cargos (Presidente e Corregedor-Nacional de Justiça) são ocupados por Ministros dos órgãos de cúpula (STF e STJ), demonstra que a sociedade civil não tem uma efetiva representação no órgão de controle do Poder Judiciário e que a agenda do CNJ é formada internamente, de modo que o discurso da instituição revela que “não se trata de uma fala construída de fora pra dentro, mas de uma fala construída de dentro pra dentro, ainda que mais atenta às demandas externas” (KOERNER; FREGALE FILHO, 2014). Fregale Filho (2013, p. 976) aponta que

Na verdade, conquanto sua maior visibilidade possa ter ampliado as possibilidades de uma crítica externa, a demanda por um controle social externo foi reiteradamente derrotada, nas últimas quase três décadas, em todos os debates sobre o governo da Justiça. Recusada na constituinte, ela foi ressuscitada na Reforma do Judiciário, que a incorporou em um desenho institucional pautado por um conselho predominantemente preenchido por profissionais do aparato judicial. [...] Em outras palavras, o Conselho representava, tão somente, uma mudança de arquitetura

institucional, cuja nova configuração proporcionava uma "ligeira abertura" do Judiciário à sociedade, supostamente mais adequada para que ele oferecesse respostas aos seus problemas, que, contudo, não pareciam dizer respeito ao seu déficit democrático. Escamoteava-se, dessa forma, a demanda por uma mais ampla *accountability*, que incluísse uma dimensão externa de controle no aparato judicial.

Entretanto, apesar de ser um órgão pouco aberto à sociedade, não se pode deixar de reconhecer os instrumentos previstos para a participação social (ainda que restrita) nas ações do Conselho. Dentre eles, destaca-se a possibilidade da apresentação por qualquer cidadão de reclamações e denúncias à Corregedoria Geral de Justiça contra os magistrados e os serviços judiciários. Tal previsão representa a existência de um canal direto entre o CNJ e o cidadão, que, através das denúncias, pode contribuir para a boa governança do Poder Judiciário.

Outros mecanismos de participação direta da sociedade são as audiências públicas²⁰ e a possibilidade de qualquer cidadão apresentar requerimentos e sugestão sobre tema em estudo ou debate. Do mesmo modo, sobressaem-se as políticas do órgão visando à concretização da transparência pública no Poder Judiciário, de forma a cumprir o dever de informação, consectário lógico do princípio da publicidade previsto no art. 37 da CF, que também se aplica ao Poder.

O CNJ editou várias resoluções²¹ visando a publicidade das informações relativas à gestão administrativa, orçamentária e financeira do órgão. A partir de tais atos normativos, é possível encontrar nos tribunais informações sobre a organização funcional e remuneração dos ocupantes dos cargos públicos; o quadro de magistrados e demais agentes públicos; as despesas efetuadas e os valores desembolsados mensal e anualmente; a produtividade dos magistrados; dentre outras.

O Conselho, também, publica todos os anos o relatório "Justiça em Números", que é constituído por informações sistematizadas sobre os processos distribuídos e julgados nos tribunais, número de cargos de juízes ocupados e número de habitantes atendidos por magistrado. Tais indicadores ajudam a traçar o perfil da Justiça e a avaliar os tribunais, a partir "[...] das informações sobre litigiosidade; acesso à justiça; perfil das demandas; taxa de congestionamento; recursos humanos, materiais e financeiros; além de trazer estatísticas sobre a população e a economia, relativas às unidades da federação e às regiões" (SADEK, 2010, p.

²⁰ Segundo Bochenek, Dalazoana e Rissetti (2013, p. 545), "entre janeiro de 2009 e junho de 2011, por exemplo foram promovidas audiências públicas em onze estados brasileiro, com reiteradas participações de entidades relacionadas às atividades jurisdicionais e centenas de solicitações e reclamações dirigidas por cidadãos".

²¹ Silva, Hoch e Rigui (2013) constataram a existência de cinco resoluções que foram editadas para impor aos órgãos submetido à atuação do CNJ a obrigação de divulgar, por meio de sítios eletrônicos, informações sobre a gestão administrativa e financeira. São elas: Resoluções n. 76, 79, 83, 102 e 115.

16).

Além disso, Franco e Cunha (2013, p. 524) realçam que, a partir da instituição do CNJ, “[...] há intensa exposição dos membros do Poder Judiciário, com a divulgação completa do nome dos magistrados frente a suspeita de cometimento de infração disciplinar, bem como julgamentos sendo transmitidos ao vivo por meio do portal eletrônico do Conselho”.

A divulgação de tais dados é de fundamental importância para a democratização do Poder Judiciário, na medida em que possibilita uma maior participação social ao aumentar a capacidade de a população fiscalizar as condutas judiciais e de, quem sabe, participar dos processos de tomada de decisão. Por isso, se diz que a informação é o oxigênio da democracia, já que é a base da participação social.

Com efeito, a publicação de dados referentes às atividades administrativas e financeiras acaba por ser um germen para a realização da *accountability* social sobre o Poder Judiciário. Para Tomio e Robl Filho (2013, p. 42):

Com mais informações sobre orçamento, quantidade de processos apresentados e julgados, estrutura administrativa e tantos outros dados fornecidos pelo CNJ, a população e grupos da sociedade civil podem discutir a atuação do poder Judiciário questionando se a independência judicial institucional está sendo bem utilizada para prestar uma jurisdição adequada e célere aos cidadãos, assim como possibilita analisar importantes elementos de *accountability* comportamental judicial.

Assim, o CNJ, embora não permita o controle direto da sociedade civil sobre o Poder Judiciário, ao concretizar o princípio da publicidade, possibilita o exercício de *accountabilities* pela sociedade e imprensa, por meio da exposição pública, sobre o Poder Judiciário, tornando seus membros mais responsivos e auxiliando a construção e o aprofundamento de instituições mais democráticas (TOMIO; ROBL FILHO, 2013).

O CNJ, ao longo da sua década de existência, tem lidado com muitos problemas que afetam o Poder Judiciário por anos: a morosidade, a inefetividade, a falta de estrutura, o isolamento, o comportamento e postura distanciada de alguns de seus membros, dentre outros.

Para Fonseca (2011, p. 1), “[...] a morosidade e a inefetividade do Judiciário brasileiro são espantosas. Vem-se buscando uma solução para seus problemas há várias décadas, mediante frequentes alterações legislativas. O diagnóstico é sempre o mesmo: crise”. Com efeito, durante muito tempo a lei foi tida como o meio de acabar com todos os males. Esqueceu-se que vários dos fatores que propiciam a crise do Judiciário não dependem de modificações legislativas, mas sim da implantação de técnicas de gestão, da estruturação do Poder através do número de juízes e servidores em geral e das mudanças de comportamento.

Percebe-se, assim, que o Poder Judiciário não se estruturou a fim de que pudesse suportar o aumento das demandas judiciais, de modo que, em geral, não vem conseguindo

atender, de forma rápida e eficiente, as pretensões dos indivíduos.

Outro ponto da crise do Poder Judiciário que se apresenta é a questão do comportamento dos magistrados. Mais uma vez, segundo Fonseca (2011, p. 7), muitos juízes apresentam dificuldades “[...] em abandonar concepções vistas como ultrapassadas, pelo fato de eles se apegarem a um individualismo exacerbado e terem dificuldade na interpretação de novos diplomas ou mesmo de velhos sob nova perspectiva”.

Além disso, observa-se que o Poder Judiciário por muito tempo permaneceu isolado dos demais Poderes e da sociedade. Segundo Ramos (2010, p. 252),

A revelia de todas as mudanças que se produziram no século XX (do acelerado fenômeno da urbanização aos avanços tecnológicos) o Poder Judiciário permaneceu intocável, praticamente ignorou as transformações, as novas concepções e paradigmas. O Judiciário envelheceu, de um envelhecimento triste, retraído e excludente, apostando no culto das ignotas tradições e perenes bajulações.

Faz-se necessário, portanto, intensificar o processo de renovação do Poder Judiciário, que passa desde a mudança de mentalidades até a solenidade dos ritos, devendo ser abandonada, de vez, a formalidade excessiva e a concepção de que os juízes devem estar afastados da sociedade e dos demais Poderes.

Ao se analisar as ações do CNJ para a solução dessas questões, em menos de uma década de existência, observa-se que ele tem adotado posturas destinadas a resolver os problemas apontados neste estudo, bem como outros que aqui foram desconsiderados.

Destarte, vem instituindo metas para juízes e tribunais em relação à tramitação dos processos com vistas a conferir-lhes maior celeridade, combatendo e expondo condutas irregulares em varas e tribunais do país, punindo magistrados que ajam de modo incompatível com o cargo que ocupam, dentre outras medidas.

Assim, o Conselho tomou decisões que refletiram em muito na moralização do Poder Judiciário frente à sociedade brasileira, a exemplo do fim do nepotismo neste Poder, da fixação da jornada de trabalho de oito horas nos tribunais, da condenação de magistrados à aposentadoria compulsória, até mesmo de ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Para muitos, a sua atuação é de pouca importância, já que obteve poucos resultados práticos em relação à magnitude dos problemas vivenciados; enquanto outros louvam as ações do CNJ, pois pela primeira vez estão sendo expostos os verdadeiros males enfrentados pelo Poder Judiciário e tomados efetivos atos para o seu enfrentamento. Para Sampaio (2007, p. 260):

[...] é preciso compreendermos que o CNJ se não pode dar conta de toda a tarefa que sobre ele se espera, pelas limitações de ordem constitucional, termina sendo um dos meios de diálogo da sociedade com o Judiciário, quando menos (embora esse pragmatismo resolva pouco) uma resposta às reclamações da sociedade, e, ao

mesmo tempo, um dos instrumentos de auxílio à boa gestão dos tribunais.

O presente trabalho adota como pressuposto a ideia de que a instituição do CNJ é uma importante conquista na consolidação do estado democrático de direito brasileiro, representando um primeiro passo para as mudanças no âmbito do Poder Judiciário, as quais nesses pouco mais de dez anos já podem ser sentidas²² em prol da celeridade processual, do respeito à dignidade da Justiça e dos princípios constitucionais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), apesar da crise que ainda existe no Poder Judiciário. Assim, tem-se que é possível afirmar que o Conselho, aos poucos, vem conseguindo abrir a “caixa-preta” do Poder Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça, a fim de promover as reformas necessárias para o Poder ao qual pertence, lançou uma série de projetos e programas não apenas para a melhoria da gestão administrativa e orçamentária, mas também para a garantia dos direitos humanos fundamentais, os quais abordam questões referentes a conflitos de terras e trabalho escravo, assuntos fundiários, trabalho escravo, à adoção de crianças e adolescentes, a reconhecimento de paternidade, à ressocialização dos presos e egressos do sistema carcerário, a métodos consensuais de resolução de conflitos, à doação de órgãos, células e tecidos, à judicialização da saúde, ao combate à exploração sexual, trabalhos forçados e retirada de órgãos, à violência doméstica contra a mulher.

O presente trabalho dedicar-se-á ao estudo das ações do Conselho destinadas à resolução dos problemas gerados pela judicialização da saúde excessiva, razão por que se dedicará à análise, no tópico seguinte, de três atos normativos específicos: Recomendação nº 31/2010, Resolução nº 107/2010 e Recomendação nº 43/2013, que foram editados com o fim de aprimorar a prestação jurisdicional nas demandas de saúde.

4.2 Os atos normativos do Conselho Nacional de Justiça para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde

Conforme mencionado capítulo anterior, nos últimos tempos, o Poder Judiciário foi inundado por ações envolvendo o direito à saúde, direito abstrato e complexo, cuja

²² Segundo Sadek (2010, p. 19), “na construção deste novo Judiciário foram incorporadas novas peças: julgamentos televisionados; diagnósticos fundamentados em dados; informatização; processo virtual; gerenciamento; elaboração de metas; planejamento estratégico; pacto com os demais poderes; mutirões comprometidos com a efetividade da lei; inspeções; mapeamento de desvios éticos e disciplinares; punições a irregularidades, inclusive se cometidas por desembargadores e ministros; transparência nas promoções; transparência nos gastos divulgados na internet; estímulo a soluções não adversariais, como a conciliação e a mediação; código de conduta para a magistratura”.

compreensão exige uma abordagem transdisciplinar. Diante desse quadro, os magistrados têm dificuldades para lidar com o tema, circunstância que propicia a existência de decisões judiciais extremamente díspares, prolatadas sem que o magistrado compreenda a real dimensão do direito à saúde e conheça as questões científicas e técnicas imbricadas nessas demandas.

Assim, a judicialização, em que pese ser imprescindível para a efetivação do direito fundamental à saúde, representa um fator que pode abalar a própria estabilidade das instituições democráticas, já que o Poder Judiciário se vê obrigado a decidir sobre questões relevantíssimas, sem estar devidamente preparado para tanto.

Nesse contexto, o fenômeno da judicialização da saúde se tornou um problema político para o Poder Judiciário, levando-o a se debruçar sobre o fenômeno a partir da convocação da Audiência Pública nº 4 (estudada no capítulo anterior) para, através da oitiva de representantes de todos os Poderes da República, juristas, gestores públicos, profissionais da área da saúde e setores da sociedade civil, esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas demandas judiciais sobre a saúde.

Frey (1998) adverte, todavia, que não é só porque uma questão adquiriu relevância política que será enfrentada pelo Poder Público, sendo que é na fase da “agenda setting” que se decide se um tema deve ser efetivamente enfrentado ou ser excluído ou adiado para uma data posterior, nada obstante a sua importância. A entrada de problema na agenda política depende de diversas circunstâncias: a relação custo-benefício, as chances do tema se impor na arena política, o perfil dos responsáveis pela elaboração das políticas e da instituição envolvida, dentre outras. Dessa forma, faz-se necessário investigar as razões que levaram à entrada do fenômeno da judicialização da saúde na agenda do Poder Judiciário e, mais especificamente, do CNJ.

Fregale Filho (2013) observa que a agenda do CNJ para o Poder Judiciário é determinada pelo seu Presidente, componente que possui o maior poder sobre a construção da pauta do órgão. O autor afirma que:

Assim sendo, na esteira da recomposição periódica do Conselho, sua agenda vem sendo revisitada por aquele que possui maior poder sobre sua construção: seu presidente. Embora os demais conselheiros tragam pautas próprias, por vezes construídas a partir de seus processos de indicação, é inegável que as presidências dos ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluso formularam agendas específicas para o Conselho com correlatas estratégias de atuação que contribuíram para um contínuo processo de redesenho institucional. Nesse sentido, sua primeira presidência trouxe como pauta o processo de criação e institucionalização do próprio Conselho, adotando como estratégia a elaboração de diagnósticos e a aplicação de uma profilaxia corporativa mediante o enfrentamento das questões do nepotismo e do teto remuneratório. Por sua vez, a segunda presidência enfatizou o processo de informatização com o propósito de produzir

bases quantitativas confiáveis por meio do projeto “Justiça em Números”. Já a terceira presidência focou na elaboração de políticas de gestão e de defesa de direitos e garantias fundamentais, desenvolvendo um planejamento estratégico para o Poder Judiciário, além de uma forte ação regulatória expressa em mutirões e no enfrentamento do tema das escutas telefônicas (FREGALE FILHO, 2013, p. 99).

Portanto, a pauta de atuação do CNJ é definida, sobretudo, em razão das características do seu Presidente, que também está à frente do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Daí a infinidade de programas e projetos que o Conselho lançou ao longo dos seus quase dez anos de existência.

Sadek (2010) observa que as características individuais dos Presidentes do Conselho influenciam a agenda política do órgão em virtude de se estar nos primeiros estágios da construção da instituição, quando é baixo o seu grau de institucionalização. Por essa razão, aponta que a pauta do Conselho Nacional de Justiça tem mudado conforme a sua Presidência: “o primeiro, Nelson Jobim, encarregou-se, sobretudo de criar o órgão; Ellen Gracie, em seguida deu ênfase à informatização; Gilmar Mendes privilegiou a formulação de políticas de gestão e de defesa de direitos e garantias fundamentais” (SADEK, 2010, p. 16). Sadek (2010, p. 16) assenta, ainda, que

[...] Tais prioridades e a maneira como são executadas repercutem de modo mais ou menos intenso no ritmo de institucionalização e no grau de fortalecimento do CNJ; no perfil e na imagem do Poder Judiciário; na dimensão e na intensidade de seus impactos e nas reações das demais instituições públicas. Dirigentes ativistas – como Jobim e Mendes –, ao mesmo tempo em que ampliam o número de iniciativas e de mudanças também encontram maior resistência, quer devido à maior probabilidade de contrariarem interesses e privilégios, quer devido à vulnerabilidade decorrente de maior exposição.

O Ministro Gilmar Mendes (que ocupou a Presidência do STF e do CNJ no biênio 2008-2010) inseriu dentre as políticas do órgão a defesa dos direitos e garantias fundamentais, sendo, por isso, editadas, durante o seu mandato no CNJ, várias resoluções com tal fim: Resolução nº 59, de 9/9/2009 (que trata das escutas telefônicas), Resolução nº 89, de 16/9/2009 (que institui os mutirões carcerários), Resolução nº 96, de 27/10/2009 (que estabelece o Projeto Começar de Novo), Resolução nº 101, de 15/12/2009 (que institui a política nacional de execuções das penas e medidas alternativas à prisão), Resolução nº 107 (que institucionaliza o Fórum do Judiciário para a Saúde) e Resolução nº 110 (que institucionaliza o Fórum de Assuntos Fundiário).

Assim, tem-se que o tema da judicialização da saúde entrou na agenda do CNJ, sobretudo, em razão da influência do então Presidente do Conselho, o Ministro Gilmar Mendes, que entende que o Conselho não tem apenas a missão de concretizar a promessa de um Poder Judiciário célere e efetivo, mas também de defender os direitos fundamentais,

“assumindo a sua responsabilidade pela inclusão social e proteção efetiva dos direitos fundamentais e fortalecendo a crença no valor inquestionável da cidadania” (MENDES, 2012).

Seguindo essa linha de política judiciária do Ministro Gilmar Mendes, foram editadas pelos CNJ a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, e a Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010. Antes da análise do conteúdo de tais atos normativos, é importante realçar a natureza jurídica de tais atos. As resoluções do CNJ destinam-se a regular assuntos da administração dos tribunais, tendo, *ex vi* do art. 102 §5º do Regimento Interno do Conselho, força vinculante, após a publicação no Diário da Justiça eletrônico e no sítio eletrônico da instituição. As recomendações, por sua vez, não têm força vinculante e segundo Machado (2008, p. 97) a falta de uma definição precisa faz com que ela seja, muitas vezes, ignorada pelos tribunais, já que é tida como um guia genérico de boas práticas.

Fixadas tais premissas, passa-se à análise do conteúdo da Recomendação nº 31 e da Resolução nº 107. O primeiro ato normativo recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais profissionais da seara jurídica, para o fim de assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

De início, cumpre frisar que o presente trabalho entende por eficiência a utilização racional dos recursos de modo a atingir um resultado pré-determinado com o menor número de erros possível e o menor emprego dos recursos disponíveis. Nessa ótica, o que significa então para o CNJ assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo assistência à saúde?

Significa que a tutela jurisdicional relativa ao direito à saúde só será prestada de modo eficiente se for conferida por meio de uma decisão racional, que, em vez de guiada pelo forte apelo emocional dos pedidos requerendo ações e bens de saúde, se pautar no conhecimento técnico e na tentativa de diálogo, sobretudo, com o Poder Executivo.

Em busca desse desiderato, o CNJ ao editar a Recomendação nº 31 levou em consideração os seguintes pontos: a saúde enquanto fator indispensável à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, a reserva do possível, a necessidade do diálogo com o Executivo, a sustentabilidade e o gerenciamento do SUS, a complexidade técnica da matéria e a questão dos tratamentos experimentais.

Para o órgão, a saúde é indispensável para a garantia de uma vida digna à população brasileira e, por essa razão, afirma (ainda que não diretamente) a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nessa seara.

No entanto, o Conselho assume que é preciso realizar mudanças na forma como o Poder Judiciário vem garantindo a efetivação do direito à saúde, considerando o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação nos Tribunais brasileiros e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais.

O CNJ reconhece, também, a necessidade de que os gestores sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência, a fim de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização, sustentabilidade e gerenciamento do sistema público de saúde.

A edição da Recomendação nº 31 foi motivada, ainda, pelas constatações feitas na Audiência Pública nº 4 com relação às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde. Verificou-se, de um modo geral, que os magistrados têm dificuldades em lidar com tais demandas, uma vez que estas exigem conhecimentos técnicos específicos e muitas vezes são deficitárias as informações clínicas prestadas pelas partes sobre os problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas ações.

Outro ponto considerado pela Recomendação foi a questão dos tratamentos experimentais, realçando-se que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, como forma de garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aqueles que possam ser prejudiciais aos pacientes.

Com base nisso, a Recomendação nº 31/2010 orientou aos Tribunais de Justiça dos Estados (TJ) e aos Tribunais Regionais Federais (TRF) que:

- a) celebrem até dezembro de 2010 convênios com o objetivo de disponibilizar 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;
- b) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura;
- c) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, 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; e
- d) orientem, através das suas corregedorias, os magistrados vinculados que: *i)*

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; *ii*) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; *iii*) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; *iv*) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; *v*) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

A Recomendação nº 31 do CNJ, ainda, recomendou às escolas de formação e aperfeiçoamento dos magistrados: *i*) a incorporação do direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados; e *ii*) a promoção de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do Ministério Público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria.

A implementação e execução da política pública judiciária da saúde, delineada na Recomendação nº 31, foi conferida, através da Resolução nº 107/2010 – que, ao contrário da primeira, tem caráter vinculante –, ao Fórum do Judiciário para a Saúde, ou simplesmente Fórum da Saúde, que tem por escopo o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde.

O Fórum é constituído pelo Comitê Executivo Nacional e Comitês Executivos Estaduais (submetidos ao primeiro). Tais comitês têm por objetivo a coordenação e a execução de ações de natureza específica, que forem consideradas relevantes, ficando sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência do CNJ e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça.

Estes Comitês são compostos por magistrados atuantes em unidades jurisdicionais, especializadas ou não, que tratem de temas relacionados à saúde, podendo contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação na área da saúde, especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, de universidades e outras instituições de pesquisa. O art. 2º da Resolução nº 107 elenca

as atribuições do Fórum Nacional da Saúde (BRASIL, 2010, p. 2):

Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional:

I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;

II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;

III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;

IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;

V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.

Como se vê, cabe ao Fórum da Saúde a elaboração de estudos e propositura de medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, bem como para o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

O Fórum objetiva, ainda, a produção de enunciados a serem utilizados pelos juízes de todo o País em decisões sobre funcionamento de medicamentos, cobertura de planos de saúde e outros temas mais frequentemente levados à Justiça. As ações do Fórum são pensadas principalmente em eventos científicos nacionais e estaduais, nos quais são traçadas as diretrizes de atuação e estabelecido debates e estudos que venham a mobilizar os diversos segmentos da área da saúde, notadamente os Membros do Judiciário, do Ministério Público, gestores e Executores de Políticas Públicas.

Conforme consulta realizada no sítio eletrônico do CNJ já foram realizados seis eventos: I e II Encontros do Fórum Nacional da Saúde (realizados respectivamente em novembro/2010 e dezembro/2011), I e II Reuniões dos Comitês Estaduais (realizadas em junho e dezembro/2011), o Seminário Direito à Saúde: desafios para a universalidade (realizado em junho/2013) e a I Jornada de Direito da Saúde (realizada em maio/2014). Nesses eventos, foram emitidas várias recomendações e enunciados visando melhor subsidiar os magistrados na apreciação das demandas envolvendo o direito à saúde.

Deve-se ressaltar que foi editada, ainda, a Recomendação nº 36, de 12 de junho de 2011, ato normativo que, destinando-se a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar, reforçou a orientação da celebração de convênios (BRASIL, 2011, p. 2):

[...] que objetivem disponibilizar apoio técnico, sem ônus para os Tribunais, composto por médicos e farmacêuticos, indicados pelos Comitês Executivos Estaduais, para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes, observadas as peculiaridades regionais (Recom. 36/2011, I “a”).

A sobredita Recomendação, também, indicou aos TJ's e TRF's a necessidade de

que orientem os magistrados vinculados, por meio de suas corregedorias, a fim de que oficiem, quando cabível e possível, à Agência Nacional de Saúde Suplementar, à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ao Conselho Federal de Medicina e ao Conselho Federal de Odontologia para se manifestarem acerca da matéria debatida dentro das atribuições de cada órgão, específica e respectivamente sobre obrigações regulamentares das operadoras, medicamentos, materiais, órteses, próteses e tratamentos experimentais.

O ato normativo reforçou, ainda, às escolas de formação e aperfeiçoamento dos magistrados “que promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde” e recomendou aos Comitês Executivos Estaduais “que incluam dentre os seus membros, um representante de planos de saúde suplementar, no intuito de fomentar o debate com as operadoras, diante dos dados constantes em seus arquivos” (Resol. 36/2011, I “a” e II) (BRASIL, 2011, p. 2).

Por fim, foi editada pelo Conselho Nacional de Justiça a Recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013, que orienta os Tribunais a promover “a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar” (Recom. 43/2013). (BRASIL, 2013, p. 1).

A expedição dessa Recomendação foi motivada pela compreensão de que o fenômeno da judicialização da saúde envolve questões extremamente complexas, que exige a adoção de medidas interdisciplinares e intersetoriais, sendo a especialização de Varas de Saúde Pública uma estratégia que poderá garantir decisões mais adequadas e totalmente precisas.

O presente trabalho se deterá ao estudo dos atos do CNJ destinados ao aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde pública, razão por que a Recomendação nº 36/2010 não será objeto de verificação, pois se destina à assistência à saúde suplementar.

E, a partir da análise da Resolução 107/2010 e das Recomendações 31/2010 e 43/2013, percebe-se que o Conselho Nacional de Justiça pretende colocar-se como um ator de uma efetiva política pública judiciária de defesa e garantia do direito à saúde, através da expedição de recomendações de condutas e enunciados para orientar os magistrados nos processos de saúde e da aproximação do Poder Judiciário com o Poder Executivo.

Para Silva (2001, p. 38), política pública é uma forma de regulação ou intervenção na sociedade, articulando diferentes sujeitos, que apresentam interesses e expectativas diversas:

[...] Seu desenvolvimento se expressa por momentos articulados e, muitas vezes, concomitantes e interdependentes, que comportam seqüências de ações em forma de respostas, mais ou menos institucionalizadas, a situações consideradas problemáticas, materializadas mediante programas, projetos e serviços. Ainda, toda política pública é um mecanismo de mudança social, orientada por promover o bem-estar de segmentos sociais, principalmente os mais destituídos, devendo ser um mecanismo de distribuição de renda e de equidade social.

Dessa forma, o processo de políticas públicas envolve um conjunto de momentos não lineares, articulados e interdependentes, sendo eles: constituição do problema ou da agenda governamental, formulação de alternativas de política, adoção da política, implementação ou execução (SILVA, 2001).

Na fase da constituição do problema ou da agenda governamental, os casos ou assuntos que chamam a atenção da sociedade e do governo, por força da pressão social, assumem visibilidade e transformam-se em questão social merecedora de atenção por parte do poder público, transformando-se, assim, em política (SILVA, 2001, p. 38).

Na fase da formulação de alternativas de política, por sua vez, são propostas alternativas para o enfrentamento dos problemas, indicando-se o conteúdo geral do programa “(o quê, qual programa, abrangência, escopo, quem beneficia, onde, quando); os recursos (quais, quanto e fonte); o aparato institucional (órgãos responsáveis, legislação de apoio); responsabilidades (burocracia, equipe técnica, parcerias)” (SILVA, 2001, p. 38-39).

Após a etapa da formulação de alternativas, entra-se na fase da adoção da política, na qual se escolhe uma alternativa de política para o enfrentamento da situação-problema. Silva (2001, p. 39) realça que “uma alternativa de política para ser adotada depende, por conseguinte, do suporte da maioria do legislativo, do consenso entre dirigentes ou de decisão judiciária”.

Já a implementação ou execução de programas sociais é “a fase de execução de serviços para o cumprimento de objetivos e metas pré-estabelecidas, tendo em vista obter os resultados pretendidos”, “constituindo-se a fase mais abrangente e talvez mais complexa do processo das políticas públicas” (SILVA, 2001, p. 39).

Dentre os sujeitos de políticas públicas, Silva (2001, p. 42) insere o Poder Judiciário, responsável por garantir os direitos dos cidadãos, guiando-se pela racionalidade legal, “cujo foco é a noção de igualdade de proteção da lei e a referência central é a implementação apropriada ou não da política”.

Fixadas tais premissas, cabe agora avaliar o processo de política pública elaborado pelo Poder Judiciário para a situação-problema da judicialização da saúde. Conforme dito

acima, a judicialização da saúde se tonou uma situação-problema em virtude do elevado número de demandas que invadiram os Tribunais, das dificuldades dos magistrados em lidar com o tema e dos conflitos que as decisões judiciais têm gerado com o Poder Executivo. Ressalte-se que este problema chamou atenção do Poder Judiciário, sobretudo, a partir da característica individual do Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do órgão de cúpula do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça, que focou na elaboração de políticas de gestão e de defesa dos direitos e garantias fundamentais durante a sua gestão. Em virtude disso, a judicialização da saúde assumiu visibilidade e transformou-se em questão social merecedora de atenção por parte do Poder Judiciário, transformando-se, assim, em política pública judiciária.

Para pensar as alternativas dessa política, o STF, através do seu Presidente, convocou a Audiência Pública nº 4, na qual os palestrantes expuseram 29 alternativas aptas a controlar o fenômeno (GOMES *et. al.*, 2014).

Após essa Audiência, foi instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, um grupo de trabalho para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Como resultado dos estudos desse grupo de trabalho, foi expedida a Recomendação nº 31, na qual o Poder Judiciário, através do Conselho Nacional de Justiça, elegeu de modo geral dois caminhos para o enfrentamento da situação-problema da judicialização da saúde: a instituição de um núcleo técnico de apoio aos juízes e de um diálogo com o Poder Executivo.

O Poder Judiciário, portanto, para solucionar as dificuldades advindas do fenômeno da judicialização da saúde, resolveu elaborar uma política pública judiciária, articulando diferentes sujeitos (magistrados, promotores, gestores públicos, usuários do SUS e profissionais da saúde) e procurando conciliar diversos interesses e expectativas em torno da temática, sendo objetivo deste trabalho avaliar, além da viabilidade da política, a sua implementação e execução, objetivos que serão desenvolvidos no tópico seguinte, a partir de pesquisa empírica realizada no Estado do Maranhão e no âmbito do CNJ.

É importante realçar desde logo os pontos positivos, *a priori*, dos atos normativos editados pelo Conselho, na medida em que procuraram oferecer alternativas para as dificuldades encontradas pelos magistrados na apreciação dos pedidos de prestações em saúde. Segundo Souza (2013, p. 338-339),

Apenas em tempos mais recentes essa tendência se arrefeceu. Excessos foram constatados, verificou-se a impossibilidade de dar tudo a todos e as limitações institucionais do Judiciário, assim como se percebeu os efeitos reflexos das decisões

judiciais sobre políticas públicas implementadas pela administração, motivos pelos quais a melhor doutrina passou a atentar para a análise crítica da questão do direito à saúde (controle de políticas públicas) e começou a defender a elaboração de parâmetros mais rígidos para a avaliação das pretensões individuais por prestações materiais positivas [...].

O CNJ procurou corrigir o problema da falta de diálogo dos magistrados com o Executivo, que acaba, na maioria das vezes, por comprometer a própria efetividade (e por que não o acerto?) das decisões judiciais. Percebeu-se a *capacidade institucional* do Poder Judiciário, que nem sempre está mais habilitado à produção da melhor decisão na área da saúde, e os *efeitos sistêmicos* dos comandos judiciais, desrespeito ou desorganização das políticas públicas.

A partir dessa percepção, buscou-se aproximar os agentes envolvidos na decisão (juiz, gestores e mercado – no caso da saúde suplementar) e estimular uma maior cooperação na procura de melhores respostas para as questões de saúde, tudo através da inserção, nas demandas individuais, da teoria do diálogo institucional que, conforme observa Souza (2013, p. 296),

[...] partindo da premissa de que o Judiciário não é a última palavra, acredita no valor epistêmico da democracia, trabalhando para promover uma interação virtuosa entre os centros decisórios responsáveis pelo comando do sistema público de saúde, no qual todos são enxergados em relação de horizontalidade e dotados de virtudes e vícios.

Em prol da inserção do diálogo institucional, a Recomendação nº 31 orienta-os a ouvirem, quando possível, os gestores, antes da apreciação das liminares e a visitarem os Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, as unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, os dispensários de medicamentos e hospitais habilitados em oncologia.

A política pública judiciária do CNJ buscou, ainda, fornecer parâmetros decisórios para os magistrados. Nesse cenário, fica o questionamento de como resolver a questão da independência judicial e controle, na medida em que o juiz brasileiro não se encontra vinculado a qualquer ordem ou exigências superiores capazes de determinar-lhe o conteúdo das decisões ou o modo pelo qual conduz os processos que lhe estão afeitos.

Diante dessa independência decisória do juiz, como o CNJ pode conciliar a fixação de parâmetros institucionais e assegurar a liberdade do juiz ao decidir cada caso concreto?

É em um contexto de tentativa de objetivação e racionalização do direito à saúde que exsurtem as recomendações do CNJ. As decisões judiciais têm que superar a já banalizada ponderação entre a reserva do possível e o mínimo existencial, conceito que em si diz muito pouco. E como nada diz, a densificação do mínimo existencial dependerá de cada

juiz, que atuará “visando a impor os seus valores, no exercício de pura *discricionarietà*, em regra não se dando conta de que o fazem” (GRAU, 2013, p. 121). Todavia, consoante afirma Grau (2013, p. 121):

[...] embora seus pensamentos sejam livres, o juiz ou tribunal que decida qualquer caso, ainda que mediante necessária transgressão de algum texto normativo, não o faz louvando-se em seus valores ou como se fora legislador. Seus pensamentos são livres apenas no quadro e no espaço da totalidade que o direito positivo compõe.

Por essa razão, é que o princípio do livre convencimento do juiz não significa que os magistrados possam fazer as suas próprias leis ou decidir subjetivamente de acordo com seu senso de justiça, sob pena de o Poder Judiciário converter-se “em um *produtor de insegurança*” (GRAU, 2013, p. 16), sendo a fixação de parâmetros decisórios institucionais fundamental para evitar-se a insegurança e o decisionismo no campo da judicialização da saúde, visto que a amplitude e complexidade do direito à saúde oferecem sérias dificuldades aos juízes.

Dessa forma, tem-se que os parâmetros institucionais não violam o princípio do livre convencimento. Ao contrário, inserem-se dentro da tentativa de objetivação e racionalização do direito, própria do direito moderno, que impõe que as decisões deixem de ser arbitrárias e aleatórias (conforme se verifica, muitas vezes, nas ações de saúde), tornando-se previsíveis.

No entanto, fixada a possibilidade do estabelecimento de parâmetros para os juízes, resta analisar se o CNJ é o órgão mais apropriado para o desempenho dessa função e se as suas diretrizes são conhecidas e observadas pelos juízes, objetivo que será abordado somente na seção seguinte.

Além de tentar estabelecer o diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo e de fixar parâmetros decisórios para os magistrados, a Recomendação nº 31 reconheceu a necessidade de um olhar transdisciplinar do Judiciário em relação ao direito à saúde, buscando fornecer “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” (Resol. 31/2010, I) (BRASIL, 2010, p. 3).

Com efeito, a correta aplicação e interpretação do direito à saúde exige um aprofundamento nas áreas de direito constitucional, administrativo e sanitário, bem como em questões técnicas, científicas, políticas e econômicas.

No entanto, a composição desses núcleos de apoio técnico aos juízes (ou seja, por médicos e farmacêuticos) revela que o CNJ trabalha com um conceito de saúde puramente

medicalizado, o qual já foi superado há muito, uma vez que não consegue abarcar as pessoas que tenham problemas psicológicos e sociais, os quais são muito frequentes na sociedade do século XXI.

Assim, a instituição desses núcleos não é suficiente para fornecer o devido apoio aos magistrados na resolução das demandas envolvendo o direito à saúde, pois a saúde é um fator complexo, que envolve uma série de elementos físicos, sociais e mentais, não sendo, portanto, as políticas e questões de saúde atinentes apenas a médicos e farmacêuticos, pelo que a composição desses núcleos deveria ser ampliada. Nessa linha, Rocha e Webber (2012, p. 181) alertam que

Essa necessidade da adoção de um olhar transdisciplinar vai além de se ter em um processo dessa natureza mero laudo elaborado pelo Departamento Médico Judiciário ou por um perito nomeado. A complexidade envolvida na questão não permite que se encontre uma solução menos gravosa e quiçá ideal para a situação apenas com um laudo pericial sem a oportunidade de manifestação dos demais subsistemas envolvidos. Em casos como o presente, é necessário que se considerem as comunicações advindas dos diversos subsistemas sociais, como o subsistema da Economia, o subsistema do Direito, o subsistema da Saúde e o subsistema da Política. É preciso que se permita a cada um deles demonstrar o seu ponto de observação sobre a questão.

Além disso, pelos moldes do CNJ, a interação dos NAT's com os magistrados será somente documental, isto é, o juiz, através de um despacho, encaminhará o processo para o núcleo emitir parecer, retornando, após isso, os autos ao gabinete do magistrado. O contato será apenas através do papel, quando a complexidade das demandas exige que se estabeleça uma efetiva mesa de diálogos, que permita o contato direto dos magistrados com os profissionais especializados.

É preciso também ter cuidado com a ligação estrita desses núcleos às Secretarias de Saúde, circunstância que pode afetar a legitimidade de seus pareceres. Nesse ponto, cite-se as sugestões apresentadas por Ferreira e Costa (2013, p. 227):

Seguindo essa linha de pensamento, talvez se devesse pensar em duas sugestões: a) a criação de um quadro plural de servidores, composto não apenas por médicos e técnicos das Secretarias do Estado, mas também por um corpo técnico independente que integrasse o próprio tribunal, tal como ocorre no NAT do Tribunal de Justiça do Piauí; e b) desvinculação formal do NAT da Secretaria de Saúde dos estados e vinculação ao Tribunal de Justiça em que estiverem instalados, com o objetivo de preservar uma autonomia maior, o que afastaria a instabilidade sentida pelo defensor público geral do Mato Grosso, diante da possibilidade de ingerência dos gestores dessas secretarias.

E para satisfazer a necessidade de aprofundamento na área de direito sanitário, o CNJ recomendou a introdução da disciplina nos concursos para ingresso na carreira de magistrado e nos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento, bem como a realização constante de seminários sobre a temática e a especialização de varas para processar

e julgar as ações de saúde, circunstância que permite ao juiz uma maior dedicação à compreensão das especificidades das demandas.

Após a análise crítica das recomendações do CNJ, surge a indagação sobre a eficácia dos mecanismos instituídos pelo órgão. Com vistas a obter uma resposta foi realizada uma pesquisa empírica por meio de entrevistas e aplicação de questionários com os seguintes atores: juízes das Varas da Fazenda Pública da Capital, Desembargadores das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, membros do Comitê Executivo do Estado do Maranhão e a Coordenadora do Comitê Executivo Nacional do Fórum do Judiciário para a Saúde. Os resultados serão expostos no capítulo seguinte.

5 OS REFLEXOS DOS ATOS NORMATIVOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA O APRIMORAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM SAÚDE

O presente trabalho objetiva avaliar a eficácia da política pública judiciária conduzida pelo Conselho Nacional de Justiça na seara da judicialização da saúde, bem como os seus limites e possibilidades.

Para tanto, fez uso da modalidade de “avaliação realizada durante a execução”, que tem por fim “[...] levantar informações sobre o andamento do programa, ponderando resultados, com o objetivo de avaliar mudanças situacionais, verificar o cumprimento do programa conforme o que foi estabelecido inicialmente e subsidiar possíveis alterações [...]” (SILVA, 2001, p. 55).

A pesquisa foi realizada entre os meses de fevereiro a maio/2015 nas cidades de São Luís/MA e Brasília/DF, tendo sido movida pelas seguintes questões norteadoras:

Quais os reflexos da atuação do CNJ que já podem ser sentidos no fenômeno da judicialização da saúde?

Em que medida as recomendações do órgão estão sendo observadas pelos magistrados maranhenses e, em âmbito institucional, pelo Tribunal de Justiça do Maranhão?

Os atos normativos do Conselho têm tido a eficácia pretendida?

Quais as efetivas contribuições que o Comitê Executivo Estadual do Maranhão e o Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde têm dado para o aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde?

O CNJ tem capacidade institucional para resolver os problemas gerados pelo fenômeno da judicialização da saúde?

Em busca das respostas a tais questionamentos, foram utilizados o método crítico dialético e seus dois momentos: a investigação (ou a pesquisa) e a exposição (ou a apresentação), os quais não podem ser separados, uma vez que o objeto somente pode ser exposto depois de ser investigado e analisado criticamente em suas determinações essenciais.

A concretização das duas fases indissociáveis do método crítico dialético requereu um “[...] trabalho prévio de investigação (“escavação” e “garimpo”), de maturação do objeto, de sua captação com detalhes, de suas formas de evolução, de suas conexões íntimas, para depois expor adequadamente, sistemático e criticamente, a sua lógica interna [...]” (CHAGAS, 2011, p. 57).

Para a apropriação do conteúdo da política pública judiciária desenvolvida pelo

CNJ na seara da judicialização da saúde, planejou-se inicialmente a realização de entrevistas semiestruturadas que, segundo Manzini (1990/1991, p. 154), estão focalizadas “[...] em um assunto sobre o qual confeccionamos um roteiro com perguntas principais, complementadas por outras questões inerentes às circunstâncias momentâneas às entrevistas [...]”.

Além das entrevistas, fez-se necessária a utilização de questionários, uma vez que alguns atores preferiram receber os roteiros das entrevistas e respondê-los por escrito, sem a presença da pesquisadora.

A pesquisa buscou atingir quatro atores: os julgadores, em primeira e segunda instância, das demandas de saúde, a Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, os membros do Comitê Executivo do Estado do Maranhão e a Conselheira do CNJ que coordena o Comitê Executivo Nacional do Fórum do Judiciário para a Saúde.

O método de análise utilizado foi o da análise de conteúdo, técnica de pesquisa destinada à descrição objetiva e sistemática dos conteúdos (expressos e implícitos) das comunicações. O parâmetro de análise adotado foi o da teoria de justiça como equidade de John Rawls.

5.1 A eficácia das recomendações do CNJ entre os magistrados maranhenses

Quanto ao primeiro grupo de atores da pesquisa (os julgadores das demandas de saúde), o objetivo inicial era a realização de entrevistas com os quinze desembargadores que compõem as cinco Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado Maranhão e os cinco juízes que respondem pelas Varas da Fazenda Pública de São Luís que lidam com as demandas de saúde²³, sendo que a pesquisa conseguiu atingir oito desembargadores e três juízes.

Entre os oito desembargadores participantes, cinco concederam entrevista semiestruturada (os quais serão identificados como: Desembargador 1, Desembargador 2, Desembargador 3, Desembargador 4 e Desembargador 5) e três responderam o questionário escrito (identificados na pesquisa como: Desembargador 6, Desembargador 7 e Desembargador 8). Dos juízes, dois concederam entrevista (identificados como Juiz 1 e Juiz 2) e um respondeu o questionário (identificado como Juiz 3).

Observa-se que sete desembargadores não cooperaram com o estudo: um não foi

²³ No Maranhão não existe Vara Especializada da Saúde, embora exista a Recomendação 43/2013 do CNJ orientando os Tribunais a especializarem as varas que cuidam das demandas de saúde. Em São Luís, essas demandas são apreciadas pelas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Varas da Fazenda Pública.

encontrado até a finalização da pesquisa²⁴; três se recusaram a participar (um por ainda não ter lidado com questões de saúde no Tribunal, outro por estar muito atarefado com atividades de rotina e o último por achar que não era a pessoa mais adequada para responder às perguntas); e com três desembargadores a pesquisadora não conseguiu ter qualquer contato, já que o roteiro foi deixado com a assessoria, que posteriormente informou que os referidos desembargadores ou não teriam tempo para contribuir ou ainda não haviam respondido o questionário até aquele momento. Além dos sete desembargadores, dois juízes não participaram da pesquisa: um se recusou a responder por ainda não ter apreciado demandas de saúde, o outro não foi encontrado até a finalização da pesquisa²⁵.

Tabela 1 - Participação dos magistrados na pesquisa

	Desembargadores	Juízes	Total
entrevistados	5	2	7
responderam ao Questionário	3	1	4
contato apenas com a assessoria	3	---	3
recusaram a participação	3	1	4
não foram encontrados	1	1	2

Fonte: Dados da pesquisa

Dessa forma, participaram da entrevista apenas onze magistrados (oito desembargadores e três juízes), o que representa pouco mais da metade do número inicialmente pretendido. Esse resultado demonstra que o Poder Judiciário maranhense, apesar dos esforços do próprio Poder (diga-se, em nível nacional) em romper com o seu isolamento peculiar, ainda é pouco aberto à sociedade, na medida em que há muita dificuldade no acesso aos seus membros pela academia.

Percebe-se, assim, que parte dos magistrados está condicionada ao dogma do necessário distanciamento entre o juiz e o cidadão, sem observar que, ao agirem dessa forma,

²⁴ Apesar de a pesquisadora ter ido ao gabinete do desembargador três vezes, em duas a assessoria informou que ele estava de férias e em outra que ele não se encontrava naquele momento. O requerimento solicitando a participação na pesquisa não foi recebido.

²⁵ Apesar de a pesquisadora ter ido ao gabinete do juiz quatro vezes. Na primeira foi informado que naquele dia ele não realizava atendimento, em outras duas vezes o juiz estava de férias e, na última, o juiz não foi encontrado, em que pese a pesquisadora ter ficado esperando por ele durante quase duas horas. A assessoria se recusou a receber o requerimento.

acabam por se transformar nos principais obstáculos aos paradigmas de transparência e aproximação da sociedade que há muito se anunciam como indispensáveis ao Poder Judiciário, que, apesar de não raro esquecer, também é um Poder democrático e, por isso, sujeito ao controle social. Conforme Ramos (2010, p. 262), o Poder Judiciário do século XXI “[...] deve se tornar transparente, aberto e acessível à população” já que o controle

[...] pela sociedade e pelos próprios juízes é requisito da democracia e, além disso, será a garantia de eliminação de ações e omissões que escondem ou protegem irregularidades e improbidades com pretexto de preservar a independência e que impedem o Judiciário de ser um verdadeiro Poder democrático (RAMOS, 2010, p. 264).

O Poder Judiciário precisa deixar observar-se por um olhar não apenas interno (o CNJ), mas também, e sobretudo, por olhares externos, pois somente assim poderá efetivamente reconhecer as suas falhas e perceber as necessidade de redimensionar suas funções, comportamento e estrutura. Ressalte-se que a pesquisa acadêmica pode ser um importante auxílio no processo de renovação.

O roteiro da entrevista semiestruturada realizada com os juízes e desembargadores compôs-se de oito questionamentos, que objetivaram verificar, de um modo geral, se os magistrados conheciam e aplicavam as recomendações do CNJ para a melhoria da prestação jurisdicional em saúde (entrevistas e questionários em apêndice).

A primeira pergunta feita aos juízes e desembargadores foi a seguinte: “Como Vossa Excelência percebe o processo de judicialização e as ações do Conselho Nacional de Justiça para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde?”.

Quanto à percepção dos cinco desembargadores entrevistados sobre a judicialização da saúde, um não emitiu qualquer comentário, dois tiveram uma percepção crítica²⁶ do assunto e dois encararam a judicialização sob uma perspectiva apenas favorável. Entre os três que participaram respondendo ao questionário, apenas um mencionou os aspectos problemáticos que o fenômeno pode ensejar, os demais mencionaram somente o lado bom da judicialização, tendência que foi seguida por todos os juízes que participaram da pesquisa.

²⁶ Percebendo os aspectos positivos e negativos da judicialização da saúde.

Tabela 2 - Percepção dos juízes sobre o fenômeno da judicialização da saúde

Percepção	Desembargadores	Juízes	Total
crítica	3	0	3
favorável	4	3	7
não emitiu comentário	1	0	1

Fonte: Dados da pesquisa

Conforme se observa, mais da metade dos magistrados pesquisados decidem as ações envolvendo o direito à saúde tendo uma postura teórica favorável à judicialização, entendendo, no geral, que, diante da previsão do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e da omissão do Poder Público em efetivá-lo, faz-se necessária a atuação do Poder Judiciário para a sua concretização, sem fazer qualquer observação sobre os cuidados e critérios que devem adotar para solucionar as demandas que merecem ou não intervenção judicial.

Nesse grupo, devem-se destacar duas respostas que chamaram atenção por não fazer ressalvas sobre os efeitos reflexos desse fenômeno. O Desembargador 6 asseverou que, diante da inércia e omissão do Poder Público, é “sobretudo positiva a judicialização da matéria, mormente tendo em vista a tomada de consciência dos cidadãos como sujeitos titulares de direitos”. Já o Desembargador 8 destacou que percebe a judicialização “como uma manifestação positiva do ativismo judicial, o Judiciário não pode ficar alheio às reivindicações sociais, ao clamor do cidadão desamparado pelo Poder Público”.

Há, ainda, a fala do Juiz 2 que ressaltou que “a judicialização foi benéfica à sociedade, porque encheu as prateleiras dos tribunais e, em função das inúmeras decisões judiciais, chamou a atenção do Poder Público, ocorrendo melhorias, já que o Executivo se viu na obrigação de fazer com que alguns meios melhorassem a atividade na saúde a fim de minimizar as intervenções judiciais”.

É inegável que, frente ao déficit ou carência de políticas públicas, a judicialização é fator imprescindível para a efetivação do direito fundamental à saúde. Todavia, é preciso ter em mente que nem toda e qualquer prestação se insere no âmbito de proteção deste direito, devendo o Poder Judiciário agir com cautela em sua densificação. Além do mais, faz-se necessário diferenciar o que é direito e o que é apenas interesse, devendo o Poder agir para tutelar direitos e não interesses particulares. E por direito social entende-se que é aquele que está previsto em lei e, por conseguinte, é amparado por políticas públicas, essa imposição

somente pode ser afastada quando, por trás de uma demanda individual requerendo prestação não abrangida por política pública houver um problema de ordem coletiva a justificar a atuação ativista do Poder Judiciário. No campo da judicialização da saúde, os magistrados têm de agir com cautela, uma vez que o fenômeno pode abalar a própria estabilidade das instituições democráticas, na medida em que o Poder, nas demandas de saúde, se vê obrigado a se imiscuir nas áreas de alocação de recursos e de prioridade do Estado, sem ter na maioria das vezes *capacidade institucional* para tanto. Nesse momento, é imperioso mencionar, mais uma vez, as lições de Barroso, quando adverte

[...] Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido a profusão de decisões extravagantes ou emocionais em material de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Três desembargadores entrevistados, em linhas gerais, adotaram o mesmo posicionamento de Barroso (2012b). O Desembargador 1 disse que “o Judiciário não deve deferir situações não previstas em lei e ter o cuidado necessário para que as decisões sejam aplicáveis a cada caso”. Já o Desembargador 3 entendeu que é preciso um ativismo contido nas ações de saúde, “sob pena de o Judiciário ocupar indevidamente o administrador público”. E, por fim, o Desembargador 7 pontuou que “deve haver cautela na análise acerca do impacto dessas demandas no sistema público de saúde, considerando que, em regra, se referem a bens de saúde individuais (medicamentos e insumos), não abrangendo políticas coletivas”. Estes foram os únicos que apresentaram uma reflexão sobre o fato de que não é o Poder Judiciário o protagonista na concretização das políticas públicas de saúde.

Ainda com relação ao primeiro questionamento, verificou-se que a maioria dos magistrados desconhece as ações do Conselho Nacional de Justiça para o aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde. Entre os desembargadores entrevistados, ressaltou-se as palavras do Desembargador 1 afirmando categoricamente que “até o momento há um total desconhecimento quanto às determinações e resoluções [do CNJ]”. Dois desembargadores foram evasivos em suas respostas, não demonstrando qualquer conhecimento das recomendações do Conselho. Somente dois demonstraram certa ciência sobre as recomendações do órgão, o Desembargador 3, que se disse “absolutamente favorável (à política) porque disciplina a concessão de liminares”, e Desembargador 5 ao registrar que “o CNJ tem orientado e dado suporte para melhorar o atendimento, organizando os grupos de monitoramento. A ação é importante porque organiza as decisões judiciais sobre a matéria e

porque dá alguns balizamentos nas liminares e decisões judiciais”.

Por sua vez, dois dos três desembargadores que responderam ao questionário não emitiram qualquer consideração sobre o as ações do Conselho na seara da judicialização da saúde. Apenas o Desembargador 7 considerou em sua resposta essas ações, pontuando que “a Recomendação nº 31/2010 do CNJ revela atuação positiva desse colegiado nas demandas dessa natureza, no abordar aspectos essenciais relacionados à judicialização da saúde”, todavia, sem mencionar especificamente qualquer das orientações do Conselho.

Com relação aos dois juízes entrevistados, observa-se que o Juiz 1 não conseguiu formular uma resposta ao primeiro questionamento, tendo em vista que apenas discorreu sobre a importância da saúde como direito consagrado na Constituição Federal e, ao final, disse que o CNJ tem entrado na luta para garantir à população o acesso à saúde, destacando, ainda, a atuação do Ministério Público e da Defensoria nesse processo. O Juiz 2, por sua vez, destacou que, em função das inúmeras decisões judiciais, o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Saúde e outros órgãos se juntaram para implementar formas de atender melhor os cidadãos e reduzir as demandas judiciais, destacando que “o CNJ vem há cinco, seis anos fazendo incursões nessa seara, criando conselhos estaduais”.

O único juiz que respondeu na forma de questionário pontuou que “as ações do Conselho Nacional de Justiça, a respeito [da judicialização da saúde], estão voltadas para a efetivação desse direito, a exemplo da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, que sugere aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito para assegurar maior eficiência das demandas envolvendo a matéria”. Não citou especificamente as medidas recomendadas pelo CNJ.

Tabela 3 - Conhecimento dos magistrados sobre os atos normativos e recomendações do CNJ na seara da judicialização da saúde

Política do CNJ sobre a saúde	Desembargadores	Juízes	Total
grande conhecimento	0	0	0
pouco conhecimento	3	2	5
nenhum conhecimento	5	1	6

Fonte: Dados da pesquisa

Dessa forma, observa-se que, apesar de possuírem quase cinco anos de existência, as recomendações e enunciados científicos editados para fornecer parâmetros decisórios aos magistrados nas ações de saúde ainda não são conhecidos (e quando conhecidos o são de

modo superficial) e tampouco são por eles utilizados. Esse cenário se deve ao fato de o CNJ não conseguir atingir o público-alvo de sua política por meio de uma estratégia adequada de divulgação, já que incumbe a divulgação da política quase que exclusivamente ao Tribunal de Justiça do Maranhão e o Comitê Executivo Estadual, os quais não vêm logrando êxito nessa missão, devendo-se destacar que até agora foi realizado somente um Fórum Estadual para o debate e disseminação das práticas recomendadas pelo CNJ para a judicialização da saúde.

Mas a questão é mais profunda, perpassando pelos próprios limites e possibilidades do órgão na implementação da política judiciária da saúde, uma vez que foi instituído pela Emenda Constitucional 45/2004 com funções notadamente de controle administrativo e disciplinar. A função de defender e garantir os direitos fundamentais ultrapassa as competências que lhe foram atribuídas constitucionalmente, sendo, na verdade, fruto de uma postura pessoal de um dos ex-presidentes do Conselho, o Ministro Gilmar Mendes.

Dessa forma, tem-se que o CNJ – em virtude de não ter sido criado para essa missão e, por consequência, não possuir a estrutura necessária para o seu cumprimento – pode até criar políticas para a efetivação das garantias fundamentais, mas terá um poder muito limitado para implementá-las, pois não tem como controlar as decisões judiciais e fazer com que os juízes as observem. As suas recomendações na área da judicialização da saúde, portanto, têm (e sempre terão) o caráter de mera carta de boas intenções, que serão observadas pelos juízes conforme lhes aprouver.

A incapacidade de controlar as decisões dos magistrados poderia ser atenuada se o CNJ conseguisse suscitar um efetivo debate de alcance nacional no âmbito do Poder Judiciário sobre os problemas gerados pela judicialização da saúde, de modo a envolver o maior número possível de magistrados. Todavia, o Conselho ainda não conseguiu isso, em que pese o órgão realizar encontros anuais para o debate do tema. Em tais encontros o índice de participação de juízes maranhenses é muito baixo²⁷ (situação que também pode ser atribuída por falta de penetração do CNJ no Poder Judiciário maranhense). Ademais, os enunciados aprovados nesses eventos quase não têm reflexos nas decisões envolvendo o direito à saúde, visto que são completamente desconhecidos pelos magistrados brasileiros, situação, inclusive, reconhecida na própria entrevista realizada com a Conselheira do CNJ responsável pela condução do Fórum do Judiciário para a Saúde, a qual será analisada a seguir.

²⁷ A assessoria da Coordenadora do Comitê Executivo Nacional informou que apenas dois juízes maranhenses se inscreveram na II Jornada de Direito à Saúde realizada em março/2015 na cidade de São Paulo.

Assim, conclui-se que o Conselho Nacional de Justiça foi colocado como um ator de uma política pública judiciária sem ter a devida capacidade institucional para tanto, devendo o Poder Judiciário repensar sobre a necessidade de mudanças em sua condução (reflexão que será trabalhada detidamente a partir da análise da entrevista da Conselheira do CNJ).

O segundo questionamento formulado foi o seguinte: “Vossa Excelência costuma acionar os gestores de saúde antes de conceder medidas liminares?”.

Dos cinco desembargadores entrevistados, apenas dois disseram que costumam ouvir os gestores. O Desembargador 1 frisou que “costuma adotar essa medida, mas não em razão da divulgação da prática pelo Comitê [Executivo Estadual do Fórum da Saúde”. E o Desembargador 3 afirmou que atualmente costuma acionar os gestores nessas situações, “depois das perplexidades geradas e da complexidade dos casos. É preciso ter cuidado para não criar um *Robin Hood* às avessas, concedendo para quem já tem acesso”. Entretanto, os dois julgadores não informaram a forma como fazem a consulta aos gestores antes de apreciar pedidos de urgência. Dos desembargadores que responderam o questionário, todos admitiram que não adotam a providência, situação semelhante a de um juiz entrevistado e a do que também contribui através de questionário.

Entre os juízes, somente o Juiz 2 afirmou que “há um protocolo. Nas ações de internação acionam primeiro a central de leitos, resolvendo rapidamente a questão, o que gera o não prosseguimento dos processos. É uma medida que decorreu de encontros com juízes, gestores dos Tribunais, Secretários de Saúde, gestores da Administração, Defensoria Pública, Ministério Público”. A medida é extremamente relevante, uma vez que constitui uma prática de desjudicialização das demandas de saúde. Esse protocolo, todavia, não foi citado pelos outros juízes das Varas da Fazenda Pública participantes da pesquisa.

Tabela 4 - Acionamento dos gestores de saúde antes de conceder medidas liminares

Acionamento dos gestores de saúde	Desembargadores	Juízes	Total
sim	2	1	3
não	6	2	8

Fonte: Dados da pesquisa

Conforme é possível verificar na tabela acima, a maioria dos magistrados participantes não ouvem os gestores públicos antes de apreciarem medidas liminares, sendo

que na maioria das falas deste grupo o fator urgência foi citado como justificativa para a ausência de oitiva dos gestores, devendo-se destacar as palavras do Juiz 3, que aduziu: “medidas liminares, pela sua natureza, exigem, urgência na sua apreciação e decisão. Além do mais, o magistrado, em princípio, não acumula entre suas funções a realização de diligências, devendo examinar os pleitos de acordo com a prova produzida pelos interessados. Ressalte-se que nada impede a realização de diligência, mas nosso sistema jurídico não está aparelhado para efetivá-las adequadamente, em casos específicos, sem a colaboração de outros profissionais nem sempre vinculados ao juízo”. Esta fala revela o completo desconhecimento por parte do juiz acerca da orientação do CNJ quanto à oitiva dos gestores público. Cite-se, ainda, a resposta do Desembargador 8 para quem “não há tempo para tomar essa providência.

Sobre os pedidos liminares em saúde, é importante deixar claro que a urgência de um pedido liminar envolvendo o direito à saúde nem sempre quer dizer que a decisão deve ser prolatada de imediato. Há casos que podem esperar e nesses é salutar a consulta ao gestor público, pois a simples oitiva (até mesmo de modo informal através de ligação telefônica, *email* e aplicativos de comunicação instantânea) pode resolver o problema sem ter a necessidade de se prosseguir com o processo ou até mesmo mostrar para o juiz que o pedido deve ser julgado improcedente. Além disso, a medida permite ao julgador uma melhor compreensão do funcionamento das políticas públicas em saúde, o esclarecimento de questões técnicas que os magistrados não dominam, a verificação da adequação e necessidade da pretensão requerida e se o demandante já foi beneficiado administrativamente ou se está tentando burlar as filas para a obtenção de algum tratamento.

Souza, comentando a situação do Estado de Rio de Janeiro (diga-se muito semelhante a do Maranhão) onde se “constatou que em 100% dos processos judiciais selecionados o juiz concedeu liminarmente o fornecimento de prestações pleiteadas admitindo a urgência dos pedidos dos autores em face do alegado dano irreversível à sua saúde”, afirma que:

[...] O número chega a ser chocante e demonstra com clareza o pano de fundo emocional que dita o tom das discussões relacionadas com as demandas sanitárias individuais. Embora reconheça que é muito mais tranquilizador para um julgador deferir liminarmente determinado pedido no qual se alega a urgência de determinada intervenção médica, não posso admitir que a concessão de liminares se torne uma praxe que desconsidere totalmente qualquer tentativa racionalizadora empreendida pela administração sanitária. Sempre o juiz deve ter em mente que eventual decisão alocativa explícita traz com ela uma decisão desalocativa implícita. Em outras palavras: que a concessão indiscriminada de liminares impede que os recursos que deveriam ser economizados em situações não emergenciais sejam alocados da melhor forma possível em benefício dos milhões de rostos que não tiveram acesso ao Judiciário (SOUZA, 2013, p. 350-351).

O autor defende que é absolutamente recomendável a aproximação entre os profissionais da área jurídica e os da área da saúde a fim de que os primeiros possam compreender melhor o fenômeno da urgência médica e, por conseguinte,

[...] munidos de maiores informações sobre as consequências do não fornecimento imediato de determinada prestação sanitária, os juízes pudessem exercer um controle um pouco mais rígido sobre a concessão de liminares sem tomar como parâmetro apenas argumentos emocionais trazidos unilateralmente pelo autor da demanda. Certamente esse seria um passo importante para a racionalização da virtuosa interação entre juízes e administradores aqui defendida (SOUZA, 2013, p. 352).

Ainda sobre o segundo questionamento da pesquisa é importante frisar a resposta ao questionário do Desembargador 6, que afirmou não acionar os gestores de saúde antes de conceder medidas liminares “tendo em vista a independência dos Poderes”, pensamento que já foi superado há muito, na medida em que, no atual estágio, não há como se compreender os Poderes como se estivessem totalmente separados entre si. O diálogo interinstitucional é absolutamente indispensável, sobretudo, nas ações de saúde em razão da *capacidade institucional* do Poder Judiciário e dos *efeitos sistêmicos* de suas decisões.

Ressalta-se, por fim, a resposta escrita do Desembargador 7 que disse que, para que a recomendação do CNJ possa ser observada, “o Tribunal deve disponibilizar os correios eletrônicos dos gestores públicos”. Essa fala demonstra que o TJMA não vem fornecendo meios para o cumprimento, pelo menos, da recomendação do CNJ quanto à oitiva dos administradores públicos.

O terceiro questionamento formulado foi o seguinte: “Vossa Excelência já concedeu, em algum momento, medicamento não registrado na ANVISA? Se sim, Vossa Excelência verificou, antes da decisão, se o demandante fazia parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios? Em caso positivo, exigiu que os laboratórios assumissem a continuidade do tratamento?”

Relativamente aos desembargadores entrevistados, três não concederam medicamentos desprovidos de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e dois já deferiram o pedido: o Desembargador 1, que se restringiu a buscar “informações sobre o medicamento”, e o Desembargador 3, o qual afirmou que a decisão foi proferida com base em “parâmetro do STF, que confere força normativa ao dispositivo constitucional em caráter absoluto”, ressaltando, todavia, que “está redimensionando” a decisão. Todos os desembargadores que colaboraram na forma de questionário informaram que nunca concederam medicamento experimental ou não registrado na ANVISA. Entre os juízes, apenas o entrevistado Juiz 1 concedeu, justificando a decisão pelo fato de o pedido “ter vindo balizado com laudo médico, não tendo como discuti-lo, já que o CNJ e o TJMA ainda não

colocaram uma estrutura médica para subsidiar os juízes”. Dois juízes, portanto, nunca concederam esse tipo de medicamento, tendo o Juiz 2 realçado que “há um consenso entre os juízes da Fazenda Pública de não fornecer medicamentos não registrados na ANVISA, consenso que foi, inclusive, anterior à recomendação do CNJ”. Essa decisão conjunta não foi pontuada pelos outros juízes que participaram da pesquisa.

É importante mencionar que nenhum dos três julgadores que concederam medicamento não registrado na ANVISA adotou a recomendação do CNJ de verificar, antes da decisão, se o requerente fazia parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios.

Tabela 5 - Concessão de medicamento não registrado na ANVISA

Concessão de medicamento experimental ou não registrado na ANVISA	Desembargadores	Juízes	Total
sim	2	1	3
não	6	2	8

Fonte: Dados da pesquisa

Webber (2013, p. 57-58) aponta que para aprovação de medicamentos no Brasil, é necessário seguir algumas fases. Na fase pré-clínica, são realizados testes em animais. Durante a fase I, iniciam os testes com seres humanos voluntários que estejam estáveis (um grupo de 20 a 100 pessoas), objetivando “verificar, em curto prazo, e de forma até limitada, a segurança do medicamento para pessoas que já foram afetadas pela doença que o medicamento pretende combater”. Na fase II, os testes se expandem para um grupo de 100 a 200 voluntário, “portadores da doença que o fármaco testado visa combater ou curar”. Na fase III, “iniciam os estudos em larga escala em pessoas que são infectadas pela doença, momento em que se expandem os testes para outros países além do país onde a droga está sendo desenvolvida”, nessa etapa começam a ser apurados os efeitos colaterais e as vantagens terapêuticas e econômicas do medicamento sobre outros que já existam no mercado. Conforme a autora,

Após a Fase III, o medicamento já recebe (ou não) aprovação para ser comercializado. Ou seja, a partir deste momento, na denominada Fase IV, realizam-se pesquisas de vigilância pós-comercialização para estabelecer o valor terapêutico, o surgimento de novas reações adversas e a verificação da frequência dos efeitos colaterais já indicados e previstos na bula do medicamento. Contudo, estes estudos limitam-se às características com que o medicamento foi liberado para a comercialização, sejam eles em relação à indicação da patologia ou à posologia (WEBBER, 2013, p. 58).

Somente após essas etapas o medicamento obterá registro na ANVISA, sendo o registro no órgão a única garantia da qualidade, eficácia e segurança do fármaco. O Poder Judiciário tem que evitar o fornecimento de medicamentos experimentais, entendidos como aqueles “que não têm eficácia comprovada pela Anvisa ou que não estão recomendados para utilização na patologia para o qual foram prescritos (*off label*)” (WEBBER, 2013, p. 61). Webber (2013, p.178), ainda, pontifica que:

[...] o Sistema com competência funcional para decidir se um medicamento pode ou não ser consumido por uma pessoa é o Sistema de Saúde, através da Anvisa. Por isso, o Sistema do Direito assume uma função que não lhe pertence ao deferir estes pedidos, gerando corrupção em suas decisões que são de alto risco quando procedentes, pois passam a decidir sobre algo que não tem competência e que não tem conhecimento, o qual não pode ser suprido por uma tradução pericial. Resultado é que a vida de inúmeras pessoas é colocada em risco.

Finalmente, após todas as observações feitas, denota-se que há um paradoxo que, até o momento, não encontrou nenhum suplemento capaz de superá-lo: toda e qualquer decisão proferida nas ações que pleiteiam medicamentos experimentais é ruim. Se julgadas procedentes, há um excesso de risco e uma extrapolação do código do sistema; se a decisão for pela improcedência, o cidadão ficará desamparado e pode vir a falecer (embora tomando um medicamento sem eficácia comprovada também e até mesmo em razão dele). Por isso que nenhuma das decisões é boa, mas elas precisam ser proferidas e se é necessário tomar uma decisão, nesta lógica paradoxal, por tudo o que foi dito até o momento é preferível gerenciar o risco e manter a autopeise do sistema do que se render a outros fundamentos e conceder o tratamento.

No sentido do posicionamento da autora, o Desembargador 8 respondeu ao questionamento afirmando que “não há tempo, nem estrutura organizada para tomarmos essa providência”. Com efeito, o Poder Judiciário, nessa seara, precisa reconhecer as suas limitações e indeferir estes pleitos, uma vez que as pessoas, às vezes em atitude de total desespero em busca da cura de doenças, se submetem ao uso de medicamentos e tratamentos que, em vez de melhorar, podem piorar o seu estado de saúde. O Poder Judiciário não “pode decidir positivamente sobre esses pedidos de tratamentos ainda não aprovados, diante do risco envolvido da decisão” (WEBBER, 2013, p.177), tampouco pode obrigar o Estado a patrocinar esse jogo de loteria, passível de trazer sérios efeitos à saúde dos pacientes e implicar no dispêndio de vultosos recursos públicos.

O quarto questionamento formulado aos magistrados foi o seguinte: “Quando sua decisão é no sentido de garantir uma prestação abrangida por política pública, Vossa Excelência determina, caso o demandante não faça parte, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas?”.

Apenas dois desembargadores entrevistados responderam positivamente à questão. Dos três que não determinam a inscrição do demandante nos devidos programas de

políticas públicas, dois atribuíram esse fato à ausência de conhecimento e divulgação desta orientação do CNJ, o Desembargador 1 disse que “nunca tomou esse cuidado, pois não conhecia a recomendação” e o Desembargador 3 afirmou que não faz “por falta de divulgação das ações do Comitê Executivo”. Entre os três que responderam o questionário, todos não adotam o procedimento. Quanto aos juízes, a situação é diferente, visto que todos informaram que determinam a inscrição ao deferirem uma prestação em saúde abrangida por política pública.

Tabela 6 - Determinação de inscrição nos programas de política pública

Determinação da inscrição nos programas de políticas públicas	Desembargadores	Juízes	Total
sim	2	3	5
não	6	0	6

Fonte: Dados da pesquisa

É importante destacar a fala do Juiz 3, que afirmou que “a inscrição do beneficiário nos respectivos programas é um importante instrumento para a padronização dos procedimentos e redução de custos”. De fato, a recomendação do CNJ visa que, em necessidades de prestações futuras, o usuário não precise mais se valer do Poder Judiciário, havendo assim redução dos custos e respeito aos procedimentos de concessão das políticas em saúde, que muitas vezes não são observados pelos magistrados ao prolatarem as suas decisões.

Ao quinto questionamento, qual seja: “Vossa Excelência já fez algum curso sobre direito sanitário? Qual? Tem conhecimento de algum curso sobre a temática promovido pela ESMAM?”, a maioria dos oito desembargadores afirmou nunca ter realizado cursos específicos na área de direito sanitário, sendo que apenas um deles, o Desembargador 3, disse que a Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão já promoveu um curso, não sabendo, todavia, se foi destinado para os juízes. Três desembargadores declararam ter participado de curso de direito sanitário promovido pela ESMAM. Entre os juízes, apenas o Juiz 1 participou de curso promovido pela ESMAM, os outros dois informaram que não fizeram qualquer curso específico, tendo o Juiz 2 afirmado que os colegas que participam do Comitê Executivo Estadual foram a encontros de direito sanitário e, posteriormente, repassaram as experiências obtidas nos eventos.

Tabela 7 - Participação em cursos de direito sanitário pela ESMAM

Participação em cursos de direito sanitário	Desembargadores	Juízes	Total
sim	3	1	4
não	5	2	7

Fonte: Dados da pesquisa

Percebe-se que mais da metade dos julgadores pesquisados não participou de qualquer curso de direito sanitário promovido pela ESMAM, sendo que desse grupo a maioria afirmou não ter conhecimento de cursos organizados pela Escola. No entanto, um dos desembargadores afirmou que, sob a sua direção, foram realizados dois cursos sobre a temática, inclusive, com a participação dos Secretários de Saúde estadual e municipal.

Com efeito, em rápida pesquisa pela internet, é possível verificar que a ESMAM, no ano de 2012, promoveu dois eventos dedicados ao estudo da judicialização da saúde e direcionado aos magistrados maranhenses. O primeiro, com o tema “Judicialização da saúde”, foi realizado em julho/2012 tendo por fim “capacitar os magistrados maranhenses sobre as prerrogativas do Sistema Único de Saúde (SUS) e a Política Nacional de Saúde no âmbito de cada região de atuação dos magistrados maranhenses”(MARANHÃO, 2012a, p. 1).

O segundo evento foi o I Fórum Estadual do Judiciário para a Saúde do Maranhão, que aconteceu em dezembro/2012 e possibilitou a discussão dos seguintes temas: tutelas antecipatórias e sua efetividade como meio de acesso ao direito à saúde pública, o papel da Agência Nacional de Saúde, a Defensoria Pública e o direito à saúde, a saúde dos idosos e os desafios do envelhecimento da população e o diagnóstico da saúde pública no Estado (MARANHÃO, 2012b).

Diante das respostas dos magistrados, percebe-se que a participação nesses eventos foi muito restrita, circunstância que pode ser atribuída à falta de interesse dos juízes e desembargadores com relação ao tema ou à baixa divulgação dos eventos pela ESMAM.

Tem-se que a ausência de participação da maioria dos julgadores das ações de saúde nestes eventos é maléfica ao amadurecimento das reflexões sobre a judicialização da saúde e a própria melhora das decisões judiciais nessa seara, uma vez que impede o conhecimento das recomendações do CNJ assim como a compreensão do funcionamento das políticas públicas de saúde, além de impossibilitar o compartilhamento de experiências sobre as ações de saúde e a busca de medidas conjuntas para a resolução dessas demandas.

Verifica-se, também, que a ESMAM não promove um ambiente contínuo de discussões sobre o fenômeno da judicialização da saúde, já que os últimos seminários para estudo e mobilização na área foram realizados há quase três anos. Quanto ao ponto, é importante realçar que o atual Vice-Presidente da Escola, em sua entrevista, disse que “vai colocar a temática dentre as opções a serem oferecidas pela ESMAM”. Espera-se que o Poder Judiciário maranhense não se debruce apenas esporadicamente sobre o estudo do tema, mas que estabeleça um espaço de diálogo permanente entre os magistrados, demais profissionais da área jurídica, gestores públicos e sociedade civil.

O sexto questionamento apresentado aos magistrados foi o seguinte: “A Corregedoria já propiciou a Vossa Excelência visita aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde públicas ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e hospitais habilitados em oncologia? Em caso negativo, o senhor já realizou a visita por iniciativa própria?”.

Todos os julgadores das ações de saúde participantes da pesquisa foram unânimes na declaração de que a Corregedoria não promoveu as visitas recomendadas pelo Conselho Nacional de Justiça na Recomendação nº 31/2010, sendo que apenas o Desembargador 5 teve contato com as entidades por iniciativa própria e os Juízes 1 e 2 em virtude de inspeção judicial.

Tabela 8 - Realização de visitas aos conselhos e unidades de saúde públicas ou conveniadas ao SUS

Realização de visitas aos conselhos e unidades de saúde	Desembargadores	Juízes	Total
sim	1	2	3
não	7	1	8

Fonte: Dados da pesquisa

Deve-se destacar a afirmativa do Desembargador 3 ao aduzir que “nunca houve uma ação dirigida do Judiciário no sentido de subsidiá-los para a medida”, o que evidencia que as orientações do CNJ não estão sendo observadas sequer em nível institucional, revelando, por consequência, a baixa eficácia da política pública conduzida pelo Conselho no âmbito do Poder Judiciário maranhense. Considera-se que é imprescindível a promoção de uma visita institucional às entidades de saúde públicas ou conveniadas ao SUS a fim de possibilitar aos juízes maior compreensão sobre o seu funcionamento e estrutura destes locais,

o que, por conseguinte, propiciará decisões judiciais mais adequadas à realidade da saúde pública maranhense.

O sétimo questionamento da pesquisa demandava: “Ao decidir sobre uma demanda de saúde, Vossa Excelência pode contar com um núcleo de apoio técnico (NAT) ao Judiciário, composto por profissionais da área da saúde?”.

Entres os desembargadores entrevistados, quatro disseram que não existe um NAT para lhes auxiliar nos processos envolvendo o direito à saúde em que pese a importância da instituição desse núcleo. O Desembargador 5, todavia, afirmou que o NAT já foi instituído, “mas que muita gente nem sabe de sua existência”, confundindo o núcleo de apoio técnico com o Comitê Executivo Estadual, o qual é responsável apenas pelo monitoramento das demandas de saúde no Estado do Maranhão e pela proposição de medidas concretas e normativas de subsídio aos magistrados.

O Desembargador 8, que contribuiu através do questionário, também registrou que tem informação de que “no 1º grau (no Fórum da Capital) existe essa comissão”, embora nada tenha dito sobre se pode contar ou não com o assessoramento técnico. Os outros dois desembargadores que participaram por meio de respostas escritas, assim como os três juízes, responderam negativamente à pergunta.

Tabela 9 - Possibilidade de o magistrado contar com um núcleo de apoio técnico em suas decisões

Auxílio do NAT	Desembargadores	Juízes	Total
sim	1	0	1
não	6	3	9
resposta inconclusiva	1	0	1

Fonte: Dados da pesquisa

De todas as respostas ao sétimo questionamento, a fala do Desembargador 3 chamou muita atenção, uma vez que segundo ele a criação do NAT “foi uma proposta institucional apresentada pelo novo Governador do Estado”, que em reunião com desembargadores do TJMA propôs a criação de um órgão específico para lidar com as demandas de saúde. Essa fala revela o completo desconhecimento das proposições do CNJ, já que desde 2010 o órgão recomendou aos Tribunais brasileiros a celebração de convênios com o objetivo de “disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação de questões

clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde” (Recom. 31/2010, I “a”) (BRASIL, 2010, p. 5).

Deixadas de lados as críticas já expostas à conformação do NAT delineada pelo CNJ, tem-se por imprescindível o fornecimento desse apoio técnico aos magistrados, pois é necessário um olhar transdisciplinar sobre as questões de saúde, que não raro demandam conhecimentos técnicos, científicos e econômicos alheios à capacidade do juiz. A institucionalização desse núcleo, que até agora não foi criado no Estado do Maranhão, é um fator indispensável para a racionalização das decisões judiciais, na medida em que o NAT pode conferir a elas maior segurança, qualidade, eficácia e conformação ao caso concreto. Souza, comentando a experiência do Rio de Janeiro, consigna que

[...] Segundo relatos a experiência vem se mostrando extremamente positiva, contribuindo não só para permitir um controle judicial mais rígido acerca dos pedidos, mas também para permitir o dismantelamento de esquemas fraudulentos que se utilizam das demandas individuais para dilapidar recursos sanitários escassos. Além disso, conforme depoimento dos magistrados envolvidos na experiência, o parecer negativo do NAT funciona como um importante instrumento capaz de tranquilizar o julgador no momento da análise deste tipo de demanda, nas quais indiscriminadamente se alega o risco de morte do autor (SOUZA, 2013, p. 355-356).

O NAT, apesar da necessidade de aprimoramento da sua composição, é um importante instrumento para a mitigação da influência do sentimentalismo nas decisões judiciais e da baixa *capacidade institucional* do Poder Judiciário para a intervenção no campo das políticas públicas de saúde.

O oitavo e último questionamento formulado aos juízes buscou verificar a situação do “diálogo entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário no que se refere à judicialização da saúde”.

Entre os desembargadores entrevistados, o Desembargador 1 considerou que o diálogo é péssimo; o Desembargador 4 entendeu que “deveria haver um diálogo maior entre o Executivo e o Judiciário, pois o magistrado fica em um dilema quando precisa decidir e o Estado não tem estrutura”; os Desembargadores 3 e 5 reconheceram que houve uma melhora, sendo que o primeiro a atribuiu a melhora à nova gestão enquanto o segundo ao fato de no Comitê Executivo Estadual haver representantes do Estado e do Tribunal; e, por fim, o Desembargador 3 ao dizer que “o diálogo é muito bom e deverá permanecer assim”. Dois dos desembargadores que responderam ao questionário aduziram que o diálogo é incipiente (Desembargadores 6 e 7) e um, o Desembargador 8, aduziu que a tendência é a intensificação do diálogo, já existindo iniciativas nesse sentido.

Dos juízes entrevistados, o Juiz 1 destacou a aproximação recente do Poder Judiciário com o Poder Executivo e o Juiz 2 considerou que há um bom relacionamento entre

os Poderes. Já o Juiz 3 disse que, apesar de o Procurador-Geral do Estado ter acionado informalmente pela possibilidade de diálogo, ainda não observou resultados práticos.

Tabela 10 - Diálogo interinstitucional entre o Judiciário e o Executivo

Diálogo interinstitucional	Desembargadores	Juízes	Total
muito bom	1	0	1
bom	0	1	1
melhorou	3	1	4
deve melhorar	1	0	1
incipiente	2	1	3
péssimo	1	0	1

Fonte: Dados da pesquisa

A variação das respostas foi muito grande, de modo que a partir delas não dá para se ter a noção do estágio atual do diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Todavia, dentro do contexto dos outros questionamentos formulados, é possível concluir que a interação entre os Poderes é incipiente, uma vez que vários dos instrumentos previstos na Recomendação nº 31/2010 do CNJ, que objetivam promover a aproximação, não são, em geral, conhecidos e tampouco observados pelos magistrados. Com efeito, a maioria dos julgadores admitiu que não aciona os gestores antes de conceder medidas liminares e não determina a inscrição do requerente em programa de política pública quando defere pedido de prestação em saúde já prevista em lei. Além disso, também em nível institucional tem se trabalhado pouco para a interação do Judiciário com o Executivo, pois a direção do Tribunal de Justiça ainda não criou o NAT e a Corregedoria não tem procurado aproximar, por meio de visitas, os magistrados das unidades de saúde públicas ou conveniadas ao SUS. Reconhece-se, todavia, que, por iniciativa da nova gestão do Executivo maranhense, nos próximos anos trabalhar-se-á pelo fortalecimento do diálogo internacional.

É mister destacar a fala do Desembargador 1 ao considerar o relacionamento péssimo pelo fato de que “o administrador não obedece a determinação judicial, gerando, inclusive, a punição através de multas extravagantes” e a do Juiz 1 que destacou o fato de o Estado ter mandado representantes “a fim de expor que está disposto a dar maior agilidade às decisões judiciais”.

Essas duas colocações chamaram atenção em virtude de expressarem o entendimento de que o diálogo entre os Poderes Judiciário e o Executivo deve ocorrer a partir

de uma subordinação do último em relação às decisões judiciais, quando a ideia de diálogo institucional nada tem a ver com tais concepções, denotando, em verdade, “igualdade, respeito, não subordinação e reciprocidade” entre os Poderes (SOUZA, 2013, p. 277). Segundo Souza (2013, p. 280), a teoria do diálogo institucional possui as seguintes características:

- i) recusa de uma visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deveria ser exercida por outros poderes; ii) a recusa da existência de última palavra, pelo menos de que a corte a detenha por meio da revisão judicial; iii) a valorização do desacordo sobre questões substantivas e a afirmação do procedimento democrático como alternativa viável para desenvolvê-los; iv) uma visão mais modesta sobre a possibilidade de se atingir respostas corretas por meio de juízos morais; v) uma visão mais entendida do tempo na política.

Nessa linha, tem-se que para a concretização do diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e Executivo no campo do direito à saúde, é preciso que os magistrados adquiram a plena consciência de que não são os protagonistas no campo da efetivação das políticas públicas de saúde, devendo agir, quando necessário, sempre em interação, no plano da horizontalidade, com os membros do Executivo e do Legislativo.

5.2 O Comitê Executivo do Estado do Maranhão do Fórum da Saúde no contexto da judicialização do direito à saúde

O Fórum da Saúde é constituído pelos Comitê Executivo Nacional e Comitês Executivos Estaduais, os quais têm por objetivo a coordenação e a execução de ações consideradas relevantes para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Incumbe, também, aos Comitês a elaboração de estudos e a proposição de medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos (Resolução nº 107/2010 – CNJ).

No Estado do Maranhão, o Comitê foi instituído no ano de 2011. No site do Conselho Nacional de Justiça²⁸, consta na Portaria nº 25/2011 (BRASIL, 2011) que o Comitê Executivo do Estado do Maranhão é composto pelos seguintes membros: João Santana Sousa (magistrado estadual), José Magno Linhares Moraes (magistrado federal), Raimundo Nonato Neris Ferreira (magistrado estadual), Isabel Cristina Araújo Sousa (defensora pública), Herberth Costa Figueiredo (promotor de justiça), Sílvia Raimunda Costa Leite (gestora pública estadual) e Egídio de Carvalho Ribeiro (gestor público estadual).

A fim de certificar se a composição expressa na Portaria nº 25/2011 era a

²⁸ Site do Conselho Nacional de Justiça: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/documentos>

composição atual do Comitê maranhense, buscou-se informação junto à Diretoria Geral do Tribunal de Justiça, onde foi informado que aquele setor não tinha conhecimento sobre a existência desta comissão, apesar de ser o responsável pela administração de outras existentes no Poder Judiciário maranhense.

Diante disso, a pesquisadora entrou em contato com a assessoria do Desembargador João Santana, que noticiou a saída do magistrado do Comitê local em virtude da sua promoção para o Tribunal de Justiça, tendo a coordenação do Comitê Estadual ficado a cargo do Juiz Raimundo Neris.

Apesar da informação não constar no site do CNJ, a condução das atividades do Fórum da Saúde no Maranhão foi alterada. Dos membros originários, permanecem apenas os juízes Raimundo Nonato Neris Ferreira e José Magno Linhares Moraes, o promotor Herberth Costa Figueiredo e o gestor Egídio de Carvalho Ribeiro. O Comitê Estadual agora é constituído, também, pelos seguintes membros: Maria da Glória Mafra Silva (promotora de justiça), Benito Pereira da Silva Filho (defensor público), José Américo Abreu Costa (juiz), Alexandre Lopes de Abreu (juiz), Valéria Lauande Carvalho Costa (advogada) e Ruy Eduardo da Silva Almada Lima (procurador do Estado)²⁹.

Desses dez componentes do Comitê Executivo, seis participaram da pesquisa: um por meio de questionário escrito (identificado como Componente 1) e os demais através da concessão de entrevista semiestruturada (identificados como: Componente 2, Componente 3, Componente 4, Componente 5 e Componente 6). Dos quatro que não participaram, um informou que não é mais membro do Comitê e os outros três não foram encontrados.

O roteiro da entrevista semiestruturada realizada com os membros do Comitê compôs-se de dez perguntas, que objetivaram verificar quais medidas concretas e normativas já foram propostas para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde (entrevistas e questionário em apêndice).

A primeira pergunta do roteiro foi a seguinte: “Qual a percepção de Vossa Excelência sobre a judicialização da saúde e o Fórum do Judiciário para a Saúde?”.

A maioria destacou o elevado número de demandas envolvendo o direito à saúde que chegam ao Poder Judiciário, devendo ser ressaltada a fala do Componente 5 ao dizer que “a judicialização só tem resolvido as questões individuais de saúde porque as questões de tutela coletiva tem tido uma tramitação muito morosa”.

Sobre o Fórum da Saúde, apenas dois participantes apresentaram considerações a

²⁹ A composição atual do Comitê Executivo do Estado do Maranhão foi obtida através do Juiz Raimundo Neris, que ocupa interinamente a coordenação do Comitê.

respeito. O Componente 6 afirmou que “o Fórum é indispensável para que o Judiciário consiga enfrentar a quantidade de demandas”, sendo uma tentativa do Poder de criar regras de conduta para os juízes nas ações de saúde. O Componente 1, por sua vez, consignou em sua resposta escrita que: “nas relações envolvendo questões de saúde (cidadão e o Estado, pacientes e médicos, segurados e planos de saúde) essa judicialização assumiu tamanha proporção que justificou a intervenção do Conselho Nacional de Justiça que, com edição da Portaria nº 650 de 20/11/2009, instituiu um grupo de trabalho sobre o tema, cujo resultado culminou com a aprovação da Recomendação nº 31/2010 traçando diretrizes para a atuação dos magistrados quanto às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde e, posteriormente com a publicação da Resolução nº 107, foi instituído o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”.

Os demais participantes não falaram sobre a percepção que têm acerca do Fórum da Saúde, havendo o Componente 5 dito que “o Comitê é ainda incipiente e que não dá a curto prazo para fazer uma avaliação mais efetiva”.

Diante desse silêncio e do fato de que metade dos participantes da pesquisa demonstrou não conhecer as recomendações do CNJ (afirmação que será compreendida em seguida), conclui-se que parte dos membros do Comitê Estadual responsável pela condução estadual do Fórum da Saúde não conhece a política pública judiciária para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde, situação que causa perplexidade e preocupação quanto à forma como a política é conduzida no Maranhão.

O segundo questionamento formulado indagava: “Qual a periodicidade das reuniões e se existe uma agenda de tarefas a ser cumprida para o ano de 2015?”

A partir das respostas não foi possível verificar qual a periodicidade das reuniões do Comitê Estadual, uma vez que houve uma variedade de respostas: uns afirmaram que a periodicidade era mensal, outros que as reuniões aconteciam a cada bimestre e teve ainda quem dissesse que os encontros ocorriam trimestralmente. No entanto, a partir da leitura da ata da primeira reunião do Comitê, observou-se que ficou estabelecido que os encontros seriam realizados na última quarta-feira de cada mês, periodicidade que, pelo menos nos anos de 2011 e 2012, foi obedecida, conforme se verifica nas atas das reuniões³⁰.

Ressalte-se que cinco dos seis participantes da pesquisa expuseram que a ascensão do magistrado João Santana Sousa ao Tribunal de Justiça trouxe dificuldades para a realização dos encontros do Comitê, tendo ocorrido, após a saída do magistrado da

³⁰ A pesquisadora somente teve acesso às atas das reuniões do Comitê que ocorreram nos anos de 2011 e 2012.

coordenação, apenas uma reunião, justamente para tratar “da nova formação do Comitê Estadual, diante da recente saída de seu Coordenador”(Componente 1). Segundo o Componente 4, “Há dois momentos do Comitê. O primeiro em que era coordenado pelo Dr. João Santana, quando as reuniões eram mensais. Com a saída dele, [o Comitê] ficou desorganizado”.

Essas falas expõem o fato de que os trabalhos do Comitê Executivo do Estado do Maranhão dependiam muito da condução pessoal de seu ex-Coordenador. Após a sua saída, os membros ainda não conseguiram reorganizar os trabalhos, o que pode comprometer inclusive a continuidade da comissão. A desorganização se reflete no fato de ainda existir para o ano de 2015 uma agenda de tarefas a ser cumprida, circunstância observada a partir das respostas dos participantes que, em sua quase totalidade, ou disseram que não existe ainda uma agenda de tarefas para este ano ou não fizeram qualquer comentário a respeito. Somente o Componente 6 disse que “os focos de 2015 são a internação compulsória dos dependentes químicos”, sem, contudo, especificar a agenda de tarefas para a abordagem do tema.

O terceiro questionamento apresentado aos membros do Comitê buscava saber: “Vossa Excelência pode destacar as medidas previstas na Resolução 107 e Recomendação 31/2010 que já foram implementadas no Estado do Maranhão ou que serão implantadas em 2015?”.

Deve-se frisar que dos componentes entrevistados, um disse que “não tem acesso às resoluções do CNJ, pois não as recebe” e outros dois, antes de responder a pergunta, buscaram na *internet* o conteúdo dos atos normativos mencionados, o que revela um completo desconhecimento das orientações do Conselho na seara da judicialização da saúde por parte dos próprios agentes que o órgão incumbe a tarefa de disseminação das recomendações no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Maranhão. Após a pesquisa do teor das orientações, os Componentes 2 e 3 concluíram que as recomendações ainda não foram implantadas, tendo o primeiro afirmado que “não há ainda uma estratégia global, mas de cada órgão”.

O Componente 4 destacou que “foi implantado o Comitê Estadual que fez várias reuniões, inclusive, que contaram com a participação de juízes, gestores, além de representantes das áreas técnicas das Secretarias municipal e estadual. Houve a realização de um Fórum estadual importantíssimo e a participação em dois encontros nacionais”. O Componente 6 disse que a instituição do Comitê foi a única ação que conseguiram fazer até agora. Já o Componente 1 aduziu que “além das discussões e recomendações expedidas pelo Tribunal de Justiça do Maranhão aos Juízes Estaduais na atuação das ações que envolvem discussões sobre a assistência à saúde, espera-se para o ano de 2015 a criação do Núcleo de

Assessoria Técnica ao Tribunal de Justiça do Maranhão, cujo propósito é auxiliar as autoridades judiciais nas decisões sobre questões ligadas principalmente ao fornecimento de medicamentos”. O Componente, todavia, não mencionou o conteúdo das recomendações do TJMA para os juízes vinculados.

Nesse cenário, percebe-se que as recomendações do Conselho Nacional de Justiça não tem eficácia no Estado do Maranhão, uma vez que, mesmo decorridos quase cinco anos da política judiciária, quase nenhuma delas foi implementada no âmbito do Estado do Maranhão e tampouco adotada na prática dos magistrados maranhenses. Até agora foi feita apenas a instituição do Comitê Executivo e a promoção de um único Fórum Estadual destinado ao debate e divulgação das propostas do Conselho na área da judicialização da saúde, o que é muito pouco tendo em vista a magnitude e a complexidade do fenômeno da judicialização, que exige o estabelecimento de um ambiente contínuo de debates e de trocas de experiências.

O quarto questionamento da pesquisa buscou verificar se já existe um núcleo de apoio técnico para auxiliar os magistrados na apreciação das demandas envolvendo o direito à saúde. Constatou-se que esse núcleo ainda não foi criado, sendo mais uma prova da ineficácia das orientações do CNJ.

A quinta pergunta, por sua vez, procurou investigar se existe algum veículo de divulgação das ações do Comitê para juízes, desembargadores e demais profissionais do direito. Quatro participantes informaram que não tinham conhecimento a respeito, merecendo relevo a fala do Componente 5: “só se o Comitê fizer [a divulgação] a nível de Judiciário, porque não recebe informações como membro do Ministério Público e do próprio Comitê”. Dois participantes disseram que “as ações são divulgadas através de informações disponibilizadas no site do Tribunal de Justiça”, tendo um deles reconhecido que “a atuação ainda é muito tímida”.

Pesquisa realizada no *site* do TJMA³¹ verificou que, desde a criação do Comitê Executivo do Estado do Maranhão em 2011, foram publicadas apenas doze notícias divulgando assuntos relacionados ao Fórum da Saúde. Assim, entende-se que o Comitê Executivo tem trabalhado muito pouco para a divulgação e propagação da política pública judiciária que o CNJ lhe atribuiu a condução no Estado do Maranhão, sendo insuficiente a simples publicação de notícias no site do TJMA. Faz-se necessária a adoção de uma estratégia que consiga envolver os magistrados (verdadeiros destinatários da política) nos debates sobre

³¹ Utilizou-se as seguintes chaves de busca: “forum da saude”; “forum saude”; “forum estadual”; “comite saude”; “comite executivo”; e “comite”

a judicialização da saúde, que, conforme verificado na pesquisa exposta no tópico anterior, têm encontrado dificuldades para a apreciação das demandas de saúde e não conhecem as recomendações do CNJ para o aprimoramento da prestação jurisdicional na área.

O sexto questionamento referia-se a: “Quais proposições concretas e normativas já foram implementadas pelo Comitê para garantir a eficiência da prestação jurisdicional em saúde? Como Vossa Excelência avalia o apoio do TJ e do CNJ nesse sentido?”.

Nenhum dos participantes destacou qualquer medida concreta e normativa implantada pelo Comitê para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos na área da saúde.

A partir da análise das atas disponibilizadas, verificou-se que o Comitê pretendeu, pelo menos nos seus anos iniciais, quantificar as ações de saúde que tramitam em todo o Estado do Maranhão, criar uma vara especializada em demandas de saúde, promover o Fórum Estadual do Judiciário para a Saúde e implantar um Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde. Quanto à primeira medida, observou-se, conforme relatado nas atas, que o Comitê teve dificuldades em entrar em contato com todos os juízes estaduais, o que revela a pouca penetração do Comitê no Poder Judiciário maranhense. O Fórum chegou a ser promovido, mas se restringiu a um único encontro ocorrido no ano de 2012, não tendo conseguido o Comitê estabelecer um espaço de diálogo contínuo interinstitucional. Percebe-se que o diálogo ocorre dentro do Comitê, mas não se expandiu além dele. A especialização da vara de saúde e a instituição de um comitê de mediação foram propostas que não saíram do papel.

Nesse cenário, conclui-se que o Comitê Executivo do Estado do Maranhão tem contribuído muito pouco na busca de soluções para os problemas gerados pelo fenômeno da judicialização da saúde. Não dissemina sequer a exitosa aproximação com os gestores públicos que conseguiu ter, ficando essa interação restrita aos membros do Comitê Estadual, uma vez que se observou na pesquisa feita entre os magistrados que ainda impera o distanciamento entre os julgadores das ações de saúde e os responsáveis pela condução das políticas públicas de saúde em nível estadual e municipal.

Quanto ao apoio do TJMA, dois consideraram que ele existe, dois não emitiram opinião a respeito e dois disseram que não há um apoio efetivo do Tribunal. Sobre o CNJ, dois consideraram que há apoio do órgão às ações do Comitê, dois não emitiram opinião, um disse que desconhece o apoio e outro afirmou expressamente inexistir apoio do Conselho.

A fala do Componente 3 chamou bastante atenção, pois registrou que “o apoio do CNJ não há, o que fez foi criar o núcleo e recomendações. A dificuldade que vê na estrutura

do Comitê é na coordenação, pois em razão da promoção do Dr. Joao Santana as ações enfraqueceram. Poderia haver uma prioridade maior do TJ. O Comitê funciona mais em razão de uma iniciativa pessoal do que institucional, mais em razão da conduta do Dr. Joao Santana e Dr. Neris do que do apoio do TJ”.

A fim de verificar o apoio que o TJMA vem oferecendo às ações do Comitê Executivo, tentou-se entrevistar a Presidente do Tribunal com base em um roteiro semiestruturado composto por doze perguntas (apêndice). Entretanto, a Presidente, embora tenha recebido a pesquisadora, disse que naquele momento não podia contribuir com a pesquisa, já que somente na semana seguinte haveria uma reunião para tratar do assunto e após esse encontro é que teria informações concretas para apresentar através de seu assessor.

Nesse contexto, observa-se que o Tribunal tem pouco conhecimento sobre o panorama da judicialização da saúde no Maranhão e também não tem ciência da forma como são conduzidas, em nível estadual, as ações propostas pelo CNJ para a melhoria da prestação jurisdicional, podendo-se concluir que é insuficiente o apoio do TJMA às ações do Comitê. Essa conclusão é reforçada pelas respostas ao nono questionamento, as quais foram unânimes em afirmar que “não há servidores nem espaço físico disponibilizado pelo Tribunal de Justiça para o funcionamento próprio do Comitê”, sendo utilizado para os encontros a estrutura do gabinete do juiz coordenador (sala de audiências e assessor).

Ressalte-se que a inexistência de servidores exclusivamente designados para a condução das atividades do Comitê prejudica sobremaneira as suas atividades, que, diante das inúmeras atribuições, acabam ficando em segundo secundário. É preciso haver uma prioridade maior do Poder Judiciário maranhense em fornecer uma estrutura adequada ao funcionamento do Comitê, para que ele tenha possibilidade de, a partir de um efetivo estudo sobre o cenário da judicialização da saúde, possa pensar em medidas concretas para a resolução dos problemas gerados pelo fenômeno.

Quanto ao apoio do Conselho Nacional de Justiça, verifica-se que este também é insuficiente, já que em pesquisa realizada no órgão (que será exposta a seguir) constatou-se que o CNJ não dispõe de estrutura para o acompanhamento das ações que estão sendo conduzidas nos Estados brasileiros.

A sétima pergunta apresentada aos participantes foi a seguinte: “Vossa Excelência percebe a eficácia da Resolução 107 e da Recomendação 31 no Estado do Maranhão? Em caso de resposta negativa, a que atribui a baixa eficácia?”.

Três participantes responderam positivamente ao questionamento, um disse que não conhece o conteúdo dos atos citados e dois afirmaram que a Resolução nº 107 e a

Recomendação nº 31 não têm eficácia no Estado do Maranhão: o Componente 3 asseverou que “não estão tendo. Enquanto ficarem apenas dependendo do comprometimento pessoal não dá, é preciso que sejam uma prioridade institucional do TJ”, já o Componente 6 aduziu que “não observa a repercussão dos enunciados das jornadas do CNJ no MA”.

Com efeito, constatou-se que a eficácia da política judiciária proposta pelo CNJ tem sido muito baixo no âmbito do Estado do Maranhão, já que a maioria dos juízes ainda não internalizou as orientações expedidas, o Comitê não tem apresentado soluções concretas para a melhoria da prestação jurisdicional em saúde, o núcleo de apoio técnico aos juízes não foi instituído até o momento, não há proximidade dos magistrados com o Executivo e tampouco foi estabelecido um espaço permanente de debates sobre a judicialização através da promoção de outros encontros estaduais do Fórum da Saúde.

A partir das respostas ao oitavo questionamento, qual seja: “O Comitê tem disponibilizado os atos infralegais (resoluções, portarias etc.) emitidos pelo Ministério da Saúde?”, observa-se que não tem havido preocupação do Comitê em fornecer aos magistrados material que possa lhes propiciar maior conhecimento sobre as políticas públicas de saúde.

O último questionamento apresentado aos membros do Comitê Executivo do Estado do Maranhão do Fórum da Saúde indagava: “Como está a interlocução do Comitê com o Poder Executivo? Quais medidas do Executivo foram subsidiadas por conclusões obtidas a partir das observações do Comitê?”.

A maior parte dos entrevistados ressaltou que a proximidade do Comitê com o Poder Executivo é muito boa. De fato, observa-se nas atas das reuniões dos primeiros anos de existência do Comitê que houve interlocução com os representantes do Executivo, inclusive, os Secretários de Saúde estadual e municipal participaram de algumas reuniões. Todavia, a crítica que deve ser feita (e que já foi exposta) é que o Comitê não disseminou essa proximidade aos magistrados responsáveis pelo julgamento das demandas de saúde, o que se mostra indispensável para a segurança, qualidade e efetividade das decisões judiciais.

Ressalte-se, por fim, que dois participantes disseram que o relacionamento com o Executivo melhorou com a atual gestão do Governo do Estado (iniciada em janeiro de 2015), de modo que se espera, segundo o Componente 1, “uma melhor interlocução, visto que, conforme já anunciado pelo Secretário titular da pasta de saúde, é interesse daquele órgão integrar, de forma mais eficiente, o Comitê Estadual auxiliando, inclusive, na formação do Núcleo de Assessoramento Técnico”.

Todavia, adverte-se que o Comitê não pode ficar à espera da vontade do Poder Executivo. É preciso obter maior apoio do próprio Poder Judiciário, sob pena de continuar

não contribuindo efetivamente na busca de soluções para os problemas gerados pela judicialização da saúde.

5.3 O Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde no contexto da judicialização da saúde

O Comitê Executivo Nacional tem por função o exercício, em nível nacional, da coordenação do Fórum da Saúde e a execução de ações consideradas relevantes para a melhoria da prestação jurisdicional nas demandas de saúde.

O Comitê está sob a direção da Conselheira do CNJ Deborah Ciocci, sendo composto ainda por juízes, servidores do Poder Judiciário especialistas em direito sanitário, além de representantes do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde.

A pesquisa teve por fim a realização de entrevista com a Conselheira do CNJ, em Brasília/DF, a fim de verificar como ocorre a condução nacional dos trabalhos do Fórum da Saúde e averiguar se a baixa eficácia dos atos normativos do Conselho constatada no âmbito do Judiciário maranhense é uma realidade exclusiva do Estado do Maranhão.

O roteiro da entrevista semiestruturada compôs-se de treze perguntas. Apenas três delas foram respondidas pela Conselheira, as demais foram respondidas por um assessor seu. As perguntas realizadas diretamente à Coordenadora do Comitê Executivo Nacional foram as seguintes:

1) Qual é a percepção de Vossa Excelência sobre a judicialização da saúde e o Fórum Nacional do Judiciário para a saúde?

2) O Fórum foi criado há quase cinco anos durante a presidência do Min. Gilmar Mendes, cujo mandato frente ao STF e CNJ se destacou pela defesa aos direitos e garantias fundamentais. Passados 5 anos da sua criação, Vossa Excelência avalia que as ações do Fórum ainda estão entre as prioridades do CNJ?

3) Como Vossa Excelência percebe o Estado do Maranhão no cenário da judicialização da saúde?

Em suas respostas, a Conselheira destacou que entende o Fórum da Saúde como “um trabalho multidisciplinar que contribui para a desjudicialização, que é a nova meta institucional do CNJ”, expressa na Portaria 16/20015. Segundo ela, as ações do Fórum ainda estão entre as prioridades do Conselho Nacional de Justiça, tanto é que a referida portaria

“prevê como uma das metas do órgão a garantia dos direitos fundamentais, chamando a sociedade para participar [desse processo]”.

A Conselheira não soube, todavia, dizer qual a situação do Estado do Maranhão quanto à judicialização da saúde. Afirmou que “precisa de dados. Acha que criaram o Comitê, mas não tem os dados, o número de ações, os gastos com demandas em saúde. O Tribunal ainda não mandou tais dados”. Depreende-se, assim, que não há uma efetiva percepção por parte do CNJ da situação específica do Maranhão no cenário da judicialização da saúde, o que evidencia um completo distanciamento do órgão pelo menos com relação a este Estado da Federação.

E essa falta de conhecimento da situação dos Estados prejudica a própria gestão da política, uma vez que não sem um diagnóstico das deficiências dos entes não há como se pensar em soluções para os problemas gerados pela judicialização da saúde.

Entre os questionamentos dirigidos ao assessor da Conselheira, o primeiro a ser realizado foi o seguinte: “Qual a periodicidade das reuniões do Fórum? Existe uma agenda de tarefas a ser cumprida em 2015?”. O assessor informou que as reuniões acontecem, geralmente, uma vez por mês, mas que, em determinadas circunstâncias, há reuniões extraordinárias para a apreciação de questões específicas. Ele disse, ainda, que o Fórum “é um ambiente permanente de debate, de discussões virtuais”.

O segundo questionamento formulado referia-se a: “Como o Fórum realiza o monitoramento das ações judiciais que envolvem prestações de assistência à saúde? Além da quantificação do número de ações, O Fórum já realizou algum estudo sobre a judicialização da saúde?”.

Com relação à primeira parte da pergunta, o assessor disse que “com base na Resolução nº 107, o Conselheiro Milton Nobre [primeiro coordenador do Fórum] pediu que criasse um sistema de acompanhamento – o Sistema da Resolução 107, que armazena os dados enviados pelo Tribunal sobre as ações de saúde, a partir dos quais são retirados relatórios”, que permitem o monitoramento das ações judiciais envolvendo prestações de assistência à saúde.

O entrevistado reconheceu, todavia, que o monitoramento realizado pelo CNJ apresenta muitas falhas, pois verificaram que o quantitativo de demandas de saúde divulgado no site do Conselho não coincide com os números enviados por algumas Secretarias de Saúde, sendo os últimos sempre maiores. Ele explicou que é dos Tribunais brasileiros a responsabilidade de alimentar o Sistema da Resolução nº 107 e que o número aquém do quantitativo de ações de saúde realmente em tramitação pode ser atribuído ao fato de que os

Tribunais não sabem quais dados cadastrar no Sistema, já que cada Tribunal tem um modo próprio de classificar as ações envolvendo prestação de saúde, embora exista um padrão sugerido pelo CNJ (Sistema de Gestão de Tabelas Processuais Unificadas), que, por não ser uma obrigação legal, acaba inobservado pelos Tribunais.

O assessor realçou, ainda, que é necessário haver um padrão melhor para o levantamento dos dados, talvez sendo o caso de realizar uma oficina nos Tribunais brasileiros de modo a possibilitar-lhes o melhor manuseio do Sistema da Resolução nº 107. Além disso, frisou que “apesar de haver uma Resolução do CNJ, os Tribunais acabam não mandando os dados, porque é uma ação permanente que acaba se perdendo pela mudança de gestão”.

Conforme se observa, o Conselho Nacional de Justiça, por depender dos Tribunais (que muitas vezes não estão envolvidos na política judiciária), tem tido dificuldades para quantificar as ações de saúde, o que é preocupante porque sem um cenário fidedigno do número e do tipo de ações é muito difícil oferecer soluções para os problemas gerados pela judicialização da saúde.

O Fórum não vem cumprindo de modo efetivo o que a Resolução nº 107/2010 (diga-se, de caráter vinculante³²) determina que ele faça: “o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral e disponibilização de leitos hospitalares”. Essa inefetividade foi constatada em por duas razões: *i*) porque a quantidade de demandas envolvendo o direito à saúde constante no *site* do Conselho não condiz com a realidade e *ii*) o quadro não permite verificar os diversos assuntos sobre os quais as demandas versam³³.

Ressalte-se que até o momento o CNJ ainda não realizou qualquer estudo sobre a judicialização da saúde e, segundo o assessor, essa não é a prioridade do órgão, “a prioridade é encontrar mecanismos para diminuir as ações”. Essa afirmação demonstra claramente que a política para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde é conduzida sem estar embasada em estudos sobre o panorama da judicialização no Brasil, o que causa perplexidade porque é muito difícil oferecer soluções efetivas se não se conhece o perfil e a quantidade dessas ações, as dificuldades específicas de cada Estado brasileiro no enfrentamento do tema, dentre outros fatores.

O terceiro questionamento apresentado foi o seguinte: “Como é a infraestrutura e recursos humanos disponíveis para o Fórum? Há um espaço de funcionamento próprio e

³² Por força do art. 102 §5º do Regimento Interno do CNJ, as resoluções do órgão tem força vinculante após a publicação no Diário da Justiça eletrônico e no sítio eletrônico da instituição.

³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2010. Quantidade de demandas de saúde nos Tribunais

servidores exclusivamente designados para a realização dos estudos sobre a judicialização?”.

O entrevistado disse que a infraestrutura utilizada pelo Fórum é a estrutura de gabinete do coordenador do Fórum, citando que ele, por exemplo, é a um só tempo assessor de processos da Conselheira Deborah Ciocci e do Fórum da Saúde por ela coordenado. Pontuou, ainda, que “recentemente (há um mês) foi criado no CNJ um Núcleo de Apoio às Comissões, mas que tem apenas três servidores que ainda estão em fase de levantamento de quais comissões e projetos existem. A ideia é que possam auxiliar todos os projetos e comissões”.

O CNJ, ao longo de sua existência, vem lançando uma série de projetos não só na área de gestão administrativa do Judiciário, mas também de garantia aos direitos humanos fundamentais³⁴, sem, todavia, contar com a infraestrutura adequada para a execução e acompanhamento desses projetos. No caso do Fórum da Saúde, isso resulta na pouca eficácia que tem ao longo dos anos, pois, apesar de promover anualmente encontros, as suas recomendações e enunciados têm pouca penetração na jurisprudência brasileira e ainda não se conseguiu lançar em nível nacional qualquer medida concreta para o aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde ou para a prevenção de novos conflitos, conforme se verá na resposta ao questionamento a seguir.

A quarta pergunta formulada demandava sobre: “Quais medidas concretas e normativas voltadas à otimização das rotinas processuais e prevenção de conflitos judiciais em saúde adotadas pelo Fórum que Vossa Excelência destacaria?”.

Segundo o assessor, as principais medidas para a otimização das rotinas processuais e prevenção de conflitos judiciais em saúde tomadas pelo CNJ foi a edição dos seguintes atos normativos: Resolução nº 107/2010, Recomendação nº 31/2010, Recomendação nº 36/2011 e Recomendação nº 43/2013.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a Resolução nº 107/2010 instituiu o Fórum do Judiciário para a Saúde; a Recomendação nº 31/2010 prevê uma série de orientações aos Tribunais, magistrados e escolas de formação de juízes; a Recomendação nº 36/2011 estabelece orientações destinadas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais; e a Recomendação nº 43/2013 que recomenda a especialização das varas para processar e julgar ações envolvendo o direito à saúde.

³⁴ Projetos que pretendem trabalhar uma infinidade de questões: conflitos de terras e trabalho escravo, assuntos fundiários, trabalho escravo, adoção de crianças e adolescentes, reconhecimento de paternidade, ressocialização dos presos e egressos do sistema carcerário, métodos consensuais de resolução de conflitos, doação de órgãos, células e tecidos, judicialização da saúde, exploração sexual, trabalhos forçados e retirada de órgãos e violência doméstica contra a mulher.

Nesse contexto, observa-se que a atuação do Fórum da Saúde até o momento não ultrapassou o plano normativo, o que se considera insuficiente, na medida em que o plano dos fatos não se modifica apenas a partir de normas, sobretudo, quando editadas sem força vinculante (as recomendações têm apenas caráter de orientações dirigidas aos Tribunais e magistrados).

A Resolução nº 107/2010 atribuiu ao Fórum a tarefa de proposição, além de medidas normativas, de medidas concretas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializada, à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito à saúde. No entanto, após quase cinco anos de existência do Fórum da Saúde ainda não há nenhum grande projeto objetivando o alcance de tais fins. Verificou-se que, em verdade, o Fórum atribuiu a responsabilidade da criação dessas medidas concretas para os Tribunais e a efetiva criação delas dependerá do grau de comprometimento destes órgãos com a questão da judicialização da saúde.

No caso do Maranhão, constatou-se que o nível de comprometimento com a questão ainda é muito baixo, o que resulta na completa inexistência de medidas concretas para as soluções dos problemas gerados pelo fenômeno. Diante disso, tem-se que a delegação de responsabilidade para a condução dessas ações aos Tribunais, sem a contrapartida de um efetivo acompanhamento e auxílio do CNJ, é extremamente maléfica para o lançamento de uma estratégia nacional de resolução das questões problemáticas geradas pelo fenômeno da judicialização da saúde.

O quinto questionamento formulado foi o seguinte: “Há um acompanhamento periódico das medidas recomendadas pelo CNJ que já foram adotadas pelos Tribunais brasileiros? Essas medidas têm tido a eficácia pretendida em todo o Brasil e, mais especificamente, no Estado do Maranhão?”.

O assessor informou que “foi criado pelo CNJ um processo eletrônico de acompanhamento de cumprimento de decisões, de consulta pública (Processo 0003398/62.2012.2.0000). Nesse processo, há o acompanhamento da Recomendação nº 31. Sempre pedem informações, de 6 em 6 meses, sobre a estrutura que o Tribunal está disponibilizando ao Comitê Executivo Estadual”.

Em consulta ao processo eletrônico referido, verificou-se que o CNJ através dele divulga os eventos promovidos pelo Fórum, bem como solicita informações dos Tribunais sobre as providências já adotadas para o cumprimento da Recomendação, todavia, não foi possível observar as informações repassadas pelos Tribunais.

Entende-se que esse acompanhamento por meio do processo eletrônico, que não é atualizado desde 29/3/2014³⁵, é insuficiente, fazendo-se necessário um contato mais direto do CNJ com os Tribunais a fim de se certificar sobre a realidade das informações repassadas para e das dificuldades enfrentadas no cumprimento dos atos normativos do órgão.

Quanto à situação do Estado do Maranhão, o assessor da Conselheira do CNJ disse que “o Tribunal informou que tem um coordenador, o Dr. João Santana, havendo criado uma miniestrutura, nem que seja virtual. No acompanhamento de cumprimento de decisão, pode-se ver que o TJMA tem informado os dados [requeridos]”. Na entrevista, ele reconheceu, ainda, que “os Tribunais não fornecem uma estrutura muito forte através da criação de espaço próprio para o Comitê e designação de juízes exclusivamente para isso, uma vez que o número de juízes é insuficiente”.

Ao sexto questionamento, qual seja: “Existe um meio de divulgação das ações do Fórum para os juízes, desembargadores, demais profissionais do direito e membros do Executivo?”, o entrevistado afirmou que “utiliza a página do Fórum dentro do CNJ, sendo o *site* um mural de divulgação das ações estaduais”.

A sétima pergunta formulada referia-se a: “Como Vossa Excelência avalia a eficácia da Recomendação 31 nos Estados brasileiros? Vossa Excelência avalia que os juízes conhecem as recomendações propostas? Quais Estados já podem contar com um núcleo de apoio técnico (NAT)?”.

O assessor da Conselheira do CNJ afirmou que “os juízes mais empenhados conhecem e os que têm demanda de processos muito grande não procuram saber. Poderia, todavia, haver um empenho de divulgação maior, todavia, a carga-horária de trabalho não permite”.

Conforme se observa, o próprio Conselho reconhece que a estratégia de divulgação das ações do Fórum são insuficientes, não conseguindo atingir os magistrados, situação que, inclusive, foi verificada na pesquisa realizada no âmbito do Estado do Maranhão. Nesse contexto, tem-se que é preciso investir mais na divulgação das ações do Fórum da Saúde, até como forma de ampliar os participantes nos debates que acontecem nos encontros que vem sendo promovidos pelo CNJ para a discussão de temas relacionados à judicialização da saúde.

Sobre os NAT's, o assessor disponibilizou entrevista concedida pela Conselheira

³⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema de processo eletrônico**. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ecnj/index.php>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

Deborah Ciocci, na qual ela afirma que “os Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Paraná, Acre, Pernambuco, Rondônia, Piauí, Tocantins, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Amapá e Mato Grosso criaram Núcleos de Apoio Técnicos vinculados aos Tribunais”. Portanto, apenas metade dos Estados instituíram os núcleos, sendo necessária que o CNJ intensifique o diálogo com os entes que ainda não os criaram para que verifique quais as dificuldades que estão enfrentando, uma vez que, embora os Tribunais não sejam obrigados a instalar os NAT’s, essa é uma importante medida de subsídio aos juízes nas demandas de saúde.

O oitavo questionamento apresentado foi o seguinte: “Para Vossa Excelência, as ações do Comitê Executivo Estadual do Maranhão estão sendo efetivas? Como está o diálogo do Fórum com o Comitê Executivo Estadual do Maranhão e com a Presidente do Tribunal de Justiça do Maranhão no que se refere ao aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde?”.

O entrevistado disse que o CNJ ainda não recebeu um *feedback* das ações já realizadas pelo Poder Judiciário do Estado do Maranhão para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde, sendo que quando recebem dados sempre divulgam no sítio eletrônico do Fórum da Saúde. Segundo ele, “a Conselheira sempre manda ofícios para todos os Tribunais pedindo informações, divulgando eventos e geralmente recebe respostas. No segundo semestre ela vai tentar fazer uma agenda para que os membros do Comitê Executivo Nacional façam visitas aos Estados, solicitando maior apoio às ações e recomendações do CNJ. Estão preparando uma cartilha com ações que deram sucesso no Estado”.

A nona pergunta formulada dizia respeito a: “Pesquisa realizada com a maioria dos Desembargadores e Juízes das Varas da Fazenda Pública de São Luís constatou que há quase um total desconhecimento das recomendações do CNJ com relação às demandas em saúde. Essa é uma realidade exclusiva do Maranhão? A que fator Vossa Excelência atribui esse cenário?”.

Segundo o assessor, “não é uma realidade exclusiva do Maranhão, geralmente os juízes que trabalham com essas demandas não trabalham em varas especializadas (a exceção, do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro). Por mais que tentem fazer divulgação não conseguem atingir os juízes. Pedem apoio do Tribunal, mas vê que a grande maioria [dos magistrados] não conhece. Os juízes têm uma demanda muito grande e não tem condições de se aprofundarem na área. O CNJ é um órgão pequeno, dependente dos Tribunais. Uma coisa positiva são as jornadas. A primeira foi enaltecida em razão da atenção dada à judicialização. Grande parte dos juízes, todavia, não conhecem os enunciados da I Jornada, sendo inclusive

um dos objetivos do CNJ fazer um levantamento sobre o impacto dos enunciados da I Jornada na jurisprudência brasileira”.

Essa fala deixa bem claro as dificuldades que o órgão vem encontrando para difundir a sua política pública judiciária em prol do aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde. O Conselho é um órgão a que constitucionalmente foi atribuída a gestão administrativa e disciplinar do Poder Judiciário, atribuições que por si só já consomem muito tempo da instituição, restando pouco para a condução dos programas em defesa dos direitos e garantias fundamentais que lançam.

O Poder Judiciário tem muitas problemas e certamente o Conselho Nacional de Justiça não conseguirá resolver todos eles. Por isso, é preciso que seja reformulado o modo como esses programas vêm sendo desenvolvidos, devendo a infinidade de projetos ser reduzida através do estabelecimento metas claras e de prioridades quanto aos problemas que CNJ irá abordar.

Fixadas as prioridades, deve-se fornecer a estrutura adequada dentro do órgão para a condução dos programas, através da designação de servidores específicos para cada um destes projetos, que realizem estudos e acompanhem diretamente como a política está sendo conduzida no âmbito dos Estados. Caso contrário, ter-se-á sempre uma infinidade de projetos com pouco efeitos práticos, como é o caso do Fórum da Saúde, cuja Coordenadora não conseguiu demonstrar nenhum reflexo concreto das ações desenvolvidas até agora sobre o fenômeno da judicialização da saúde.

O último questionamento formulado pretendia saber se: “A partir da criação do Fórum, o diálogo institucional do Judiciário com o Poder Executivo melhorou?”

Para o entrevistado, “melhorou porque o Comitê é composto de um representante do Conselho dos Secretários Estaduais de Saúde, um do Conselho dos Secretários Municipais de Saúde, um do Ministério da Saúde, um da Agência Nacional de Saúde, um da ANVISA e um do Conselho Nacional do Ministério Público. Eles estão sempre em diálogo, conseguindo fomentar muitas discussões”.

Ressalte-se que um dos principais acertos da política pública judiciária conduzida pelo Conselho Nacional de Justiça para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde foi a tentativa de aproximar os magistrados dos centros de decisão sobre direito sanitário do Poder Executivo. Todavia, faz-se necessário advertir que esse diálogo não pode ser conduzido sob a primazia do Poder Judiciário, uma vez que, conforme já se afirmou, o diálogo institucional requer uma relação de horizontalidade e igualdade entre os Poderes.

O Poder Judiciário não é o único responsável (tampouco o protagonista) pela

concretização do texto constitucional e efetivação do direito à saúde, devendo-se compreender “a efetivação dos direitos sociais dentro de um processo dialógico e multi-institucional”. Consoante Souza, “o melhor caminho para fortalecer o SUS e, conseqüentemente, efetivar o direito à saúde é racionalizando o processo de interação entre os agentes do sistema jurídico e administrativo” (SOUZA, 2013, p. 282-283). Segundo o autor,

[...] é correto pensar as decisões judiciais como pontos de partida, como *inputs* de um processo muito mais amplo e complexo, e não como o ponto de chegada. Entender o tempo em circularidade e negar o Judiciário seja a última palavra mais qualificada no debate sobre a saúde pressupõe o desenvolvimento de uma visão temporalmente mais sofisticada. As decisões seriam finais e demandariam obediência na medida em que determinam os direitos e obrigações das partes litigantes. Também serviriam de precedentes para as futuras decisões. Mas, de outro lado, o Legislativo sempre poderia responder ao julgamento aprovando que superasse a decisão. O processo em si seria democrático e isto seria um diálogo.

Com efeito, as decisões judiciais não devem ser o ponto de chegada. Um bom exemplo é o que aconteceu com o fornecimento do coquetel de medicamentos antirretrovirais para o tratamento da Aids. No início da década de 90 do século passado não havia nenhuma política pública prevendo o fornecimento gratuito do coquetel e o Poder Judiciário, a partir de uma postura ativista, começou a condenar o Estado ao fornecimento do medicamento. Entretanto, as decisões judiciais foram um ponto de partida para que o Executivo criasse uma política pública de referência na área da saúde, sendo importante frisar que o sucesso dessa política reside exatamente neste ponto: a transferência do tratamento da problemática do Poder Judiciário para os Poderes políticos.

Desse modo, que o diálogo institucional seja estimulado, não só como forma de melhorar as decisões judiciais, mas também de ensejar efetivas mudanças na sociedade a partir da transferência para o Executivo e Legislativo de um problema que teve destaque no Poder Judiciário.

E para que o Poder Judiciário atue como um identificador de problemas sociais, é salutar que se demonstre aos Tribunais a importância de se montar um banco de dados efetivo sobre as ações de saúde, que informe não apenas quantidade, mas também o perfil dos demandantes e a natureza das prestações requerida, informações que devem ser de fácil acesso a toda a população, a exceção dos processos que tramitam em segredo de justiça. Ademais, faz-se necessário que haja uma interlocução periódica entre o Executivo e o Poder Judiciário acerca das ações ajuizadas no sistema de justiça brasileiro.

A resolução dos problemas gerados pela judicialização da saúde também perpassa pela formação dos profissionais que vão atuar na seara jurídica, que muitas vezes têm dificuldade em compreender o âmbito de proteção do direito à saúde. Uma forma de superar

esses embaraços é a inserção do direito sanitário enquanto disciplina obrigatória nos cursos de direito para que desde cedo os bacharéis comecem a compreender a questão sanitária de modo aprofundado.

Também é preciso que se estimule a tutela coletiva do direito à saúde sem, todavia descuidar da proteção da dimensão individual do direito à saúde. O processo coletivo³⁶ para o controle jurisdicional de políticas públicas em saúde deve ser preferido em razão de visar a melhora do sistema como um todo, beneficiando a coletividade. Para Souza, as ações coletivas na seara da judicialização da saúde apresentam as seguintes vantagens:

- i) amenizar dificuldades procedimentais relacionadas com a forma de ser do CPC;
- ii) prestigiar a igualdade, na medida em que as decisões são em regra *ultra petita* ou *erga omnes*;
- iii) permitir uma visão mais ampla da problemática e uma instrução processual mais complexa, na qual seja possível se analisar mais profundamente o argumento da reserva do possível no contexto da programação e da execução orçamentária do Estado e, por fim, iv) construir um meio mais apto para enfrentar o núcleo do problema (o fortalecimento do SUS) e não aspectos paliativos (SOUZA, 2013, p. 297).

Entende-se, portanto, que as ações coletivas devem ser estimuladas para a tutela do direito à saúde, devendo-se ter o cuidado para a lógica da supremacia judicial difundida nas ações individuais não seja transposta para o processo coletivo e que se alcance um equilíbrio para que “esses poderosos instrumentos processuais não sejam encarados como mecanismos habilitadores de uma total transferência de poder dos ramos representativos para o Judiciário eleitoralmente não responsivo e com baixa capacidade institucional”.

Outra possibilidade de solução para os problemas gerados pela judicialização da saúde é o estímulo à desjudicialização das demandas de saúde através da disseminação de práticas de mediação, que conforme Delduque e Cayón (2013) permitirá o alcance de um acordo mais satisfatório entre as partes conflitantes, pois economizará tempo e dinheiro, além de permitir um menor desperdício de energia e garantir menor estresse dos litigantes.

A mediação é um processo por meio do qual duas ou mais partes em um litígio, fundamentados em uma base voluntária, atuam no sentido de chegar a um acordo, com a assistência de um mediador. Esse processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou exigido por um tribunal ou juízo, ou imposto pela lei de um determinado Estado nacional. Para Assis (2013, P. 466):

Destarte, um dos principais objetivos da Mediação Sanitária consiste em discutir os diversos problemas coletivos de saúde, no âmbito micro ou macrorregional, de

³⁶ Entendido o processo coletivo comum (ação civil pública, ação popular, ação de improbidade administrativa, mandado de segurança e de injunção coletivos) e o processo coletivo especial (ação de controle concentrado de constitucionalidade).

modo a permitir uma interação democrática entre os participantes.

Suas práticas estabelecem sinergias, aproximação de saberes e vivência institucional, reduzindo as tensões e conflitos, promovendo a revisão das ideias, a encampação do conhecimento técnico, jurídico e social e a ação criativa estruturante no campo decisório.

A busca pelas soluções mediadas na área da saúde confere a todos maior legitimação social e maior probabilidade de acerto na organização dos serviços a partir da democratização do processo coletivo de trabalho. O essencial é a busca da solução dos problemas coletivos de saúde pela responsabilização coletiva, ao invés da responsabilização sem a solução dos problemas.

A judicialização excessiva pode levar a escassez, a perdas financeiras, aumento dos custos de negligência e a um impacto potencialmente negativo no orçamento público e no planejamento das políticas públicas. Deixar as demandas de saúde sem discussão ou solução acarreta desperdício de dinheiro e do tempo de muitos profissionais nos hospitais e centros de atendimento, o que pode atrapalhar e comprometer a qualidade do atendimento do paciente e a produtividade do serviço.

Entende-se, de acordo com Ramos, Madureira e Sena (2014), que a mediação permite que os centros de saúde, os hospitais, as instituições, os asilos e outros estabelecimentos de saúde evitem conflitos antes que eles ocorram ou venham a eclodir, reduzam o risco e o custo do conflito, discutam a liquidação da questão antes da cobrança de custas e honorários advocatícios, proporcionem um fórum para resolução das questões fora do Poder Judiciário, criem mecanismos internos para resolver demandas que sejam mais céleres e baratos, e possam, ainda, identificar e resolver os motivos subjacentes que criaram o problema. Esse método é, portanto, um instrumento que atua nas causas dos problemas gerados pela judicialização da saúde, devendo, portanto, estar presente em qualquer estratégia que vise à resolução das dificuldades enfrentadas com a quantidade excessiva e complexidade das demandas de saúde.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde é um bem valioso para todos os indivíduos independentemente de suas concepções de “bem” e “preferências”, uma vez que é fundamental para a garantia da participação plena das pessoas na sociedade e para a capacidade de realização das expectativas de vida de cada um, influenciando diretamente na realização dos planos racionais de vida e nas oportunidades que se abrem às pessoas.

Por essa razão, entende-se que a inserção do direito à saúde no texto da Constituição Federal brasileira de 1988 representou um grande avanço do ponto de vista social, sobretudo, porque o direito foi positivado seguindo ótica de universalização dos direitos de cidadania, que devem ser prestados pelo Estado de forma independente dos mercados e do sistema econômico.

A partir da Constituição de 1988 decidiu-se pela expansão e fortalecimento do setor público em matéria de saúde através da instituição do Sistema Único de Saúde, que é o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados preferencialmente por órgãos e instituições públicas organizadas em uma rede única, de acesso universal, regionalizada, hierarquizada, descentralizada e com atendimento integral, como expressa o artigo 196 do texto constitucional.

Apesar dos avanços que foram ensejados pelo SUS, ao longo de seus vinte e cinco anos, o referido sistema não vem conseguindo atender de forma satisfatória as demandas sociais pelos mais variados serviços de saúde. As dificuldades na prestação dos serviços resultam de uma série de fatores: a complexidade e amplitude do âmbito de proteção do direito à saúde, a onerosidade das prestações, as restrições orçamentárias, a inabilidade gerencial, a falta de investimentos, a malversação de recursos públicos, dentre outros.

E, diante da incapacidade de o SUS atender de forma adequada as demandas sociais, vem se fortalecendo cada vez mais o fenômeno da *judicialização* da saúde, entendido como a transferência das decisões de políticas públicas em saúde das instâncias políticas para o Poder Judiciário, que passou a decidir sobre uma série de questões, tais como: fornecimento de medicamentos, tratamentos, órteses e próteses; pedidos de cirurgia e acompanhamento cirúrgico; internações hospitalares e em unidades de terapia intensiva; solicitação de *home care* e transplantes, dentre outros.

A *judicialização* da saúde se tornou, assim, um problema para o Judiciário, não apenas pela grande quantidade de ações em tramitação, mas, sobretudo, em virtude das especificidades e complexidades que giram em torno do tema, as quais vão desde a legitimidade deste Poder para o controle das políticas públicas até a dificuldade da especificação do âmbito de proteção do direito à saúde, as questões orçamentárias e técnicas, dentre outras.

Considera-se legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas em saúde, na medida em que o próprio desenho institucional permite tal controle. Frente ao *déficit* ou carência de políticas públicas, a *judicialização* é fator imprescindível para a efetivação do direito fundamental à saúde. Todavia, neste campo, o Judiciário tem que agir com cautela, pois tal fenômeno pode abalar a própria estabilidade das instituições democráticas, na medida em que, a partir da *judicialização* das questões de saúde, o Poder Judiciário é obrigado a se imiscuir nas áreas de alocação de recursos e de prioridades do Estado, às vezes sem estar devidamente preparado para tanto.

Faz-se necessária a disseminação da percepção de que a universalidade do direito não significa que toda e qualquer prestação em saúde requerida pelas partes deva ser atendida, devendo o Poder Judiciário estar preparado para diferenciar aquilo que se refere apenas a um interesse privado da parte e aquilo que de fato está inserido no âmbito de proteção à saúde configurada como prestação obrigatória do Estado.

É preciso haver uma racionalidade na concessão de medidas judiciais em saúde, sendo as diretrizes do SUS estabelecidas na Constituição Federal, na Lei Orgânica da Saúde e demais atos normativos, importantes marcos para a concretização do direito à saúde, para, diante da sua complexidade e multiplicidade de prestações, especificar o âmbito de abrangência do direito, ou pelo menos, aquilo que ele não comporta.

Dessa forma, faz-se necessário observar, por exemplo, que os ditames dos princípios da unidade, descentralização, hierarquia e regionalização do SUS são violados diante de determinadas decisões judiciais, como as que determinam o dispêndio de recursos públicos para o custeio de remédios, tratamentos e procedimentos prescritos exclusivamente por profissionais que não pertencem aos quadros do sistema público; as que são proferidas sem a análise minuciosa dos atos normativos de repartição de competência e responsabilidade; e as que condenam os municípios ao fornecimento de serviços de alta complexidade ou bens de alto custo. Assim, tem-se que as diretrizes do SUS e os atos normativos estabelecidos pelo Ministério da Saúde devem ser conhecidos, observados e respeitados pelos magistrados.

O Poder Judiciário precisa reconhecer o fato de que não são é protagonista do processo de implementação de políticas públicas, na medida em que os seus membros, em geral, não são os mais habilitados a produzir a melhor decisão em matéria de saúde, pelo que devem prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade.

Entende-se, também, que, em um cenário de ausência de políticas públicas, a intervenção do Poder Judiciário deve ser a exceção e não a regra, uma vez que é do Legislativo e do Executivo a competência de, observando os ditames da reserva do possível e sopesando o direito individual em face do direito da coletividade, traçar as políticas públicas e definir as prestações a serem fornecidas.

Diante da ausência ou má gestão de políticas públicas, o Poder Judiciário somente deve agir quando observar que há uma omissão ou uma incapacidade de atuação do Estado em resolver, mediante políticas públicas, questões que ultrapassam a dimensão do interesse individual, não devendo interferir no campo das políticas públicas (diga-se, quando estas forem inexistentes) para tutelar interesse estritamente individuais e pontuais. Deve haver, por trás de uma demanda individual, um problema de ordem coletiva a justificar a atuação ativista do Poder Judiciário. Somente assim, se poderá garantir a possibilidade de o Judiciário não se ver engessado diante de omissões violadoras da Constituição dos Poderes majoritários, ao mesmo tempo em que se pode evitar a intromissão indiscriminada dos magistrados nas searas próprias do Executivo e Legislativo.

Em virtude da abstração e complexidade do direito à saúde, os intérpretes do direito têm dificuldade de traçar os seus limites. Assim, casuísmos se tornaram cada vez mais frequentes, predominando a compreensão de que o direito à saúde possui somente uma dimensão subjetiva, não podendo ser denegado de forma alguma, posicionamento que dificulta a necessária diferenciação entre demandas originadas de uma real omissão (malversação dos recursos públicos) do Poder Público na concretização do direito à saúde e aquelas que pleiteiam um benefício que foge da necessidade básica (WERNER, 2008).

A inexistência de parâmetros institucionais para a aferição dos limites e possibilidades do direito à saúde propicia a existência de sentenças judiciais extremamente díspares, uma vez que os juízes, por desconhecerem as questões técnicas e científicas imbricadas nas demandas de saúde, prolatam sentenças que não compreendem a real dimensão da garantia, deixando-se levar pelo forte apelo emocional dos casos que apreciam e desconsiderando as opções feitas pelos Poderes Executivo e Legislativo e pela sociedade, as quais também são escolhas legítimas.

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça, por influência do então Presidente, Ministro Gilmar Mendes, inseriu na sua agenda a problemática da *judicialização* do direito à saúde, desenvolvendo uma política pública judiciária em prol da melhoria da prestação jurisdicional em saúde, que, na ótica do Conselho, percebida a partir dos atos normativos editados pelo órgão, deve ser conferida por meio de uma decisão racional, que, em vez de guiada pelo forte apelo emocional dos pedidos requerendo ações e bens de saúde, se pautar no conhecimento técnico e na tentativa de diálogo, sobretudo, com o Poder Executivo.

Assim, percebeu-se que o CNJ pretendeu assumir a posição de ator de uma efetiva política pública judiciária de defesa e garantia do direito à saúde, através da expedição de recomendações de condutas e enunciados para orientar os magistrados nos processos de saúde e da aproximação do Poder Judiciário com o Poder Executivo. Nesse intento, e durante esse processo, até o presente momento, foram editados os seguintes atos normativos: Recomendação nº 31/2010, Resolução nº 107/2010, Recomendação nº 36/2011 e Recomendação nº 43/2013, ficando a sua execução a cargo do Fórum do Judiciário para a Saúde, que, por sua vez, é constituídos pelos Comitê Executivo Nacional e Comitês Executivos Estaduais.

Os Comitês do Fórum da Saúde têm por objetivo a coordenação e a execução de ações consideradas relevantes para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, incumbindo-lhes a elaboração de estudos e proposição de medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

A presente pesquisa constatou que o Comitê Executivo do Estado do Maranhão tem contribuído muito pouco na busca de soluções para os problemas gerados pelo fenômeno da *judicialização* da saúde, não conseguindo implementar no Estado nenhuma das recomendações do CNJ, propagar entre os magistrados maranhenses a política pública judiciária desenvolvida pelo Conselho (verdadeiros destinatários das ações) e disseminar entre os juízes e desembargadores a aproximação com os gestores públicos adquirida ao longo dos quatro anos de sua existência.

Ressalte-se que até o momento não foi criado no estado do Maranhão um núcleo de apoio técnico aos magistrados nas demandas de saúde, medida que se tem por imprescindível, diante da complexidade técnica e das implicações econômicas das questões envolvendo o direito à saúde.

Dessa forma, constatou-se que a eficácia da política judiciária proposta pelo CNJ é muito baixa no âmbito estadual, já que a maioria dos magistrados ainda não internalizou (e muitas vezes sequer conhecem) as orientações expedidas, o Comitê Estadual não tem apresentado soluções concretas para a melhoria da prestação jurisdicional em saúde, não foi instituído o núcleo de apoio técnico, não há proximidade dos magistrados com o Executivo e tampouco foi estabelecido um espaço permanente de debates sobre a judicialização através da promoção de encontros contínuos do Fórum da Saúde no estado.

Por outro lado, verificou-se que o Conselho Nacional de Justiça dirige quase exclusivamente a responsabilidade pela condução de sua política judiciária aos Tribunais, sem haver em contrapartida um efetivo acompanhamento e auxílio do CNJ por parte dos Tribunais e juízos. Percebeu-se que o Conselho, ao longo de sua década de existência, lançou uma série de projetos não só na área de gestão administrativa do Judiciário, mas também de garantia aos direitos humanos fundamentais, sem, todavia, contar com a infraestrutura adequada para a execução e acompanhamento desses projetos.

No caso específico do Fórum da Saúde, isso resultou na pouca eficácia ao longo dos anos, pois, apesar de promover anualmente encontros, as suas recomendações e enunciados têm pouca penetração na jurisprudência brasileira e ainda não conseguiu lançar em âmbito nacional qualquer medida concreta voltada ao aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde ou para a prevenção de novos conflitos, à otimização das rotinas e à organização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas, à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito à saúde.

Verificou-se que o CNJ tem enfrentado dificuldades para o desenvolvimento de sua política pública judiciária em prol do aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde. Ao Conselho, constitucionalmente, foi atribuída à gestão administrativa e disciplinar do Poder Judiciário, atribuições que por si só já consomem muito tempo da instituição, restando pouco para a condução dos programas em defesa dos direitos e garantias fundamentais que lançam.

O Poder Judiciário tem vários problemas e certamente o Conselho Nacional de Justiça não conseguirá resolver todos eles. Por isso, é preciso que seja reformulado o modo como esses programas são desenvolvidos, devendo a infinidade de projetos ser reduzidos através do estabelecimento metas claras e de prioridades quanto aos problemas que CNJ irá abordar.

Fixadas as prioridades, deve-se fornecer a estrutura adequada no interior do órgão para a condução dos programas, através da designação de servidores específicos para cada um destes projetos, que realizem estudos e acompanhem diretamente como a política está sendo conduzida no âmbito dos Estados. Caso contrário, ter-se-á sempre uma infinidade de projetos com poucos efeitos práticos, como é o caso do Fórum da Saúde, cuja Coordenadoria não conseguiu demonstrar nenhum reflexo concreto das ações desenvolvidas até agora sobre o fenômeno da *judicialização* da saúde.

Considera-se que, apesar das críticas realizadas ao longo do trabalho, um dos principais acertos da política pública judiciária conduzida pelo Conselho Nacional de Justiça na seara da *judicialização* da saúde é a tentativa de aproximar os magistrados dos centros de decisão do Poder Executivo, uma vez que o Poder Judiciário não é (e nem deve ser) o protagonista no campo das políticas públicas de saúde. O melhor caminho para o fortalecimento do Sistema Único de Saúde e, por conseguinte, para a efetivação do direito à saúde é a racionalização do processo de interação entre os agentes do sistema jurídico e administrativo através do estabelecimento de um diálogo institucional.

As decisões judiciais não devem ser o ponto de chegada, mas sim o ponto de partida de um processo de mudança social mais amplo e complexo, devendo o diálogo institucional ser estimulado não só como uma forma de melhorar as decisões judiciais, mas também de ensejar efetivas mudanças na sociedade a partir da transferência para o Executivo e Legislativo de um problema que teve destaque no Poder Judiciário.

E para que o Poder Judiciário atue como um identificador de problemas sociais é salutar que se demonstre aos Tribunais a importância de se montar um banco de dados efetivo sobre as ações de saúde, que informe não apenas o dado quantitativo, mas também o perfil dos demandantes e a natureza das prestações requerida, informações que devem ser de fácil acesso a toda a população, a exceção dos processos que tramitam em segredo de justiça, por determinação constitucional, no que se refere à publicidade. Ademais, faz-se necessário que haja uma interlocução periódica entre o Executivo e o Poder Judiciário acerca das ações ajuizadas no sistema de justiça brasileiro.

A resolução dos problemas gerados pela *judicialização* da saúde também perpassa pela formação dos profissionais que vão atuar na seara jurídica, que muitas vezes têm dificuldade em compreender o âmbito de proteção do direito à saúde. Uma forma de superar esses embaraços é a inserção do direito sanitário enquanto disciplina obrigatória nos cursos de direito, para que desde cedo os bacharéis comecem a compreender a questão sanitária de modo aprofundado.

Também é preciso que se estimule a tutela coletiva do direito à saúde, sem, todavia descuidar da proteção da dimensão individual do direito à saúde. O processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas em saúde deve ser preferido em razão de visar à melhora do sistema como um todo, beneficiando a coletividade.

Outra importante possibilidade de solução para os problemas gerados pela *judicialização* da saúde é o estímulo à *desjudicialização* das demandas de saúde através da disseminação de práticas de mediação, processo por meio do qual duas ou mais partes num litígio, fundamentados numa base voluntária, atuam no sentido de chegar a um acordo, com a assistência de um mediador.

A *judicialização* excessiva pode levar a escassez, a perdas financeiras, aumento dos custos de negligência e a um impacto potencialmente negativo no orçamento público e no planejamento das políticas públicas. Deixar as demandas de saúde sem discussão ou solução acarreta desperdício de dinheiro e do tempo de muitos profissionais nos hospitais e centros de atendimento, o que pode atrapalhar e comprometer a qualidade do atendimento do paciente e a produtividade do serviço.

Entende-se, de acordo com Ramos, Madureira e Sena (2014), que a mediação permite que os centros de saúde, os hospitais, as instituições, os asilos e outros estabelecimentos de saúde evitem conflitos antes que eles ocorram ou venham a eclodir, reduzam o risco e o custo do conflito, discutam a liquidação da questão antes da cobrança de custas e honorários advocatícios, proporcionem um fórum para resolução das questões fora do Poder Judiciário, criem mecanismos internos para resolver demandas que sejam mais céleres e baratos, e possam, ainda, identificar e resolver os motivos subjacentes que criaram o problema. Esse método é, portanto, um instrumento que atua nas causas dos problemas gerados pela *judicialização* da saúde, devendo, portanto, estar presente e qualquer estratégia que vise à resolução das dificuldades enfrentadas com a quantidade excessiva e complexidade das demandas de saúde.

Dessa forma, se é certo que o Poder Judiciário necessita desenvolver ações para a resolução de aspectos problemáticos no fenômeno da *judicialização* da saúde, também não resta dúvida de que é preciso que se invista em caminhos alternativos ao fenômeno.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Zenaide Neto. O Sistema Único de Saúde e as Lei Orgânicas da Saúde. *In:* AGUIAR, Zenaide Neto. (Org.). **SUS: Sistema Único de Saúde: antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. São Paulo: Martinari, 2011. p. 43-68.
- AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. *In:* NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 81-115.
- AÑÓN, Carlos Lena. **Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social**. Madri: Dyknsion, 2009.
- ASSIS, Gilmar de. A ação institucional de mediação sanitária: Direito, saúde e cidadania. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v.2, n.2, p. 460-471, jul./dez. 2013.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas, **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 15, p. 59-85, jan./jun. 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, **THEMIS: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32007-37579-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, **Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012a. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> . Acesso em 14 maio 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, Rio de Janeiro v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012b. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 14 maio 2015.
- BOCHENEK, Antonio César; DALAZOANA, Vinicius; RISSETTI, Vinicius Rafael. *Goodgovernance* e o Conselho Nacional de Justiça. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 18, p. 535-554, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/good-governance-conselho-nacional-de-justica>>. Acesso em: 2 fev. 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 fev. 2015.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em 5 fev. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório atualizado da Resolução 107**. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf>. Acesso em 18 fev. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 207**. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnotribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em 18 fev. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Quantidade de demandas de saúde nos Tribunais**. 2010. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf> . Acesso em 20 maio 2015

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 31, de 30 de março de 2010**. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acesso em 19 maio 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010**. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf>. Acesso em: 19 maio 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 36, de 12 de julho de 2011**. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/recomendacao_n36_12julho2011.pdf>. Acesso em 19 maio 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 43, de 20 de agosto de 2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1823>> . Acesso em 19 maio 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema de processo eletrônico**. 2015. Disponível em:<<https://www.cnj.jus.br/ecnj/index.php>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública: saúde**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm> . Acesso em 16 abr. 2012.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. **Revista de Direito**

Internacional dos Direitos Humanos, Rio Grande do Norte, v. 2, n. 1, p. 168-182, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadidh.com.br/ojs/index.php/REDIDH/article/view/40>>. Acesso em: 3 fev. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Gilson. Os governos trincam e truncam o conceito da integralidade. **Radis**, Rio de Janeiro, n. 49, ago. 2006. Disponível em: <<http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/revista-radis/49/reportagens/os-governos-trincam-e-truncam-o-conceito-da-integralidade>>. Acesso em: 12 maio 2015.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação**. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O poder dos juízes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 13-27, mar. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100003>. Acesso em: 2 fev. 2015.

CHAGAS, Eduardo F. O método dialético de Marx: investigação e exposição crítica do objeto. **Revista Síntese**, Belo Horizonte, v. 38, n. 120, p. 55-70, 2011. Disponível em: <<http://faje.edu.br/periodicos2/index.php/Sintese/article/view/1036/1460>>. Acesso em 21 maio 2015.

DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma**. Documento Técnico nº 319. Washington: Banco Mundial, 1996. Disponível em: <<http://www.sitraemg.org.br/conheca-o-documento-319-do-banco-mundial/#top>>. Acesso em: 18 maio 2015.

DALLARI, Sueli Gandolf. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolf; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DANIELS, Norman. **Justice and justification: reflective equilibrium in theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 1996.

DANIELS, Norman. **Just health: meeting health needs fairly**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DELDUQUE, Maria Célia. CAYÓN, Joaquín de las Cuervas. **A mediação como alternativa à judicialização da saúde**. 2013. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2013/07/08/a-mediacao-como-alternativa-a-judicializacao-da-saude/>>. Acesso em: 04 nov 2014.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim; CIARLINI, Álvaro. Judicialização das políticas de saúde no Brasil. *In*: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria

Célia; DINO NETO, Nicolao (Org.). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU: FIOCRUZ, 2013. p. 181-217.

FALCÃO, Joaquim; LENNERTZ, Marcelo; RANGEL, Tânia Abrão. **O controle da administração judicial**. 2009. Disponível em: <academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/1/1e/O_controle_da_administração_judicial_-_português_-_México.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2015.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 249-268, jan./jun. 2012.

FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da. Núcleos de assessoria técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais?. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 20, n.36, p. 219-240, abr. 2013. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/371/345>. Acesso em: 20 maio 2015.

FONSECA, Juliana Pondé. **Problemas estruturais do Judiciário brasileiro**: por um processo cível factível. 2011. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

FRANCO, Ivan Candido da Silva de; CUNHA, Luciana Gross. O CNJ e os discursos do direito e desenvolvimento. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 18, p. 515-533, jul./dez 2013. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/cnj-discursos-direito-desenvolvimento>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

FREEMAN, Samuel. Introduction: John Rawls: an overview. *In*: FREEMAN, Samuel. **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 1-61.

FREGALE FILHO, Roberto. Conselho Nacional de Justiça: desenho institucional, construção de agenda e processo decisório. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 975 - 1007, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582013000400008&script=sci_arttext>. Acesso em: 2 fev. 2015.

FREGALE FILHO, Roberto. **O Conselho Nacional de Justiça e seus possíveis impactos constitucionais**. *In*: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 35., 2011, Caxambu, Anais...Caxambu: ANPOCS, 2011. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/35_encontro_gt/GT17/RobertoFregale.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2015.

GIOVANNI, Geraldo di. Sistema de proteção social: uma introdução conceitual. *In*: OLIVEIRA, Marco Antônio. (Org.). **Reforma do Estado e políticas de emprego no Brasil**. Campinas, São Paulo: UNICAMP, IE, 1998.

GOMES, Dalila F. *et al.* Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá pra cá?, **Saúde debate**, Rio de Janeiro, vol.38, n.100, p. 139-156, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n100/0103-1104-sdeb-38-100-0139.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KOERNER, Andrei; FREGALE FILHO, Roberto. **Do controle externo à participação cidadã**: por uma revisão do modelo do Judiciário brasileiro. 2014. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Principios-Fundamentais/Do-Controle-Externo-a-Participacao-Cidada-Por-uma-revisao-do-modelo-do-Judiciario-Brasileiro/40/32478>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. A Audiência Pública da Saúde: questões pra a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 46, n. 4, p. 1017-1036, jul./ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122012000400006>. Acesso em: 14 fev. 2015.

MACHADO, Natália Gaspar. **O Conselho Nacional de Justiça**: um estudo da função normativa. Itajaí: UNIVALI. 2008. 142f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. Disponível em: <http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=565>. Acesso em 6 fev. 2015.

MALUF, Paulo José Leonesi. **Conselho Nacional de Justiça**: análise de sua competência disciplinar. São Paulo: USP. 2013. 184f. Dissertação. (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12022014-133114/pt-br.php>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

MANZINI, Eduardo José. A entrevista na pesquisa social. **Didática**, São Paulo, v. 26/27, p. 149-158, 1990/1991.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Judicialização da saúde será tema de curso na ESMAM**. 2012a. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/esmam/visualiza/publicacao/106971#>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Saúde pública do Estado é tema de seminário**. 2012b. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/tj/visualiza/publicacao/400900>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

MARIO, Camila Gonçalves De. **Saúde como questão de justiça**. Campinas: UNICAMP, 2013. 332f. Tese. (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000905800>>. Acesso em: 30 set. 2014.

- MARIO, Camila Gonçalves De. **Saúde justa: uma concepção liberal-igualitária**. 2014. Trabalho apresentado ao IX Encontro da ABCP, Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.encontroabcp2014.cienciapolitica.org.br/resources/anais/14/1403712316_ARQ_UIVO_ArtigoABCPSaudeliberaligualitaria.pdf>. Acesso em 10 dez. 2014.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Tradução Florestan Fernandes, 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar. **As contribuições do CNJ para o Judiciário brasileiro**. 2012. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2012/07/as-contribuicoes-do-cnj-para-o-judiciario-brasileiro/>>. Acesso em: 6 fev. 2015.
- NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. *In*: NOBRE, Milton; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 353-366.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. São Paulo: Unesp, 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 31 jan. 2015.
- PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2009.
- PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **Política social: temas & questões**. São Paulo: Cortez, 2008.
- PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.41, p. 184-203, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2015.
- POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- RAMOS, Edith Maria Barbosa. **Universalidade do direito à saúde**. São Luís: EDUFMA, 2014.
- RAMOS, Edith Maria Barbosa. Poder Judiciário: burocracia e controle democrático. *In*: ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO (Coord.). **Direitos fundamentais, democracia e cidadania: estudos em homenagem a Elimar Figueiredo de Almeida Silva**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2010. p. 247-266.
- RAMOS, Edith Maria Barbosa; MADUREIRA, Amanda Silva; SENA, Jaqueline Prazeres de.

Mediação de saúde: desafios e perspectivas. In: CHAI, Cássius Guimarães; SOUSA, Maria do Socorro Almeida de (Org.). **Mediação e direitos sociais indisponíveis**: trabalho, saúde, educação e meio ambiente. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. p. 98-116.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RÍOS-FIGUEROA, Júlio; TAYLOR, Matthew M. Institutional Determinants of Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico, **Journal of Latin American Studies**, v. 38, n. 2, p. 189-217, 2006. Disponível em: <<https://files.nyu.edu/jrf246/public/Papers/Rios-Figueroa%20and%20Taylor%20JLAS%202006.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2014.

ROCHA, Leonel Severo; WEBBER, Suelen. A efetivação do direito à saúde sob uma observação transdisciplinar, **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 167-186, jan./jun. 2012.

ROS, Luciano da. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo, **Direito, Estado e Sociedade**, [S.l.], n. 31, p. 86/105, dez. 2007. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/arbitros-instrumentos-tipologia-recentes-neo-80426881>>. Acesso em 10 jan. 2014.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma. **Opinião Pública**, Campinas, v. 10, n. 1, p. 1-62, maio 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762004000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 6 fev. 2015.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: uma nova instituição. In: DANTAS, Humberto *et. al.* (Org.). **Reforma do Estado brasileiro**: perspectivas e desafios. Rio de Janeiro, Fundação Konrad Adenauer, 2010.

SAMPAIO, José Adercio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. In: SANTOS, L (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 145-179.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia**: separação de poderes: eficácia e efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro: Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2011.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes**

constitucionais. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, Rosane Leal da; HOCH, Patrícia Adriani; RIGHI, Lucas Martins. A transparência pública e a atuação normativa do CNJ. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 18, p. 489-514, jul/dez 2013. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/transparencia-publica-atuacao-normativa-cnj>>. Acesso em 2 fev. 2015.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. Considerações sobre a Reforma do Poder Judiciário. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 23, p. 73-76, out./dez. 2003.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. Avaliação de políticas e programas sociais: aspectos conceituais e metodológicos. In: _____. **Avaliação de políticas públicas: teoria e prática**. São Paulo: Veras, 2001. p. 37-93.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 29-46, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a04v21n45.pdf>>. Acesso em 2 fev. 2014.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VITA, Álvaro de. Apresentação da edição brasileira. In: RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. XI-XXXIII.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEBBER, Suelen da Silva. **Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais**. Curitiba: Juruá, 2013.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O Direito Social e o Direito Público Subjetivo à Saúde: o desafio de compreender um Direito com duas faces, **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 92-131, 2008.

APÊNDICES

Apêndice A – Requerimento de solicitação das entrevistas dos julgadores das ações de saúde

A Sua Excelência Juiz Carlos Henrique Rodrigues Veloso

REQUERIMENTO

Isadora Moraes Diniz, aluna do Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão e sua Orientadora Professora Doutora Edith Maria Barbosa Ramos (UFMA) vêm por meio deste solicitar os seus bons préstimos no sentido de colaborar, por meio da concessão de entrevista semi-estruturada, com a pesquisa intitulada “DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça no aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde”, que subsidiará dissertação a ser defendida em março/2015. Ressalte-se que os nomes dos colaboradores não serão mencionados no trabalho, estando garantido o absoluto sigilo das fontes.

Respeitosamente,

São Luís, 2 de março de 2015.

Isadora Moraes Diniz

Isadora Moraes Diniz

Aluna Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA

Edith Ramos

Prof.ª Dr.ª Edith Maria Barbosa Ramos

Orientadora

Professora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA

Recebido em 04/03/2015
 Hora: 16:00 Mat.: 097782
Isabel Ribeiro Fialho
 Servidor(a)
 2ª Vara da Faz. Pública - São Luís/MA
Isabel Ribeiro Fialho
 Secretária Judicial
 2ª Vara da Fazenda Pública
 Matr.097782

Apêndice B – Requerimento de solicitação das entrevistas dos Membros do Comitê Executivo do Estado do Maranhão

A Sua Excelência Juiz Alexandre Lopes de Abreu

REQUERIMENTO

Isadora Moraes Diniz, aluna do Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão e sua Orientadora Professora Doutora Edith Maria Barbosa Ramos (UFMA), vêm por meio deste solicitar os seus bons préstimos no sentido de colaborar, através do fornecimento de uma entrevista semi-estruturada, com a pesquisa intitulada “DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça no aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde”, que subsidiará a sua dissertação a ser defendida em maio/2015. Ressalte-se que os nomes dos colaboradores não serão mencionados no trabalho, estando garantido o absoluto sigilo das fontes.

Respeitosamente,

São Luís, 20 de abril de 2015.

Isadora Moraes Diniz

Isadora Moraes Diniz

Aluna Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA

Prof.ª Dr.ª Edith Maria Barbosa Ramos

Orientadora

Professora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA

*Recebido
São Luís, 09/08/15*

*Alexandre Lopes de Abreu
Juiz de Direito da 15ª Vara Cível*

Apêndice C – Requerimento de solicitação de entrevista da Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

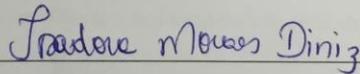
A Sua Excelência Desembargadora Cleonice Silva Freire

REQUERIMENTO

Isadora Moraes Diniz, aluna do Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão e sua Orientadora Professora Doutora Edith Maria Barbosa Ramos (UFMA), vêm por meio deste solicitar os seus bons préstimos no sentido de colaborar, através do fornecimento de uma entrevista semi-estruturada, com a pesquisa intitulada “DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça no aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde”, que subsidiará a sua dissertação a ser defendida em maio/2015. Ressalte-se que os nomes dos colaboradores não serão mencionados no trabalho, estando garantido o absoluto sigilo das fontes.

Respeitosamente,

São Luís, 8 de maio de 2015.



Isadora Moraes Diniz

Aluna Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA

Prof.^a Dr.^a Edith Maria Barbosa Ramos

Orientadora

Professora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA

Apêndice D – Requerimento de solicitação de entrevista à Conselheira do CNJ Coordenadora do Fórum da Saúde

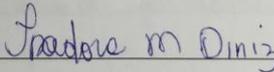
A Sua Excelência Conselheira Deborah Ciocci

REQUERIMENTO

Isadora Moraes Diniz, aluna do Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão e sua orientadora Professora Doutora Edith Maria Barbosa Ramos (UFMA), vem por meio deste solicitar os seus bons préstimos no sentido de colaborar, através do fornecimento de uma entrevista semi-estruturada, com a pesquisa intitulada “DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça no aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde”, que subsidiará a sua dissertação a ser defendida em março/2015.

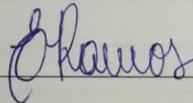
Ressalte-se que os nomes dos colaboradores não serão mencionados no trabalho, estando garantido o absoluto sigilo das fontes.

Respeitosamente,



Isadora Moraes Diniz

Aluna Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA

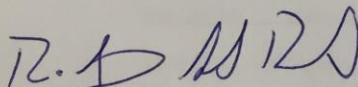


Prof.ª Dr.ª Edith Maria Barbosa Ramos

Orientadora

Professora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA

Recebido 12/05/2015



Rodrigo Silva Rocha
Assessor
Conselho Nacional de Justiça

Apêndice E – Instrumento de coleta de dados dos juízes e desembargadores

1. Como Vossa Excelência percebe o processo de judicialização e as ações do Conselho Nacional de Justiça para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde?
2. Vossa Excelência costuma acionar os gestores de saúde antes de conceder medidas liminares?
3. Já concedeu, em algum momento, medicamento não registrado pela ANVISA? Se sim, Vossa Excelência verificou, antes da decisão, se o demandante fazia parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios? Em caso positivo, exigiu que os laboratórios assumissem a continuidade do tratamento?
4. Quando sua decisão é no sentido de garantir uma prestação em saúde abrangida por política pública, Vossa Excelência determina, caso o demandante não faça parte, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas?
5. Vossa Excelência já fez algum curso sobre direito sanitário? Qual? Tem conhecimento de algum curso sobre a temática promovido pela ESMAM?
6. A Corregedoria já propiciou a Vossa Excelência visita aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como as unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e hospitais habilitados em oncologia? Em caso negativo, o senhor já realizou a visita por iniciativa própria?
7. Ao decidir sobre uma demanda de saúde, Vossa Excelência pode contar com um núcleo de apoio técnico do judiciário (composto por profissionais da área da saúde)
8. Na opinião de Vossa Excelência, como está o diálogo entre o Poder Executivo e o Judiciário no que se refere à judicialização da saúde?

Apêndice F – Roteiro de entrevista dos membros do Comitê Executivo do Estado do Maranhão do Fórum da Saúde

1. Qual é a percepção de Vossa Excelência sobre a judicialização da saúde e o Fórum Nacional do Judiciário para a saúde?
2. Qual a periodicidade das reuniões e existe uma agenda de tarefas a ser cumprida para o ano de 2015?
3. Vossa Excelência pode destacar as medidas previstas na Resolução 107 e na Recomendação 31 do CNJ que já foram implementadas no Estado do Maranhão ou que serão implantadas em 2015?
4. Junto ao Tribunal de Justiça existe um núcleo de apoio técnico para auxiliar os magistrados na apreciação das demandas envolvendo o direito à saúde?
5. Existe algum veículo de divulgação das ações do Comitê para juízes, desembargadores e demais profissionais do direito?
6. Quais proposições concretas e normativas já foram implementadas pelo Comitê para garantir a eficiência da prestação jurisdicional em saúde? Como Vossa Excelência avalia o apoio do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão e do CNJ nesse sentido?
7. Vossa Excelência percebe a eficácia da Resolução 107 e da Recomendação 31 no Estado do Maranhão? Em caso de resposta negativa, a que atribui a baixa eficácia?
8. O Comitê tem disponibilizado os atos infralegais (resoluções, portarias etc.) emitidos pelo Ministério da Saúde?
9. Como é a infraestrutura e os recursos humanos disponíveis para o Comitê? Há um espaço de funcionamento próprio? Há servidores exclusivamente designados para a organização das atividades?

10. Como está a interlocução do Comitê com o Poder Executivo? Quais medidas do Executivo foram subsidiadas por conclusões obtidas a partir das observações do Comitê?

Apêndice G - Roteiro de entrevista da Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

1. Como Vossa Excelência percebe o processo de judicialização e as ações do Conselho Nacional de Justiça para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde?
2. Existe uma agenda institucional de tarefas a ser cumprida para o ano de 2015 no que se refere à temática da judicialização da saúde?
3. Vossa Excelência pode destacar as medidas previstas na Recomendação nº 31 do CNJ (que recomenda aos Tribunais a adoção de medidas pertinentes à judicialização da saúde) já implementadas no Estado do Maranhão ou que serão implantadas em 2015?
4. Junto ao Tribunal de Justiça existe o núcleo de apoio técnico para auxiliar os magistrados na apreciação das demandas envolvendo o direito à saúde? Em caso negativo, há previsão de implantação do NAT?
5. O Tribunal tem expedido aos magistrados recomendações de procedimentos a serem adotados nas ações de saúde? Em caso positivo, quais Vossa Excelência pode destacar?
6. O Tribunal se preocupa em capacitar os magistrados (através da inserção da disciplina de direito sanitário nos concursos de ingresso da carreira ou do oferecimento de cursos de aperfeiçoamento) para a apreciação das demandas de saúde?
7. Após a promoção do Desembargador João Santana, já foi nomeado um novo coordenador para o Comitê Executivo do Estado do Maranhão do Fórum da Saúde?

8. **O Tribunal oferece infraestrutura, recursos humanos e meio de divulgação para as ações do Comitê Executivo? E como é o apoio institucional oferecido ao Comitê?**
9. **Como é o diálogo do Tribunal com os membros do Comitê Estadual?**
10. **Como é o diálogo do Tribunal com o CNJ no que se refere à implementação das políticas criadas pelo órgão para o aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde? Há um acompanhamento do CNJ? É exigido o envio periódico de relatórios sobre o cumprimento das ações propostas?**
11. **O Tribunal de Justiça fornece dados ao Sistema da Resolução 107 (sistema do CNJ que armazena as informações referentes às demandas de saúde dos Estados)? Qual o setor responsável?**
12. **Como é o diálogo entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário no que se refere à judicialização da saúde?**

Apêndice H - Roteiro de entrevista da Conselheira do CNJ Coordenadora do Fórum do Judiciário para a Saúde

Conselheira

- 1. Qual é a percepção de Vossa Excelência sobre a judicialização da saúde e o Fórum do Judiciário para a Saúde?**

- 2. O Fórum foi criado há quase cinco anos durante a presidência do Min. Gilmar Mendes, cujo mandato frente ao STF e CNJ se destacou pela defesa aos direitos e garantias fundamentais. Passados 5 anos da sua criação, Vossa Excelência avalia que as ações do Fórum ainda está entre as prioridade do CNJ?**

- 3. Como Vossa Excelência. percebe o Estado do Maranhão no cenário da judicialização da saúde?**

Assessor

- 1. Qual a periodicidade das reuniões do Fórum? Existe uma agenda de tarefas a ser cumprida em 2015?**

- 2. Como o Fórum realiza o monitoramento das ações judiciais que envolvem prestações de assistência à saúde? Além da quantificação do número de ações, O Fórum já realizou algum estudo sobre a judicialização da saúde?**

- 3. Como é a infraestrutura e recursos humanos disponíveis para o Fórum? Há um espaço de funcionamento próprio e servidores exclusivamente designados para a realização dos estudos sobre a judicialização?**

4. Quais medidas concretas e normativas voltadas à otimização das rotinas processuais e prevenção de conflitos judiciais em saúde adotadas pelo Fórum que Vossa Excelência destacaria?
5. Há um acompanhamento periódico das medidas recomendadas pelo CNJ que já foram adotadas pelos Tribunais brasileiros? Essas medidas têm tido a eficácia pretendida em todo o Brasil e, mais especificamente, no Estado do Maranhão?
6. Existe um meio de divulgação das ações do Fórum para os juízes, desembargadores, demais profissionais do direito e membros do Executivo?
- 7.
8. Como Vossa Excelência avalia a eficácia da Recomendação nº 31 nos Estados brasileiros? Vossa Excelência avalia que os juízes conhecem as recomendações propostas? Quais Estados já podem contar com um núcleo de assessoramento técnico?
9. Para Vossa Excelência, as ações do Comitê Executivo Estadual do Maranhão estão sendo efetivas? Como está o diálogo do Fórum com o Comitê Executivo Estadual do Maranhão e com a Presidente do Tribunal de Justiça do Maranhão no que se refere ao aprimoramento da prestação jurisdicional em saúde?
10. Pesquisa realizada com a maioria dos Desembargadores e Juízes das Varas da Fazenda Pública de São Luís constatou que há quase um total desconhecimento das recomendações do CNJ com relação às demandas em saúde. Essa é uma realidade exclusiva do Maranhão? A que fator Vossa Excelência atribui esse cenário?
11. A partir da criação do Fórum, o diálogo institucional do Judiciário com o Poder Executivo melhorou?

ANEXOS

Anexo A – Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010

Anexo B- Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010

Anexo C – Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011

Anexo D – Recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013

Anexo E – Portaria nº 91, de 11 de maio de 2010

Anexo F – Portaria nº 40, de 25 de março de 2014

Anexo G – Portaria nº 25, de 22 de março de 2011.

Anexo H - Comitê Executivo do Estado do Maranhão

(Atualizado em 10.04.2013)

Integrantes	Cargos	Contatos
João Santana Sousa (coordenador)	Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública Estadual	jssousa@tjma.jus.br Celular: (98) 9972-0304
Raimundo Nonato Neris Ferreira	Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública Estadual	raimundoneris@terra.com.br (98)8127-5412
José Magno Linhares Moraes	Juiz da 2ª Vara Criminal Federal	Telefone: (98)3214-5719 Celular: (98)9961-3003
Benito Pereira da Silva Filho	Defensor Público Estadual	
Egídio de Carvalho Ribeiro	Médico Pesquisador	egidio@elo.com.br (98)9155-4338
Herberth Costa Figueiredo *Representado atualmente pela Promotora de Saúde Glória Mafra	Promotor da 12ª Promotoria Especializada em Saúde	Celulares: (98) 9114-6106 (98) 9972-0504
Valéria Lauande Carvalho Costa	Representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Maranhão;	
José Américo Abreu Costa	Juiz Vara da Infância e Juventude	jacosta@tjma.jus.br
Alexandre Lopes de Abreu	Juiz Auxiliar representando os Juizes da Área Cível.	alabreu@tjma.jus.br
Silvia Raimunda Costa Leite	Médica Superintendente do Controle e Avaliação	silvia.rcleite@terra.com.br Celular: (98) 9126-9430