

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS
MESTRADO EM POLÍTICAS PÚBLICAS**

ARNALDO VIEIRA SOUSA

**TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS NO
ESTADO DO MARANHÃO: uma análise da judicialização da saúde no Estado do
Maranhão nos anos de 2009 e 2010.**

São Luís
2013

ARNALDO VIEIRA SOUSA

**TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS NO
ESTADO DO MARANHÃO: uma análise da judicialização da saúde no Estado do
Maranhão nos anos de 2009 e 2010.**

Dissertação apresentada ao Programa de
Políticas Públicas da Universidade
Federal do Maranhão para obtenção do
título de Mestre em Políticas Públicas

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Maria da
Costa Gonçalves

São Luís
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

ARNALDO VIEIRA SOUSA

**TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS NO
ESTADO DO MARANHÃO: uma análise da judicialização da saúde no Estado do
Maranhão nos anos de 2009 e 2010.**

Dissertação apresentada ao Programa de
Políticas Públicas da Universidade
Federal do Maranhão para obtenção do
título de Mestre em Políticas Públicas

Aprovada em: ___/___/2013

BANCA EXAMINADORA

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

1º Examinador (a)

2º Examinador (a)

Àqueles que dedicam suas vidas à saúde pública.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo amor e cuidado na minha educação e no incentivo ao exercício da minha liberdade e da minha responsabilidade para com os outros, sempre preocupados em me ensinar a ver e me preocupar com as necessidades dos mais carentes.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, em especial a professora Ozanira, pelo zelo e dedicação para com a aprendizagem dos alunos e por me fazerem reavivar a esperança na docência e na educação pública federal.

À professora Cláudia Maria da Costa Gonçalves, cuja convivência desde a graduação sempre me ensinou muito e cuja paciência e dedicação durante a orientação foram determinantes para conclusão do presente trabalho.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, sempre prontos a auxiliar os alunos em suas dúvidas e necessidades.

Aos professores Marcos Pacheco e Antônio Augusto, pela análise crítica e sugestiva ao longo da construção do presente trabalho e pela inspiração que passam pelas suas obras e vidas, dedicadas à discussão sobre a saúde pública.

Andares

Como emurchece toda flor, e toda idade
juvenil cede à senil – cada andar da vida
floresce, qual a sabedoria e a virtude,
a seu tempo, e não há de durar para sempre.

A cada chamado da vida o coração
deve estar pronto para a despedida e para
novo começo, com ânimo e sem lamúrias,
aberto sempre para novos compromissos.
Dentro de cada começar mora um encanto
que nos dá forças e nos ajuda a viver.

Devemos ir contentes, de um lugar a outro,
sem apegar-nos a nenhum como a uma pátria:
não nos quer atados, o espírito do mundo
- quer que cresçamos, subindo andar por andar.
Mal a um tipo de vida nos acomodamos
e habituamos, cerca-nos o abatimento.

Só quem se dispõe a partir e a ir em frente
pode escapar à rotina paralisante.
É bem possível que a hora da morte ainda
de novos planos ponha-nos na direção:
para nós, não tem fim o chamado da vida...
Saúda, pois, e despede-te, coração!

(Herman Hesse, de “Andares”, 1961)

RESUMO

A judicialização da saúde tem entrado progressivamente na pauta de discussões dos três Poderes da República. A discussão tem como pano de fundo não só os limites e possibilidades da efetivação da Constituição brasileira, mas também da nossa própria política. O presente trabalho pretende analisar como se deu a judicialização da saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde no Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010, com vistas a auxiliar na racionalização do debate. Para isso, faz-se uso do histórico da progressiva imersão da questão social na política ocidental, para em seguida trabalhar o contexto em que a judicialização da saúde ganhou espaço na pauta da agenda pública brasileira. Em seguida, trabalha-se com a formação do direito à saúde enquanto direito fundamental social e com a formação do Poder Judiciário brasileiro, para, logo após, se fazer um levantamento das principais críticas à judicialização da saúde tida como excessiva e sua comparação à realidade maranhense de 2009 e 2010.

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

ABSTRACT

The judicialization of health has gradually entered on the agenda of the three Powers of the Republic. The discussion has as a background not only the limits and possibilities of realization of the Brazilian Constitution, but also of our own policy. This study aims to analyze how was the judicialization of health under the Health System in the state of Maranhão in the years 2009 and 2010, in order to assist in the rationalization of discussion. For this, makes use of the historic of progressive immersion of the social issue in Western policy, and then working in the context in which the judicialization of health gained space on the staff of the Brazilian public agenda. Then works with the formation of the right to health as a fundamental right and the social formation of the Brazilian Judiciary, for, shortly after, making a survey of the main criticisms of the judicialization of health regarded as excessive and its comparison to reality in Maranhão in the years of 2009 and 2010.

Keywords: Judicialization of Health. Right to Health. Judiciary in Maranhão.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DA SAÚDE	14
2.1 A política e o advento da Esfera social	14
2.2. A Judicialização da Saúde inserida na agenda política no Brasil	24
2.2.1. Caracterização da agenda pública	24
2.2.2. A agenda pública no Brasil e as particularidades da agenda da saúde	25
3 A CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NO BRASIL	34
3.1 A construção dos direitos fundamentais sociais no Brasil	34
3.2 Os direitos fundamentais sociais:.....	38
3.4 Do conceito de saúde e do direito à saúde.....	41
4 A FORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O ACESSO À JUSTIÇA NO PAÍS.....	46
5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DO MARANHÃO	55
5.1 Críticas à judicialização da saúde	55
5.2 A judicialização da saúde no Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010	63
5.2.1 Os autores das ações no Maranhão e o acesso à justiça	67
5.2.2 As ações com pedido de medicamentos	68
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS.....	81

1 INTRODUÇÃO

A cada dia que passa mais e mais pessoas se socorrem do Poder Judiciário em busca da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos pela via judicial. Tal fato tem se tornado motivo de pauta de inúmeras discussões no âmbito dos três Poderes, acerca dos limites de cada um deles em um Estado Democrático de Direito, mas também, e principalmente, acerca de qual seria a maneira mais adequada de efetivar o direito à saúde sem prejuízo das demais políticas públicas a serem implementadas pelo Estado brasileiro.

De acordo com dados extraídos do Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (DATASUS), no ano de 2008, a cobertura dos planos privados de saúde só atendia a 21,24% da população brasileira (BRASIL, 2009), o que implica dizer que 78,76% dessa mesma população dependiam única e exclusivamente do Sistema Único de Saúde para ter atendimento médico. Os dados de 2008 ainda refletem a realidade atual do país, em que o atendimento médico oferecido pelo Sistema Único de Saúde não abarca todas as espécies de tratamento médico, nem todos os medicamentos dos quais a população necessita (BRASIL, 2009).

Com isso, mais pessoas têm buscado o acesso aos tratamentos médicos e medicamentos através do Poder Judiciário – fenômeno conhecido como “judicialização da saúde”. Conforme levantamento parcial realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2010, as demandas judiciais referentes ao setor de saúde aumentaram em todo o país. Nesse levantamento, foram apurados os processos existentes em 20 tribunais brasileiros, chegando ao resultado parcial de 112.324 processos abertos (MARANHÃO, 2010). Dentre estes, a maior parte diz respeito ao acesso a medicamentos e procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde, assim como vagas em hospitais públicos, ou até mesmo privados, sob o custeio do Estado.

A tutela jurisdicional desse direito tem crescido em todo o país e mostra-se ainda mais marcante que a tutela jurisdicional de qualquer outro direito social pelo envolvimento direto entre a decisão a ser tomada pelo juiz e a manutenção da própria vida do tutelado pela demanda judicial. Com isso, diferentemente de ações

judiciais relacionadas com outros direitos sociais, os juízes se veem quase na impossibilidade de denegar o pedido, sob o risco de ter em suas mãos a responsabilidade pelo falecimento ou agravamento da doença de outro humano.

A judicialização da saúde, por seu crescimento vertiginoso, tem ocupado a agenda pública da saúde brasileira pós-constituente de maneira cada vez mais forte. Isso se dá pelas mais diversas razões, dentre as quais podemos citar o crescimento da população e da expectativa de vida, a forte desigualdade social que marca nosso país, impedindo o acesso da maior parte da população a serviços de saúde de qualidade, e a própria transformação do acesso ao Poder Judiciário brasileiro, com a crescente coletivização de demandas.

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

Visando a isso, o Conselho Nacional de Justiça criou, em agosto de 2010, o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde, e, no Estado do Maranhão, o Poder Judiciário também já tem demonstrado sua preocupação com a temática, tendo realizado cursos de saúde e saúde suplementar para os magistrados, bem como organizando o I Fórum Estadual realizado em dezembro de 2012 com o objetivo de aproximar os magistrados maranhenses das demandas atuais do Poder Judiciário em relação ao acesso à saúde e ao tratamento médico, bem como da realidade em que se encontra a saúde pública em nosso Estado.

Em um Estado como o Maranhão, em que a maior parte da população carece da efetivação dos direitos basilares a uma vida digna, tal discussão adquire especial relevância. Surge daí a ideia de enfrentar o presente tema e pesquisar o assunto, de modo a analisar quais são os tratamentos médicos e medicamentos buscados no Judiciário maranhense e se tais medicamentos estão na lista daqueles gratuitos a serem fornecidos pelo SUS, a fim de tentar traçar um panorama da situação atual da judicialização da saúde no Maranhão e se isso aponta para uma ampliação do acesso à justiça por parte da população mais carente.

Assim é que a presente pesquisa partirá de alguns questionamentos, os quais se tentará responder ao longo do trabalho. São eles: a) Como a saúde e a

questão social entraram na pauta política e jurídica? Como passaram a saúde passou a ser entendida como objeto de tutela judicial? Como a judicialização da saúde entrou na pauta da agenda pública brasileira? O que é a saúde enquanto objeto de tutela judicial? O que são os direitos fundamentais sociais e como se dá sua judicialização? Em qual Judiciário se dá essa judicialização? Como se deu a formação do Judiciário brasileiro até o momento em que essas demandas surgiram? Como se deu a judicialização da saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde no Estado do Maranhão em 2009 e 2010? Que críticas lhe podem ser feitas e quais carecem de pertinência no contexto maranhense? Que apontamentos podem ser feitos a esse respeito?

Assim é, que a pesquisa, em seu primeiro capítulo, fará uma contextualização bibliográfica acerca de como a questão social entrou progressivamente na pauta da política e como, a partir dessa perspectiva, a saúde e outros direitos fundamentais sociais passaram a ser objeto de tutela judicial na civilização ocidental e, mais particularmente, no Brasil. Passar-se-á, em seguida, a uma abordagem de como a pauta da judicialização da saúde foi progressivamente ganhando espaço na agenda das políticas públicas brasileiras, passando a ser objeto de intensa discussão nos âmbitos dos três Poderes.

No segundo capítulo, a pesquisa partirá da análise do conceito e configuração do direito à saúde enquanto um direito fundamental social e suas implicações do ponto de vista coletivo e individual, tal qual pautadas na agenda pública brasileira, em referência ao debate da judicialização.

A abordagem feita no terceiro capítulo dirá respeito à formação do Poder Judiciário brasileiro e de como se dá a caracterização do acesso à justiça no âmbito do país, especialmente no que se refere ao direito à saúde, de modo a possibilitar uma melhor compreensão de como se dá o tratamento do Judiciário a essas demandas.

Por fim, o último capítulo analisará as tutelas judiciais relacionadas à saúde deferidas pelo Poder Judiciário maranhense nas ações movidas em face do Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010, de modo a avaliar em que categorias estas se encontram, bem como qual a sua relação com a lista de medicamentos e tratamentos médicos do SUS, de modo a possibilitar que seja traçado um panorama da situação da judicialização da saúde no Estado do

Maranhão, em comparação às principais críticas levantadas à judicialização da saúde pela doutrina especializada.

Espera-se, com isso, auxiliar na construção de uma resposta ao questionamento central da pesquisa: Em que moldes se dá a judicialização da saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde no Estado do Maranhão?

Frise-se que o presente trabalho se limita à análise das demandas judiciais em face do Estado do Maranhão em 2009 e 2010 e, portanto, no âmbito do Sistema Único de Saúde, em um período de tempo delimitado.

Portanto, há evidentes limitações tanto do ponto de vista de um panorama geral, que só seria possível com uma análise de um período maior de tempo e também com uma análise que levasse em consideração as tutelas judiciais que tratam da saúde suplementar e, portanto, em face dos planos de saúde.

Diante disso, a presente pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas tão somente de auxiliar na racionalização do debate acerca da judicialização da saúde no Maranhão, para que este seja pautado de acordo com as exigências da realidade maranhense, sem incorrer em abstrações generalistas, conciliando a construção doutrinária a respeito do tema com os dados colhidos acerca da judicialização da saúde no Estado.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DA SAÚDE

Antes de se adentrar propriamente no tema do direito à saúde e sua judicialização, é preciso que se façam algumas digressões sobre o seu contorno e como tal direito veio a surgir e se tornar um dos centros de preocupação da política e do Direito atualmente.

Para isso, faz-se vital observar como surgiu o fenômeno político e como, progressivamente, a questão social e a preocupação com a existência e manutenção da vida biológica vieram a entrar em tona no debate político. Para isso, far-se-á uso, especialmente, do pensamento de Hannah Arendt, cujo referencial teórico é ponto de partida essencial para a compreensão da política na contemporaneidade.

2.1 A política e o advento da Esfera social

Em sua obra póstuma “O que é Política?”, composta de fragmentos de seus escritos, a filósofa judeu-alemã Hannah Arendt se propõe a responder à pergunta que dá título ao livro elencando algumas das características da “coisa política” que, de algum modo, já se encontram presentes nas suas outras obras.

Diz Arendt, na primeira linha do fragmento 1 dessa obra que: “a política baseia-se na pluralidade dos homens” (ARENDR, 2006, p.21) para, logo em seguida, afirmar que “a política trata da convivência entre os diferentes” (ARENDR, 2006, p.21).

Tais afirmações implicam em, pelo menos, duas conclusões profundamente interligadas. A primeira delas é do espaço político como sendo um espaço *entre*-homens e, por isso mesmo, que leva em conta diferentes opiniões e posturas diante do mundo. A segunda delas é a conclusão de que a política não é algo de essencial ao homem *per si*, o que refuta, portanto, as concepções que tendam a afirmar que o homem é um animal político, que a política é algo que lhe é inerente.

A primeira das conclusões elencadas vem a aludir que, para Arendt, o campo da política não seria o campo da razão pura ou o campo da razão prática, que possuem, em seu interior, uma estrutura discursiva monológica (LAFER, 2003, p. 59). Para pensar o campo da política, Arendt recorre à ideia, resgatada dos

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

Nesse sentido, se faz importante analisar a ideia de juízo do particular que Hannah Arendt resgata dos textos kantianos. Esse juízo do particular surge do prazer contemplativo e desinteressado, da avaliação de algo através de uma distância adequada¹, que, para Arendt seria o “requisito para aprovação ou desaprovação, ou para avaliar algo em seu valor apropriado” (ARENDDT, 1992, p. 376).

Esse distanciamento, juntamente com a comparação entre o nosso juízo e o juízo possível de outros, propicia o que Hannah Arendt, servindo-se do pensamento de Kant em sua Crítica do Juízo, chama de “alargamento do espírito” ou “modo alargado de pensar”.

Esse “alargamento do espírito” está também na ação humana dentro espaço público, onde a pluralidade de pensamentos encontra seu campo de florescimento e atuação. Isso implica dizer que a alteridade se assinala como característica basilar do julgar. Arendt coloca-nos, ainda, que a eficácia deste julgar vem precisamente desse acordo potencial entre o juízo do julgador e os outros juízos possíveis ou, em suas próprias palavras:

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

¹ Essa distância adequada seria o que podemos chamar de imparcialidade, entendida aqui não como a pretensa neutralidade axiológica cara ao Positivismo jurídico, mas como a tentativa de exercer a capacidade de pensar e julgar no lugar e na posição do outro, ou de todos os outros possíveis. Sobre o tema: LAFER, 1988.

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

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

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

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

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

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

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

Tal característica dos animais humanos, de viver na companhia dos outros humanos (ou em sociedade) não se confunde com o status de *zoon politikon* a que Aristóteles se refere, haja vista que, como diz Arendt, “o homem é a-político. A política surge no *entre-os-homens*; portanto, totalmente *fora dos homens*” (ARENDR,

2006, p. 23), ou ainda, “a política surge no intra-espaço e se estabelece como relação” (ARENDR, 2006, p.23).

Explica Arendt que o significado de *zoon politikon* vem ligado ao surgimento da cidade-estado grega e alude a uma espécie de segunda vida adquirida pelos cidadãos, a vida pública, a prerrogativa de participar dos assuntos do Estado, o *bios politikos*². Diz ela que:

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

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

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

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

A vida política é entendida, desse modo, como uma forma de vida qualificada, cujo sentido³ é a liberdade (ARENDR, 2006, p. 38), ou seja, que os homens possam ter “relações entre si em liberdade, para além da força, da coação e do domínio” (ARENDR, 2006, p. 48), levando em consideração a pluralidade

² Na obra o Homo Sacer, de Agamben (2007), o termo aparece transcrito como “*bios políticos*”.

³ Arendt faz uma distinção entre sentido e objetivo, qualificando a coisa política como um objetivo e aludindo o conceito de sentido de uma coisa a algo que está sempre contido nela mesma, enquanto que o objetivo só começa a aparecer quando a atividade que o produziu chegou a seu fim (ARENDR, 2006, p.127).

humana, a diferença. A liberdade é, portanto, intrinsecamente relacionada com a política ou, como colocado por Lafer, “são coincidentes, porém, só se articulam quando existe mundo público” (LAFER, 2003, p. 63).

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

Interessa observar que Arendt relaciona a liberdade com a igualdade (a qual tradicionalmente relacionamos com a justiça). Ela aponta que sem os iguais, sem os pares, não existe liberdade para homem algum. A igualdade, assim, é entendida como a igual possibilidade de participação política e não se confunde com a justiça ou a igualdade de condições⁴.

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

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

Assim, Hannah Arendt, a partir da diferenciação entre a vida política e a vida natural (a associação natural entre os homens), aponta uma distinção que é fundamental no seu pensamento: a distinção entre as esferas pública e privada.

Para a mencionada autora, a esfera pública significa o próprio mundo, que nos é comum e, ao mesmo tempo, é diferente do lugar que cabe a cada um de nós dentro dele. Veja-se que esse mundo não se confunde com a terra ou a natureza “como espaço limitado para o movimento dos homens e condição geral da vida orgânica” (ARENDR, 2007a, p. 62). O mundo, em verdade, é um artefato

⁴ Embora, como bem frisa Arendt, essa igualdade de condições “fosse a condição para toda e qualquer atividade política no mundo antigo, onde o próprio campo político estava aberto somente aos proprietários de bens imóveis e escravos” (ARENDR, 2011, p.58).

humano, ou antes, algo criado na interação entre os homens. Conviver no mundo significa, para Arendt:

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

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

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

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

Um homem, contudo, não pode viver exclusivamente na esfera pública, sob pena de se tornar superficial, haja vista que “perde a sua qualidade resultante de vir à tona a partir de um terreno mais sombrio, terreno este que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade num sentido muito real e não subjetivo” (ARENDR, 2007a, p. 81).

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

e dá significado e realidade às suas vidas. A vida inteiramente privada significa, ao homem, se ver:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diz a autora que a realidade que corresponde ao conjunto moderno de imagens que idealiza a multidão como um único corpo sobrenatural, movido por uma vontade geral (nação, povo ou sociedade) é o que, a partir do século XVIII podemos vir a chamar de questão social, mas que pode ser mais facilmente chamado de “existência da pobreza”:

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

Arendt aponta que Marx transformou a questão social em força política, através do termo “exploração”, ou seja, “na ideia de que a pobreza é resultado da

exploração de uma ‘classe dominante’, que possui os meios de violência” (ARENDR, 2011, p.96). Assim, o papel da revolução não era mais entendido como a libertação dos homens da opressão de seus semelhantes, nem a instauração da liberdade, mas sim libertar o processo vital da sociedade dos “grilhões da escassez” (ARENDR, 2011, p.98)⁵.

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

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

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

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

⁵ Arendt traça a diferença entre liberação e liberdade, apontando a liberação como o estar liberto das necessidades inerentes ao ciclo vital e a liberdade como o não estar dominado e não exercer domínio sobre nenhum outro. Evidentemente, que na concepção grega, somente aqueles que estivessem libertos das necessidades inerentes ao ciclo vital poderiam ter liberdade, sendo esta, portanto, uma possibilidade em aberto, a partir da liberação do ciclo biológico.

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

Tal forma de exercício do poder, a que Foucault denomina de *biopolítica*, vai se dirigir aos processos e fenômenos coletivos relacionados à população e que, segundo o autor, só se tornam pertinentes no nível de massa. Dessa forma, o autor afirma que:

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

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

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

E o autor prossegue:

(...) a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano. *Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano.* A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua (...). (AGAMBEN, 2007, p.14)

Veja-se que tal processo está ligado à crise do modelo liberal de Estado e que isso e a imersão das esferas pública e privada na chamada esfera social exigiu, para a manutenção do estado de coisas, uma reformulação interna do próprio Estado e das formas de exercício do poder. Como resposta às reivindicações dos trabalhadores e à ameaça do Estado Socialista Soviético, os Estados capitalistas passaram a mudar a sua agenda e a contemplar, no rol de direitos tutelados, os chamados direitos de segunda dimensão ou direitos sociais, os quais nada mais são que formas de regulamentação jurídica de demandas da vida biológica em nível de população.

É a partir daí que a judicialização da saúde passa a se inserir nas pautas da agenda pública brasileira, como se passará a expor.

2.2. A Judicialização da Saúde inserida na agenda política no Brasil

Antes de se adentrar no histórico da inserção da judicialização da saúde na agenda pública brasileira, cumpre traçar alguns comentários acerca de como se caracteriza a agenda pública para os teóricos das políticas públicas.

2.2.1. Caracterização da agenda pública

Os estudos acerca das políticas públicas sintetizam o processo do desenvolvimento dessas políticas em, pelo menos, cinco processos internos ou fases: “identificação do problema (onde estaria incluída a agenda), a formulação de soluções, a tomada de decisão, a implementação ou execução e avaliação” (SOUZA, 2006, p.79).

Dye, por sua vez, aponta para a existência de seis fases distintas, separando a construção da agenda, colocando-a como momento posterior à identificação do problema. O mencionado autor aponta que a primeira fase é “the identification of policy problems through public demands for government action” (DYE, 1992, p.328), ou seja, a identificação das demandas ou questões da opinião pública colocadas ao governo e que lhe demandam uma ação.

Já a segunda fase seria a “agenda-setting, or focusing the attention of the mass media and public officials on specific public problems deciding what will be

decided” (DYE, 1992, p.328), ou seja, tal fase se caracteriza por uma focalização por parte da mídia e dos agentes públicos na especificação dos problemas e na decisão acerca de quais desses problemas devem ser decididos.

Tal diferenciação se faz importante na medida em que nem toda questão pode vir a ganhar o *status* de agenda. Para Dye, a etapa de construção da agenda se configura como a definição de quais os problemas da sociedade e de quais as possíveis alternativas de solução. O autor argumenta que, nessa fase, a definição de quais os problemas chega a ser mais importante que a definição de quais serão as soluções (DYE, 1992).

Para Kingdon, a agenda se configuraria como uma lista de assuntos e problemas para os quais os oficiais do governo e as pessoas fora do governo, mas associados de maneira próxima a esses oficiais, estão prestando atenção (KINGDON, 1995 *apud* EUSTIS, 2000).

A construção da agenda, com a eleição dos assuntos, pode se dar de acordo com diversos fatores: a) uma crise ou evento importante; b) uma nova informação acerca de um indicador ou indicadores que revelam que uma situação em particular requer atenção (taxa de mortalidade infantil, por exemplo); c) a ação coletiva de grupos de interesse, movimentos sociais, etc; d) mudanças no cenário político; e) papel da mídia, etc.

Tais fatores não são excludentes, ocorrendo, na maioria das vezes, uma conjunção conflituosa de vários fatores, o que denota a dinamicidade do processo de construção da agenda das políticas públicas.

Como veremos a seguir, a discussão e construção da agenda das políticas públicas de saúde no Brasil ao longo dos anos se deram com uma vasta conjunção de fatores e atores, até a recente ascensão da judicialização da saúde como ponto da agenda governamental das políticas públicas de saúde.

2.2.2. A agenda pública no Brasil e as particularidades da agenda da saúde

De acordo com Souza (2006), o desenvolvimento histórico da agenda pública no Brasil é definido, pelos diversos autores, sob diversos ângulos, mas, em geral, com uma divisão temporal ligeiramente próxima. Analisaremos, a seguir, tal

desenvolvimento, fazendo apontamentos, em particular, sobre o desenvolvimento histórico da saúde dentro desse contexto.

Melo, um dos autores que trabalha o tema, aponta, até 1998, a existência de “sete vidas” na agenda pública brasileira, caracterizando-as nos seguintes períodos: a) Primeira Era Vargas (1930-1945); b) Populismo (1945-1960); c) Crise do Populismo (1960-1964); d) Autoritarismo Brasileiro (1964-1973); e) Distensão e transição (1974-1984); f) Nova República (Collor) e g) Governo FHC (MELO, 1998).

O período de 1930-1945, diz Melo (1998), caracteriza-se pela articulação em torno da ideia de incorporação e integração social das massas urbanas à sociedade oligárquica, as políticas públicas como “*nation-building*”.

Não por acaso, é nesse primeiro período que a questão da saúde foi, pela primeira vez, formulada em caráter nacional e passou a ocupar a agenda governamental de forma mais incisiva. Até então, haviam somente tentativas de nacionalizar tal questão. Nesse sentido, Bravo aponta que, no período anterior a 1930, de forma a exemplificar o movimento de nacionalização:

A reforma Carlos Chagas, de 1923, tenta ampliar o atendimento à saúde por parte do poder central, constituindo uma das estratégias da União de ampliação do poder nacional no interior da crise política em curso, sinalizada pelos tenentes, a partir de 1922. (BRAVO, 2006, p.3)

Foi somente na década de 30, com o fim da revolução e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, que se tornou possível a ampliação do alcance das políticas sociais com a libertação do Estado do controle das oligarquias regionais.

Cumprir lembrar que, nesse período, Vargas utilizou das políticas sociais como mecanismo de inserção de pessoas até então excluídas do cenário político como maneira de utilizá-los no cálculo político e promover a identidade nacional. Nesse mesmo sentido entende Bertolli Filho, para quem:

Durante todo o seu governo - que durou até 1945 - Vargas buscou centralizar a máquina governamental e também bloquear as reivindicações sociais. Para isso recorreu a medidas populistas, pelas quais o Estado se apresentava como pai, como tutor da sociedade, provendo o que julgava ser indispensável ao cidadão. As políticas sociais foram a arma utilizada pelo ditador para justificar diante da sociedade o sistema autoritário, atenuado pela 'bondade' do presidente." (BERTOLLI FILHO, 1996)

Bravo aponta que a política de saúde nesse período organizava-se em dois subsetores: o de saúde pública e o de medicina previdenciária. Diz a autora que:

O subsetor de saúde pública será predominante até meados de 60 e centralizou-se na criação de condições sanitárias mínimas para as populações urbanas e, restritamente, para as do campo. O subsetor de medicina previdenciária só virá sobrepujar o de saúde pública a partir de 1966. (BRAVO, 2006)

O período seguinte (1945-1960), marcado pela forte presença do populismo, caracteriza-se pela subsunção das políticas públicas à lógica do mercado político, ou seja, pela realização das políticas públicas como um pagamento “aos arranjos clientelísticos e corporativistas que viabilizaram a industrialização” (MELO, 1998, p.14).

No tocante à saúde, observa-se que, nesse período, vários órgãos foram criados, como, por exemplo, o Serviço Especial de Saúde Pública – SESP, que visava, basicamente, à assistência médica dos trabalhadores recrutados para auxiliar na produção da borracha na Amazônia e que estavam sujeitos à malária e o Ministério da Saúde, em 1953. A agenda das políticas públicas de saúde se concentrava na discussão dos sanitaristas:

Havia de um lado aqueles que achavam que as condições de saúde melhorariam se fossem utilizadas técnicas e metodologias adequadas, de outros países. O SESP era um exemplo deste grupo, pois, no início, a estrutura dos serviços era sofisticada e cara, semelhante à estrutura nos Estados Unidos. De outro lado haviam os sanitaristas que buscavam uma prática articulada com a realidade nacional. Mas por muitos anos, as idéias do primeiro grupo influenciaram a prática do governo. (CEFOR *apud* ACURCIO)

A terceira “vida” da agenda pública brasileira (1960-1964) tem como seu principal elemento o binômio reformas de base ou estagnação social e econômica, ou como coloca Melo, de forma mais explícita: “socialismo ou estagnação” (MELO, 1998, p.16). Ou seja, a preocupação central desse período era com o desenvolvimento social através das reformas de base como forma de resolver a questão social.

No que se refere à agenda da saúde, ficou cada vez mais clara a percepção de que as condições de vida da maior parte da população eram precárias

e de que políticas de saúde coletiva se faziam como parte importante da discussão. Crescia, no período, a dicotomia “saúde pública *versus* atenção médica individual” (LUZ, 1991). Veja-se:

O período caracteriza-se também pelo investimento na assistência médica hospitalar em detrimento da atenção primária (centros de saúde) pois aquele era compatível com o crescente desenvolvimento da indústria de equipamentos médicos e da indústria farmacêutica. (CEFOR, *apud* ACURCIO)

Em consequência dessa nova percepção, houve um impasse nas políticas de saúde, o qual, nos termos colocados por Luz (1991), é um impasse estrutural, ligado ao conjunto das políticas sociais e à própria ordem institucional e política. A autora aponta que:

Uma saída histórica para esse impasse foi proposta pelo grande movimento social do início dos anos 60 no país, liderado e conduzido pelas elites progressistas que reivindicavam 'reformas de base' imediatas, entre as quais uma reforma sanitária consistente e conseqüente. Mas a reação política das forças sociais conservadoras levou ao golpe militar de 1964. (LUZ, 1991)

Durante o primeiro período do regime militar (1964-1973), com a reestruturação do sistema produtivo e a mudança drástica no regime político, a agenda pública se desloca para o eixo do binômio “desenvolvimento econômico *versus* distribuição de renda” e a política social passa a se incorporar à dinâmica de acumulação representada pela constituição dos complexos empresariais.

O empobrecimento da população, com a concentração da renda nas mãos de poucos, decorrente do modelo desenvolvimentista implicou em relação direta ao quadro da saúde, com o crescimento da mortalidade e da morbidade: “É quando ocorrem as epidemias de poliomielite e de meningite, sendo que as notícias sobre esta última foram censuradas nos meios de comunicação, em 1974.” (CEFOR *apud* ACURCIO).

Nesse período, agravou-se a dicotomia “saúde pública *versus* atenção médica individual” com a redução das verbas destinadas à saúde pública, muito embora o discurso oficial apresentasse a saúde como “fator de produtividade, de desenvolvimento e de investimento econômico”.

Também foi nessa época que o Ministério da Saúde alterou profundamente sua linha de atuação, passando a privilegiar a saúde como elemento individual e não como fenômeno coletivo (BERTOLLI FILHO, 1996). Para Luz:

No período de 1968 a 1975, generalizou-se a demanda social por consultas médicas como resposta às graves condições de saúde; o elogio da medicina como sinônimo de cura e de restabelecimento da saúde individual e coletiva; a construção ou reforma de inúmeras clínicas e hospitais privados, com financiamento da Previdência Social; a multiplicação de faculdades particulares de medicina por todo o país; a organização e complementação da política de convênios entre o INPS e os hospitais, clínicas e empresas de prestação de serviços médicos, em detrimento dos recursos - já parcos - tradicionalmente destinados aos serviços públicos. Tais foram as orientações principais da política sanitária da conjuntura do 'milagre brasileiro'. (LUZ, 1991)

O período de distensão e transição (1974-1983) insere a discussão sobre a eficiência e a eficácia social das políticas – passando o *mistargeting* a ser o foco central das discussões. Diz Melo que “o problema, portanto, não é a irrelevância do gasto social público, mas a forma pela qual o expressivo volume de recursos envolvidos é (mal) alocado” (1998, p.18).

No campo da saúde, a discussão ainda se dá no campo da relação saúde coletiva/atendimento individual, tendo sido criado o Sistema Nacional de Saúde no ano de 1975, através da Lei n°. 6.229, de 17 de julho de 1975, que vinha apenas reforçar a dualidade coletivo/individual, deixando ao Ministério da Previdência e ao Instituto Nacional da Previdência Social a responsabilidade pelos atendimentos individualizados. Para Bravo:

A política nacional de saúde enfrentou permanente tensão entre a ampliação dos serviços, a disponibilidade de recursos financeiros, os interesses advindos das conexões burocráticas entre os setores estatal e empresarial médico e a emergência do movimento sanitário. As reformas realizadas na estrutura organizacional não conseguiram reverter a ênfase da política de saúde, caracterizada pela predominância da participação da Previdência Social, através de ações curativas, comandadas pelo setor privado. O Ministério da Saúde, entretanto, retomou as medidas de saúde pública, que embora de forma limitada, aumentaram as contradições no Sistema Nacional de Saúde. (BRAVO, 2006)

É nesse período que o movimento sanitarista começa a se rearticular com força, após seu enfraquecimento por conta da repressão do período mais violento da ditadura. Luz aponta que esses movimentos cresceram a tal ponto que, “entre o final

dos anos 70 e o início dos anos 80, sindicatos e partidos iniciaram uma fase de agitação, centrada na questão da saúde e da política de saúde” (LUZ, 1991).

A agenda da nova República tem como características primordiais a inserção do *modus operandi* das políticas sociais e da participação enquanto princípio democrático na pauta de discussões, com o redesenho das políticas sociais para torna-las mais transparentes, universalistas e descentralizadas.

No campo da saúde, ao mesmo tempo em que novos sujeitos vêm à tona, como os profissionais de saúde, o movimento sanitário, os partidos políticos de oposição e os movimentos sociais urbanos, as discussões seguiram as mesmas linhas gerais da agenda pública geral, acerca da participação dos setores sociais e do *modus operandi* das políticas, apontando Bravo que as principais propostas debatidas foram:

a universalização do acesso; a concepção de saúde como direito social e dever do Estado; a reestruturação do setor através da estratégia do Sistema Unificado de Saúde visando um profundo reordenamento setorial com um novo olhar sobre a saúde individual e coletiva; a descentralização do processo decisório para as esferas estadual e municipal, o financiamento efetivo e a democratização do poder local através de novos mecanismos de gestão – os Conselhos de Saúde. (BRAVO, 2006, p.9)

A autora aponta, ainda, que foi realizada, no ano de 1986, a 8ª Conferência Nacional de Saúde, que, pela primeira vez, inseriu a sociedade no cenário da discussão sobre a saúde e esta ultrapassou a análise setorial, “propondo-se não somente o Sistema Único, mas a Reforma Sanitária” (BRAVO, 2006, p. 9)

Importante observar que o fortalecimento da agenda no que se refere à questão social e mais particularmente à saúde nesse período não implicou mudanças efetivas na realidade da maior parte da população. Ocorreram, em verdade, uma fragmentação institucional e uma paralisia decisória, nos termos de Melo (1998), apontando o autor que essa paralisia se deu por uma saturação na agenda governamental:

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

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

Essa progressiva conversão do Poder Judiciário em ator político será mais bem abordada no capítulo que trata acerca da formação histórica do Poder Judiciário brasileiro, de modo que interessa, no presente momento, traçar somente algumas considerações acerca do quadro geral mais recente acerca da judicialização da saúde na agenda pública brasileira.

A judicialização da saúde, por seu crescimento vertiginoso, tem ocupado a agenda pública da saúde brasileira pós-constituente de maneira cada vez mais forte. Isso se dá pelas mais diversas razões, dentre as quais podemos citar o crescimento da população e da expectativa de vida, a forte desigualdade social que marca nosso país, impedindo o acesso da maior parte da população a serviços de saúde de qualidade, e a própria transformação do acesso ao Poder Judiciário brasileiro, com a crescente coletivização de demandas.

Podemos observar que tal judicialização ocupa não só a agenda governamental, ou seja, a lista de assuntos que preocupa o governo, como também, a agenda sistêmica, ou seja, a lista de assuntos que ocupa o país em termos mais gerais.

Bahia, Costa e Stralen (2007) apontam o protagonismo do Ministério da Saúde no que se refere às políticas públicas de saúde no período atual e, em pesquisa que tomou como referência o noticiário divulgado pela imprensa nos meses de julho, agosto, setembro e outubro de 2007 acerca das atividades desenvolvidas pelo Ministério da Saúde, apontam a judicialização da saúde como tema presente na agenda governamental de forma perene.

Os mencionados autores mencionam que as informações obtidas acerca dos processos judiciais relativos à saúde apontam para a presença de diversos setores sociais nas demandas, dentre os quais, os estabelecimentos de saúde, empresas de planos e seguros de saúde e sindicatos de trabalhadores. Diante disso, dizem eles, “as interpretações sobre o processo de judicialização da saúde exigem a

recusa de simplificações sobre a polarização individual” (BAHIA, COSTA e STRALEN, 2007, p.18).

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

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

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

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

Esse argumento pode ser encontrado nas defesas judiciais dos entes estatais nas demandas a que são chamados a responder, em geral sob a forma da invocação do princípio da reserva do possível, mas também pode ser visto nas discussões travadas pelo Superior Tribunal de Justiça e até mesmo no discurso de parlamentares, como o Senador Tião Viana (filiação ao Partido dos Trabalhadores do Acre), que entende a tutela jurisdicional da saúde como “temerosa”, pela tendência de substituir um pensamento técnico e político de gestão da saúde pela decisão de um juiz (BRASIL, 2010c).

Já no Estado do Maranhão, foi realizado, no final do ano de 2012, o I Fórum do Poder Judiciário Estadual do Estado do Maranhão com o objetivo de colocar os juízes, os promotores e os defensores públicos para debaterem acerca de quais os melhores caminhos do Judiciário local para o enfrentamento da situação

atual do sistema de saúde maranhense, tema que será enfrentado no último capítulo do presente trabalho.

Antes disso, no entanto, cumpre traçar alguns aspectos do que seriam, para a doutrina jurídica, os chamados direitos sociais e o que seria o direito à saúde nesse contexto, tema a ser enfrentado no capítulo seguinte.

3 A CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NO BRASIL

A progressiva imersão da questão social no centro da política exigiu uma reformulação do Estado e do papel do Poder Judiciário, levando à construção do que temos hoje como direitos sociais. No presente capítulo, será abordada a construção dos direitos fundamentais sociais no Brasil, bem como a construção do direito à saúde enquanto um direito fundamental, enquanto que no capítulo seguinte será abordada a formação histórica do Poder Judiciário brasileiro e sua ligação com o contexto da construção dos direitos fundamentais sociais.

3.1 A construção dos direitos fundamentais sociais no Brasil

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

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

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

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

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

Essa “pseudomodernidade” se reflete no fato de que, dentre outros fatores, a sociedade do Brasil Império era “extremamente preconceituosa, fato preocupante sobretudo, porque se ostentavam famílias patriarcais, o trabalho escravo, assim como altos índices de pobreza e analfabetismo” (GONÇALVES, 2011, p. 91).

Assim, conclui a autora que “a Constituição de 1824, (...), em nada espelhava a heterogeneidade social do país, tendo inclusive limitado o voto à qualificação econômica (voto censitário)” (GONÇALVES, 2011, p. 91).

Não muito diferente foi a Constituição de 1891 que, impulsionada pelo descontentamento de parcela do Exército e do setor cafeeiro, não contando com a presença de movimentos populares, manteve o contexto histórico da proclamação da República praticamente inalterado, se comparado com o contexto imperial (GONÇALVES, 2011). Daí, Gonçalves afirmar que a grande marca das Constituições de 1824 e 1891 foi que:

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

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

É assim que Pereira aponta que a ação do Estado limitava-se a “reparações tópicas e emergenciais de problemas prementes ou a respostas

morosas e fragmentadas a reivindicações sociais dos trabalhadores e de setores populacionais empobrecidos dos grandes centros urbanos” (PEREIRA, 2000, p. 128).

No que se refere ao âmbito da saúde, Pereira aponta que “as estratégias de ação coletiva foram assumidas por autoridades locais por força de situações calamitosas, como as epidemias” (2000, p. 138), chamando esse período de *laissez-fariano*.

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

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

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

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

Tal conclusão se liga ao contexto, já abordado, do primeiro momento da agenda pública brasileira, que consistiu na utilização das políticas públicas como mecanismo de cálculo político e fabricação de uma identidade nacional.

Em 1946, com o fim do Estado Novo, foi promulgada uma nova Constituição, com garantia das liberdades civis e alguma possibilidade de participação popular. A fragilidade política do período conduziu ao golpe militar e à substituição da Constituição de 1946 pela Constituição de 1967 (e a posterior Constituição de 1969), que tinham cunho notoriamente autoritário e mantinham a

tradição de tratar dos direitos sociais sob a “lógica tutelar, paternalista e residual” (GONÇALVES, 2011, P. 97).

Em conclusão, Gonçalves leciona que:

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

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

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

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

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

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

3.2 Os direitos fundamentais sociais:

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

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

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

Desse modo, considerando que a configuração da individualização da tutela judicial do direito à saúde enquanto direito fundamental não é um fenômeno que ocorre em todo o mundo e nem mesmo adquiriu consenso acerca da sua importância e caracterização constitucional no âmbito brasileiro, se faz necessário abordar no que consiste a sua fundamentalidade.

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

No entender de Gonçalves (2011, p.27), direitos fundamentais são todos aqueles que se encontram previstos na Constituição de 1988. O posicionamento da autora é corroborado por Sarlet, que afirma que:

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

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

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

Já os direitos sociais são, segundo a conceituação de Kelbert,:

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

Tal conceituação dos direitos sociais encontra suas limitações na ideia de que cumpre ao Estado, para efetivá-los, o papel meramente prestacional; ideia esta que parte de uma concepção liberal-burguesa do desenvolvimento histórico dos direitos humanos a partir da ideia de classificação destes em gerações e em binômios simplistas como direitos negativos (direitos individuais ou de defesa) e positivos (direitos sociais ou de prestação) e que não contempla, na sua inteireza, o fenômeno dos direitos sociais brasileiros.

É seguindo essa linha que Figueiredo (2007, p. 39) afirma que “todos os direitos geram um leque de obrigações positivas e negativas para o Estado, todas elas essenciais para que sejam assegurados na prática”. Do mesmo modo afirma Sarlet, quando aponta que o direito à saúde é constituído simultaneamente de direitos de defesa e prestacionais, sendo que os primeiros são vistos “no sentido de

impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular” (SARLET, 2002, p.8), enquanto que os prestacionais atuariam:

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

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

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

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

A existência dos direitos sociais no âmbito da Constituição de 1988 implicou em uma mudança de paradigma institucional no tratamento das necessidades humanas básicas⁶, que permitiu o fortalecimento do Poder Judiciário e do Ministério Público na busca de efetivação dos direitos fundamentais e estabeleceu mecanismos de proteção a estes direitos contra modificações legislativas tendentes a reduzi-los ou retirá-los do rol de direitos assegurados aos cidadãos (cláusulas pétreas).

⁶ Sobre o tema: GONCALVES, 2011.

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

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

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

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

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

3.4 Do conceito de saúde e do direito à saúde

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

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

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

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

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

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

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

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

determinar que “saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade” (SCLIAR, 2007, p. 37).

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

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

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

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

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

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

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

impossibilidade de denegar o pedido, sob o risco de ter em suas mãos a responsabilidade pelo falecimento ou agravamento da doença de outro ser humano.

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

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

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

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

Evidentemente que o Estado só pode realizar gastos que estejam previstos no seu orçamento (art. 167 da Constituição Federal) e que a realização de políticas públicas para a efetivação de direitos implica em gastos, contudo tal não implica dizer que, necessariamente, as demandas judiciais que estabelecem custos ao Poder Executivo retiram recursos que já estavam alojados para outros setores ou impedem a realização de outras políticas em uma mesma área.

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

Nesse sentido, Amaral diz que:

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

A alegação da escassez dos recursos públicos pode nos conduzir à pergunta sobre que tipos de medicamentos e tratamentos médicos têm sido buscados no Poder Judiciário maranhense e se essa judicialização da saúde tem correspondido a uma ampliação do acesso à justiça em nosso Estado ou se tem se dado para medicamentos e tratamentos médicos que já poderiam ser alcançados de outra forma, através de políticas públicas já existentes. Pode-se perguntar, assim: quais as características da judicialização da saúde no Estado do Maranhão? Como tem se dado tal judicialização? As críticas feitas à judicialização da saúde em nível nacional são pertinentes para a realidade maranhense?

Para se tentar responder à essas perguntas, cumpre, ainda, fazer uma digressão sobre a formação do Poder Judiciário brasileiro e do acesso à justiça no país, de modo a entender melhor em quais bases se dá a judicialização da saúde.

4 A FORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O ACESSO À JUSTIÇA NO PAÍS

A fim de dar seguimento ao desenvolvimento dos objetivos da presente pesquisa, faz-se preciso, ainda, traçar as bases históricas do processo de formação do Judiciário Brasileiro e de como se dá a percepção da judicialização dos chamados direitos sociais, o que se fará a seguir.

Em linhas gerais, impende apontar que “toda criação jurídica reproduz determinado tipo de relações sociais envolvendo necessidades, produção e distribuição” (WOLKMER, 2001, p.94). A cultura jurídica brasileira não poderia fugir a essa lógica e, por isso mesmo, ela se percebe, inicialmente, como:

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

Note-se que a cultura jurídica nacional sempre teve como marca a superioridade do Direito Estatal⁷, formalista e dogmático, como forma de auxiliar na implementação das condições necessárias ao projeto colonizador dominante.

Sabe-se que, conforme lembra Wolkmer (2002), o Brasil Colonial não chegou a se tornar uma nação coesa, nem uma sociedade organizada politicamente, haja vista a forte ligação entre as elites agrárias e o poder da Metrópole, que levava a um modelo de Estado desvinculado dos anseios da maioria da população. Assim, Wolkmer entende que:

o aparecimento do Estado não foi resultante do amadurecimento histórico-político de uma Nação unida ou de uma sociedade consciente, mas de imposição da vontade do Império colonizador. Instaure-se, assim, a tradição de um intervencionismo estatal no âmbito das instituições sociais e na dinâmica do desenvolvimento econômico. Tal referencial aproxima-se do modelo de Estado absolutista europeu, ou seja, no Brasil, o Capitalismo se

⁷ Observa-se, aqui, que a perspectiva da qual parte Wolkmer é a do Pluralismo Jurídico, concepção que “minimiza ou nega o monopólio de criação das normas jurídicas por parte do Estado, priorizando a produção de outras formas de regulamentação, geradas por instâncias, corpos intermediários ou organizações sociais providas de certo grau de autonomia e identidade própria” (WOLKMER, 2001, p.637-638), daí fazer todo sentido a afirmação acerca da existência e superioridade de um direito *estatal*.

desenvolveria sem o capital, como produto e recriação da acumulação exercida pelo próprio Estado. (WOLKMER, 2002, p. 40-41)

Isso implicou na importação de uma cultura legal proveniente da Coroa Portuguesa, com características que serviam basicamente para garantir o pagamento de impostos e para prevenir ameaças ao poder estatal.

Nesse íterim, a administração da justiça (ou dizendo de outra maneira, do Judiciário), estava entregue, a princípio, aos donatários, que exerciam o papel de juizes, passando depois para as mãos de um grupo de agentes profissionais, burocratas, quando da instituição dos governadores-gerais.

Com isso, houve uma centralidade muito maior na administração do jurídico e a consequente imposição da legislação da Coroa, servindo ainda mais a uma concentração do poder na Coroa e à manutenção do estado de coisas, conservando o poder das elites e da monarquia portuguesa, com moldes que perduraram até mesmo depois do período da independência, com a experiência imperial.

Nesse contexto, não se pode falar na existência de direitos civis reconhecidos pelo Estado e a imensa maioria da população sequer tinha possibilidade de acessar o Judiciário ou mesmo o que pleitear diante deste, haja vista o caráter patrimonialista e burocrático da qual o direito estava imbuído, além da sua clara finalidade de manutenção do poder monárquico.

Nesse ponto, se faz possível apontar um paralelo entre o pensamento de Wolkmer e de Florestan Fernandes, no que se refere à formação da sociedade brasileira e as implicações do desenvolvimento do capitalismo nesta.

Fernandes (2006) aponta que o desenvolvimento do capitalismo na sociedade brasileira se deu em três fases distintas, sendo que a primeira se dá do momento de abertura dos portos até meados da sexta década do século XIX.

Essa primeira fase, chamada de fase da transição neocolonial ou de eclosão de um mercado capitalista especificamente moderno configura-se como aquela em que houve a dinamização da vida econômica através de um mercado interno que mantinha relações com o externo que exportava “desenvolvimento econômico capitalista” (FERNANDES, 2006, p. 264), reorientando o impacto modernizador (no nível institucional) vindo do exterior.

Essa fase caracteriza-se, ainda, segundo Fernandes, pelo enlace do mercado capitalista com a cidade e a população, expandindo esse mercado

segundo os padrões do “estilo urbano de vida” e dos padrões de gosto e consumo da população do país. Além de que, nesse novo mercado, as parcelas do excedente econômico tiveram aplicação fora do circuito de produção escravista (FERNANDES, 2006).

Observa-se que essa modernização do mercado interno coincide com a tentativa de inserir a perspectiva do liberalismo no seio das instituições brasileiras, o que no fundo só veio a significar, diferentemente das suas bases teóricas europeias, um liberalismo que:

não só conviveu, de modo anômalo, com a herança patrimonialista e com a escravidão, como ainda favoreceu a evolução retórica da singularidade de um ‘liberalismo conservador, elitista, antidemocrático e antipopular’, matizado por práticas autoritárias, formalistas, ornamentais e ilusórias (WOLKMER, 2002, p. 79)

O apelo às transformações institucionais para a saída do período colonial e a inserção do país no contexto capitalista implicou em liberalismo à brasileira, dissociado das práticas democráticas e das aspirações populares e legitimador de uma cultura jurídica “formalista, retórica e ornamental”.

Para Wolkmer, dois seriam os fatores responsáveis por, utilizando-se do pano de fundo liberal, edificar a cultura jurídica nacional ao longo do século XIX: a) a criação dos cursos jurídicos nacionais e, portanto, de uma elite jurídica própria e b) a elaboração de um arcabouço jurídico no Império.

Isso porque o papel das escolas de Direito seria o de não só “ser polo de sistematização e irradiação do liberalismo enquanto nova ideologia político-jurídica capaz de defender e integrar a sociedade” (WOLKMER, 2002, p. 80-81), como também o de “dar efetivação institucional ao liberalismo no contexto formador de um quadro administrativo profissional” (WOLKMER, 2002, p. 80-81), enquanto que a Constituição de 1824, de cunho marcadamente liberal⁸, e os Códigos Criminal (1830), de Processo Criminal e Comercial vinham a representar, do ponto de vista formal, que o país se encontrava alinhado com as práticas jurídicas dos países capitalistas desenvolvidos.

⁸ Liberal no discurso, conforme já visto no capítulo anterior e suficientemente ilustrado na expressão de Gonçalves como sendo “uma espécie de *passaporte* para uma pseudomodernidade” (GONÇALVES, 2011, p. 90).

A segunda das fases do desenvolvimento do capitalismo na sociedade brasileira, conforme Fernandes, é caracterizada pela consolidação e expansão do capitalismo competitivo e por seu funcionamento como fator de diferenciação do sistema econômico. Essa fase compreende um período que vai da sexta década do século XIX até a década de 1950.

O início desse período denota, para Wolkmer, a “solidificação definitiva de uma cultura jurídica positivista” (2001, fls. 87), caracterizada pela concepção monista⁹, estatal e dogmático. Assim, segundo o autor:

O advento da República (inspirado nos ideais do constitucionalismo norte-americano e no positivismo filosófico comtiano), que consagra a democracia representativa, a separação dos poderes e o federalismo presidencialista, em nada diminui as profundas desigualdades entre as oligarquias cafeeiras exportadoras (...) e a imensa maioria pobre da população, alijada da participação política e desprovida dos direitos básicos de cidadania. (WOLKMER, 2001, p.87)

É nesse passo que Fernandes (2006) afirma que a existência de uma grande massa de excluídos permitiu converter a urbanização crescente em um processo ultra-seletivo, baseado no sistema escravista e no trabalho dos recém-libertos. A grande concentração de renda implicava, ainda, em fortificação das desigualdades regionais, na medida em que as famílias de renda alta migravam para se instalarem nas cidades-chave ao desenvolvimento capitalista e as famílias de baixa renda migravam para as mesmas cidades para buscar oportunidades de emprego.

Nesse contexto, o Direito estatal passa a regulamentar, primordialmente, “os intentos dos proprietários de terras e da burguesia detentora do capital, ocultando, (...), uma sociedade de classe virulentamente estratificada” (WOLKMER, 2001, p.87).

Foi nessa fase que, segundo Fernandes (2006), o processo de crescimento urbano-comercial alcançou sua massa crítica e muitos países não souberam responder às exigências econômicas internas e fracassaram, tendo o Brasil respondido de forma mais flexível.

⁹ O Monismo é entendido aqui como a concepção de que há somente uma ordem jurídica vigente e válida. Tal concepção se contrapõe à concepção pluralista do direito, que encara o fenômeno jurídico como originado de vários grupos e camadas sociais e não unicamente do Estado.

Os países capitalistas desenvolvidos passaram, então, a estabelecer mecanismos de condicionamento interno dos países periféricos, de modo a dar a estes a impressão de que as mudanças proporcionadas em suas instituições “iriam acarretar a passagem gradual da dependência para o desenvolvimento capitalista autônomo e auto-sustentado” (FERNANDES, 2006, p. 277).

Para Fernandes, a transformação induzida de fora para dentro acabou por transfigurar o mercado interno entre o último quartel do século XIX e a Primeira Guerra Mundial. Assim, este passou a centralizar operações comerciais e financeiras antes inimagináveis, concentrando o capital de tais operações, servindo, também, como integrador de regiões e localidades distantes e descontínuas, cumprindo uma função unificadora nacional.

Surge nesse período, o Código Civil de 1916, com os objetivos de dar segurança às relações negociais e de apontar mecanismos de respeito à autonomia contratual e à liberdade comercial, colocando o indivíduo como centro das relações jurídicas.

Nesse sentido, Wolkmer diz que:

O primeiro e tão esperado ordenamento civil, substituto das Ordenações Portuguesas, deixa transparecer o espírito que norteava seu redator, Clóvis Beviláqua, integrante da Escola do Recife e com pendores naturais pela recepção do Direito alemão. O Código Civil, em que pesem seus reconhecidos méritos de rigor metodológico, sistematização técnico-formal e avanços sobre a obsoleta legislação portuguesa anterior, era avesso às grandes inovações sociais que já se infiltravam na legislação dos países mais avançados do Ocidente, refletindo a mentalidade patriarcal, individualista e machista de uma sociedade agrária preconceituosa, presa aos interesses dos grandes fazendeiros de café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil. (WOLKMER, 2002, p. 74)

E diz mais:

em verdade, a Codificação Civil enquanto uma das primeiras grandes realizações da jovem República traduzia, em avanços relativos, sem muita ousadia, os intentos de uma classe média consciente e receptiva aos ideais liberais, mas igualmente comprometida com o poder oligárquico familiar. (WOLKMER, 2002, p. 89-90)

É precisamente nesse período que, devido às alterações jurídicas e institucionais realizadas no país, o mercado se torna, para Fernandes, a fonte legítima de classificação social, pondo “os homens uns diante dos outros em termos

do valor de seus bens e serviços”, “forçando os homens livres a ‘passar pelo mercado’ para fins de estratificação social” (FERNANDES, 2006, p.280).

Tal afirmação se liga, de maneira fundamental, ao tratamento dado à figura do indivíduo e do direito individual, fortalecidas no cenário jurídico brasileiro a partir das transformações advindas da Codificação Civil.

Assim, através de uma cultura jurídica ligada eminentemente ao direito estatal e adaptada às contingências do capitalismo periférico, o Judiciário brasileiro ganhou conotações formais e ligadas ao positivismo jurídico de perfil kelseniano, percebendo o fenômeno jurídico como reduzido ao texto normativo, o que, por via de consequência culminou em uma utilização do Judiciário somente para a regulamentação das relações comerciais, de propriedade e de sucessão típicas do poder oligárquico familiar vigente no país.

Já o período Pós-Guerra, que Fernandes alude marcar o início da terceira fase do desenvolvimento do capitalismo no Brasil, tem como característica principal o deslocamento das fronteiras das sociedades capitalistas com a incorporação das nações periféricas à estrutura, funcionamento e crescimento das economias centrais.

Nesse período, ocorre a consolidação do poder burguês no país e a burguesia:

Que fora um resíduo social e, mais tarde, um estrato pulverizado e disperso na sociedade brasileira, que se perdia nos estamentos intermediários e imitava servilmente a aristocracia, ganha a sua fisionomia típica e se impõe como um corpo social organizado, que constitui a cúpula da sociedade de classes e sua grande força socioeconômica, cultura e política. (FERNANDES, 2006, p. 362)

Como maneira de abafar as reclamações dos movimentos populares que surgiam no período e os setores da própria burguesia que, em maior ou menor medida, apoiavam uma visão nacionalista ou desenvolvimentista que fosse contrária aos interesses à dominação burguesa como um todo, aparece o golpe civil-militar de 1964, como contrarrevolução preventiva, instituindo o grande êxito histórico da burguesia e desencadeando um modelo de transformação capitalista pautado pela aceleração econômica, pela dependência associada ao capital externo e por uma dinâmica societária que limitou os benefícios do desenvolvimento econômico aos

variados estratos burgueses em detrimento das massas populares e, em especial, dos trabalhadores.

O Estado ganha aqui um papel ainda mais central na dominação burguesa, não só concentrando diversos papéis fundamentais à manutenção do poder da burguesia, como também conciliando uma democracia restrita, com o oligarquismo, a aceleração econômica pautada na concentração de renda e o abafamento e repressão aos movimentos opositores, esvaziando o espaço do exercício da política e relegando a sociedade ao âmbito da esfera privada.

A historiadora Greco (2003, p. 364) entende que o Estado brasileiro pós-64 assumiu, ainda, o papel de monopolizador da condução e da produção da história através de uma estratégia do esquecimento “como parte integrante do projeto político de desmonte radical da esfera pública e sujeição da sociedade, logo, instrumento de interdição do exercício da política enquanto tal”.

Para essa autora, o controle da memória é/foi tratado como questão de Estado, “do qual a Lei 6.683/79 é a mais completa representação positivada” (GRECO, 2003, p. 364). Esse controle constituiria em:

[...] um dos mais poderosos componentes entre aqueles que reafirmam a *disposição totalitária* do Estado de Segurança Nacional. Seu dispositivo operacional é a produção do silêncio a partir da lógica do generoso consenso, cujo núcleo é a tríplice equação *controle/compromisso/concessão*, articulada a partir da institucionalização do grande repertório de meios de coerção levada a cabo pelo projeto de *normalização defeituosa* do regime, o mesmo que forjou a mencionada longa transição ainda em andamento. (GRECO, 2003, p. 364)

Nesse ponto, o aparato jurídico brasileiro deixou de servir até mesmo para a proteção de certas garantias individuais típicas do liberalismo para servir tão somente às demandas privadas de cunho patrimonialista, haja vista que, à maior parte da população só era dada a possibilidade do exercício da vida na esfera privada.

É nesse período que Fernandes aponta que o caso brasileiro não deixa de ser paradoxal, na medida em que, ao mesmo tempo:

em que instaura o seu poder de dominação e de controle do Estado segundo padrões autocráticos, a burguesia se defronta com efeitos ou com exigências do desenvolvimento capitalista que afetam as bases de seu poder real como classe. Se até hoje ela teve a liberdade de voltar as costas aos interesses e às necessidades da nação como um todo e às pressões “de baixo para cima” das classes baixas, é presumível que, de agora em

diante, ela terá de ser crescentemente “mais responsável” e “menos livre” de agir arbitrariamente. (FERNANDES, 2006, p.334)

Assim é que, a partir de 1974, pode-se marcar um início de reação da oposição à hegemonia burguesa, com uma tendência ao seu enfraquecimento. Isso por que foi nesse período que teve início a terceira fase da ditadura civil-militar, que ficou conhecida como o período da abertura e teve seu início em 15 de março de 1974, com a posse do penúltimo Presidente militar, o general Ernesto Geisel, que prometeu um processo de “distensão lenta e gradual”.

É preciso que se diga que a dita abertura não foi uma concessão dos militares, mas fruto das condições econômicas e políticas que pressionavam a ditadura durante todo o mandato de Geisel. No ano de 1974, a crise do petróleo, iniciada no ano anterior, finalmente chegou ao Brasil, pondo fim ao que ficou conhecido como “milagre econômico” do governo de Emílio Garrastazu Médici (1969-1974).

Em 1977, Jimmy Carter assumiu a Presidência dos Estados Unidos, tendo como uma de suas bandeiras de campanha a defesa dos direitos humanos e a represália às ditaduras militares do Cone Sul, em um claro sinal de que o maior aliado externo da ditadura não ia mais ser conivente com as recorrentes práticas de violência e perseguição à oposição do regime militar.

Na política interna, a ditadura militar também não passava por bons momentos. Em novembro de 1974, durante as eleições para membros do Senado, Deputados estaduais e federais, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), único partido da oposição, elegeu 16 senadores, 44% dos deputados federais e a maioria dos deputados estaduais em 6 assembleias legislativas (incluindo a de São Paulo, do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul), crescendo de maneira espantosa e demonstrando o descontentamento da população com o regime militar (Partido do Movimento Democrático Brasileiro, 2009).

Nesse decorrer Gohn (2000, p.11) retrata que:

É bom recordarmos que após o período transcorrido entre 1964-1974, sob o regime militar, a sociedade civil reagiu e se manifestou. A partir de 1978 e ao longo dos anos 80 tivemos um novo ciclo nas relações sociedade-Estado, que entrou para a História como sendo de natureza reivindicatória e participacionista. (...) As grandes mobilizações que conferiram vitalidade nos anos 80 aos grupos e movimentos sociais organizados, principalmente no setor urbano, perderam visibilidade, mas surgiram novas formas de fazer política.

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

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

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

A instância jurídica, na sociedade brasileira, ao longo das décadas de 70, 80 e 90, foi progressivamente impactada pela nova subjetividade coletiva decorrente dos Novos Movimentos Sociais. Os efeitos desse processo foram significativos na esfera Legislativa, notadamente pela visível ampliação do leque de instrumentos formais de postulação, seja no campo de formação de entidades mediadoras, orientadoras dos grupos sociais, bem como na instituição de direitos substantivos, metaindividuais, esses últimos, guindados, em sua maioria, ao plano constitucional.

No contexto dessa transformação do Judiciário é que se localiza a sua crise de identidade, na medida em que ele vem sendo demandado a resolver cada vez mais novos tipos de conflitos e demandas coletivas e que ele ainda se configura no contexto de uma cultura jurídica marcada pela racionalidade técnico-formal, com procedimentos ligados às demandas individuais de cunho patrimonialista e que, além disso:

Trata-se de uma instância de decisão não só submissa e dependente da estrutura do poder dominante, como, sobretudo, de um órgão burocrático do Estado, desatualizado e inerte, de perfil fortemente conservador e de pouca eficácia na solução rápida e global de questões emergenciais vinculadas, quer às reivindicações dos múltiplos movimentos sociais, que aos interesses das maiorias carentes de justiça e da população privada de seus direitos. (WOLKMER, 2001, p.99)

É nesse mesmo panorama que as demandas relacionadas ao direito à saúde se inserem no seio do Judiciário brasileiro e, progressivamente na agenda pública do país.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DO MARANHÃO

Traçado o panorama sobre a judicialização da política e da saúde e da construção do Poder Judiciário brasileiro, cumpre adentrar no tema propriamente dito, ou seja, na análise da judicialização da saúde no Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010. De modo a realizar tal análise, o presente capítulo será dividido em duas partes.

Na primeira, será feita uma breve exposição das principais críticas feitas pela doutrina especializada e pelos agentes envolvidos acerca da judicialização da saúde em nível nacional.

A segunda parte será a análise dos dados coletados na pesquisa com o seu respectivo enquadramento (ou não) nas críticas levantadas, de modo a traçar o panorama de como o Judiciário maranhense tem enfrentado essa questão.

5.1 Críticas à judicialização da saúde

Em uma abordagem feita acerca do que chama de “judicialização excessiva”, Luís Roberto Barroso (2008) pretende fazer uma abordagem plural da judicialização e suas principais críticas.

Observa-se aqui que tais críticas não são, como se verá, necessariamente partilhadas por Barroso, mas são vistas pelo autor como as mais recorrentes por aqueles envolvidos com a temática. Assim, diz o autor que levanta tais críticas “sem a preocupação de endossá-las ou infirmá-las. O propósito aqui é oferecer uma visão plural do tema” (BARROSO, 2008, p.22). As críticas apontadas por Barroso se resumem em:

- a) o art. 196 da Constituição Federal seria norma *programática*;
- b) há um problema de *desenho institucional*, haja vista que a competência para tomar decisões nesse campo seria do Poder Executivo;
- c) o papel exercido pelo Judiciário carece de *legitimidade democrática*, haja vista que retira dos poderes públicos legitimados pelo voto a prerrogativa da decisão sobre os recursos;
- d) os recursos financeiros seriam insuficientes para atender todas as necessidades;

e) as decisões judiciais nesse sentido provocam a *desorganização da Administração Pública*;

f) a concessão dos medicamentos desvia os recursos públicos para uma abordagem individualista em detrimento do tratamento de política social que deve ser dado ao tema;

g) a assunção do protagonismo pelo Poder Judiciário serviria mais à classe média que às classes mais baixas da população; e

h) o Judiciário não dominaria o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde e nem para avaliar se um determinado medicamento é efetivamente necessário.

Trataremos com mais detalhes de cada uma das críticas levantadas por Luís Roberto Barroso, para, em seguida, analisar a sua pertinência. A primeira das críticas é colocada por Barroso nos seguintes termos:

O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas. (2008, p. 22)

Tal crítica apontada pelo autor se faz pela existência da expressão contida no art. 196 da Constituição Federal, que alude ao dever do Estado de promover a saúde “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Em verdade, a segunda, a terceira e a quarta críticas à judicialização dita “excessiva” estão ligadas à primeira, de modo que trataremos de todas em conjunto. No que se refere ao desarranjo do desenho institucional, Barroso aponta que:

Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público

levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988. (BARROSO, 2008, p. 23)

A terceira crítica, por sua vez, é colocada por Barroso da seguinte forma:

Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos. (BARROSO, 2008, p. 23-24)

Por fim, a quarta crítica diz respeito à reserva do possível e já foi, inclusive, abordada anteriormente. Segundo Barroso:

Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais. (BARROSO, 2008, p. 24)

Nunes partilha de tais críticas e afirma que:

É verdade: o estado democrático é um estado vinculado à Constituição e à lei. Mas esta vinculação abrange também o Poder Judiciário, que não pode exercer funções e tomar decisões que não cabem nas suas competências constitucionais. A este propósito, importa, aliás, salientar que, sendo o orçamento aprovado por uma *lei do orçamento* do Poder Legislativo, carece de legitimidade o acto de um juiz que se proponha alterar essa *lei*, modificando a afectação das receitas constante da *lei do orçamento*, ou que cometa ao Executivo o *dever* de a alterar para poder cumprir a sentença do juiz. Nem o Poder Judiciário nem o Poder Executivo podem usurpar competência reservada do Poder Legislativo. Aceitar o contrário seria abrir um caminho perigoso do ponto de vista democrático. (NUNES e SCAFF, 2011, p.36)

São claras as críticas desse autor ao que ele entende ser uma postura equivocada por parte do Judiciário e é evidente que as críticas acerca do desarranjo do desenho institucional, da ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário e da ofensa ao princípio da reserva do possível diante dos recursos escassos estão profundamente ligadas ao que já se vem trabalhando ao longo de

toda a presente pesquisa, qual seja, a discussão “individual x coletivo” que permeia a própria construção histórica dos direitos sociais e, por via de consequência, se reflete no conteúdo e força normativa do art. 196 da Constituição Federal e na natureza constitucional do direito à saúde.

Comentando tais críticas, é o próprio Barroso (2008) que dá eco às palavras de Sarlet:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes. Assim, em se acolhendo de forma irrestrita este entendimento, efetivamente haveríamos de capitular diante daqueles que propugnam o cunho meramente programático das normas constitucionais sobre a saúde. (SARLET, 2002, p. 12-13)

Assim, para Sarlet, o âmago da resposta a essas críticas diz respeito ao entendimento acerca da natureza das normas constitucionais sobre a saúde e a possibilidade de sua tutela de modo individual.

Sarlet, então, aponta que, quando se tratar de prestações emergenciais que, uma vez indeferidas implicariam em “comprometimento irreversível ou mesmo sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2002, p. 14), há um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo, ou seja, tais críticas carecem de fundamentação no plano constitucional brasileiro. E Sarlet completa:

Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o

de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento. (SARLET, 2002, p. 14).

Conforme aponta Sarlet, tal crítica é fruto de uma confusão entre os conceitos de políticas públicas e de direitos fundamentais. Nas palavras do autor:

Políticas públicas não se confundem com os direitos fundamentais, designadamente como direitos subjetivos (individuais e/ou coletivos) que são veiculados por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como forma de assegurar a efetividade de direitos fundamentais. Assim, além do controle da política pública como tal, que evidentemente resulta também na tutela de direitos, cuida-se de algo distinto quando se busca, muitas vezes já com base em determinada política pública (como bem revela o caso da legislação que obriga o poder público ao fornecimento de medicamentos) obrigar o Estado a efetivamente assegurar prestação ao indivíduo ou conjunto de indivíduos que deixou de ser atendido. (SARLET *apud* NOGUEIRA, 2011, p. 49)

Assim, de um modo geral, os argumentos de Sarlet servem para desmontar quase a totalidade das críticas levantadas por Barroso, restando comentar agora sobre as duas últimas, quais sejam: a assunção do protagonismo pelo Poder Judiciário serviria mais à classe média que às classes mais baixas da população e o Judiciário não dominaria o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde e nem para avaliar se um determinado medicamento é efetivamente necessário.

A crítica acerca do protagonismo do Poder Judiciário favorecer mais à classe média que as classes mais baixas da população é resumida por Barroso da seguinte forma:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média. (BARROSO, 2008, p. 26)

Tal argumento, a toda evidência, diz respeito às condições de acesso à justiça da população e só pode ser efetivamente confirmado ou refutado analisando-

se o caso concreto, com a análise do perfil daqueles que se socorrem do Poder Judiciário para a propositura das ações.

Trata-se, sem sombra de dúvidas, de uma das críticas mais pertinentes e que, uma vez comprovada, merece séria consideração por parte dos três Poderes, de modo a não inverter os objetivos precípuos da ordem constitucional. Diante disso é que, no próximo tópico voltaremos a tal crítica com a abordagem acerca das ações propostas no Poder Judiciário Maranhense.

A última das críticas é colocada por Barroso nos seguintes termos:

O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública. (BARROSO, 2008, p. 27)

Tal crítica vem amparada na limitação técnica do Poder Judiciário acerca do conhecimento médico necessário para determinar que aquele medicamento ou tratamento médico específico que está sendo pleiteado é o mais adequado não só para o tratamento do paciente como também com relação à racionalização da relação custo/benefício.

A respeito de tal crítica, o próprio Barroso demonstra sua opinião ao estabelecer a proposta de um parâmetro a ser adotado para as ações individuais pleiteando medicamentos. Diz o autor que:

A princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista. Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário. (BARROSO, 2008, p. 30)

Assim, o autor demonstra claramente seu posicionamento favorável a uma limitação do Poder Judiciário à concessão de medicamentos que estejam presentes na lista de medicamentos elaborada pelos órgãos governamentais devidamente responsáveis. Isso porque, para o autor:

Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas

e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos. (BARROSO, 2008, p. 28)

Observa-se que, ao contrário do Poder Judiciário, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo são dotados de corpo técnico apto a elaborar estudos com implicações no âmbito da chamada macro-justiça, como, por exemplo, a elaboração, no âmbito do Ministério da Saúde, da Política Nacional de Medicamentos, aprovada pela Portaria Ministerial nº. 3.916, de 30 de outubro de 1998.

Por se tratar da política pública adotada em âmbito nacional para os medicamentos e estar vinculada à Política Nacional de Saúde, faz-se imprescindível não só tecer algumas considerações sobre tal política como também faz-se necessária a comparação entre a forma como se deu a judicialização da saúde no Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010 e os critérios adotados pela Política Nacional de Medicamentos, de forma a se observar melhor a pertinência da referida crítica com relação ao caso maranhense.

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

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

Na RENAME, constam os nomes dos princípios ativos dos medicamentos, baseados na Denominação Comum Brasileira (DCB) – denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo aprovado pelo órgão federal responsável pela vigilância sanitária. Estes medicamentos possuem um ou mais princípios ativos, registrados na Anvisa e que apresentam menor custo nas etapas de armazenamento, distribuição, controle e tratamento.

Além disso, todas as fórmulas apresentam valor terapêutico comprovado, com base em evidências clínicas (BRASIL, 2012a).

Veja-se que a formulação de tal relação é feita, desde 2005, por uma Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (COMARE), formada por integrantes do Poder Público e da sociedade civil¹⁰ - todos com o dever de delimitar, através de um Termo de Declaração de Interesses, o tipo de vínculo que cada membro da COMARE possa ter com um trabalho financiado por empresa privada, além de, ao início de cada reunião, declarar inexistência de conflito para com as votações realizadas em seus encontros.

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

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

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

¹⁰ A comissão conta com um representante dos seguintes órgãos, entidades e instituições: a) Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (Ministério da Saúde); b) Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos (Ministério da Saúde); c) Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Ministério da Saúde); d) Secretaria de Atenção à Saúde (Ministério da Saúde); e) Escola Nacional de Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz (Ministério da Saúde); e f) Instituto Nacional de Câncer (Ministério da Saúde); g) Conselho Nacional de Secretários de Saúde; h) Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde; i) Associação Médica Brasileira; j) Conselho Federal de Farmácia; k) Conselho Federal de Medicina; l) Sociedade Brasileira de Vigilância Sanitária de Medicamentos; m) Sociedade Brasileira de Farmacologia e Terapêutica Experimental; e n) Sociedade Brasileira de Medicina Tropical, sendo que as seguintes entidades serão convidadas a indicar um representante para compor a Comissão: Universidade de Brasília, Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal do Estado de São Paulo, Universidade de São Paulo, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e Universidade Federal de Santa Catarina.

diretrizes baseadas em evidências, para utilização na prática de profissionais de saúde.

Desse modo, a medicina baseada em evidências parte da concepção de que a medicina está longe de formular uma certeza absoluta acerca de um tratamento específico, mas pode reduzir as incertezas através de um rigor metodológico na utilização dos estudos sobre determinados tratamentos e medicamentos. Assim é que:

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

É diante da formulação de tal política, que se faz necessária a análise da judicialização da saúde em nosso Estado e que se dará o cotejo dessa mesma judicialização com as Relações Nacionais de Medicamentos vigentes no período da pesquisa, quais sejam a RENAME 2008 e a RENAME 2010.

5.2 A judicialização da saúde no Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010

Para adentrar na análise da judicialização da saúde no Estado do Maranhão nos anos de 2009 e 2010, faz-se necessário tecer algumas considerações prévias acerca da pesquisa realizada.

A pesquisa documental foi feita a partir das medidas judiciais concedidas nos anos de 2009 e 2010, em caráter de liminar ou antecipação de tutela para assegurar medicamentos, tratamentos cirúrgicos e outras medidas relacionadas ao direito à saúde no âmbito do Poder Judiciário Estadual.

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

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

Por esse motivo, a pesquisa foi realizada a partir da análise dos processos judiciais propostos no âmbito do Poder Judiciário Estadual do Estado do Maranhão, nos anos de 2009 e 2010.

A escolha dos anos de 2009 e 2010 deu-se: a) por serem dois anos próximos da data da feitura do trabalho, o que permitiu a pesquisa das ações judiciais, haja vista que a maioria dos processos ainda não se findou e já estão consolidados sem a possibilidade de recursos judiciais contra as decisões antecipatórias de tutela; b) por serem dois anos em que se pôde observar um crescente interesse da mídia e do Poder Judiciário (inclusive o maranhense) pelo tema, conforme já relatado anteriormente.

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

Assim, existem oito Varas com tal competência, sendo que três delas detêm competência exclusiva para execuções fiscais e as outras cinco (da primeira à quinta) detêm competência genérica (o que inclui as demandas judiciais de saúde).

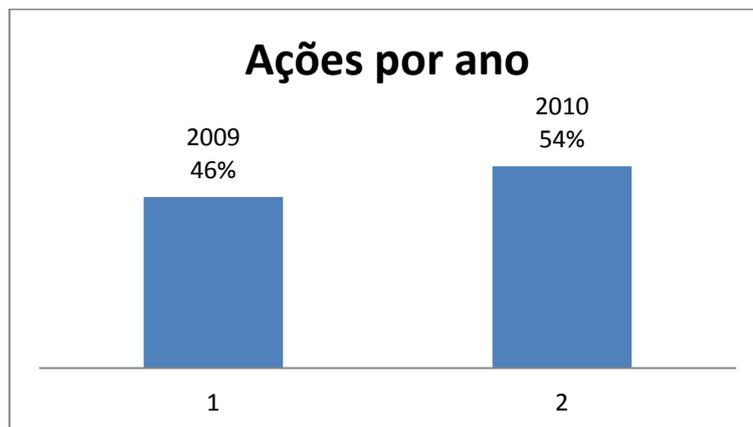
A pesquisa foi feita, então, a partir das decisões judiciais dessas cinco Varas da Fazenda Pública, com o levantamento de todas as ações envolvendo o direito à saúde com medidas liminares ou com antecipação dos efeitos da tutela, seja para a concessão de medicamentos, seja para o tratamento fora de domicílio,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

Para se chegar à totalidade das ações, o procedimento inicial foi de consulta aos juízes das cinco Varas da Fazenda Pública acerca da existência de

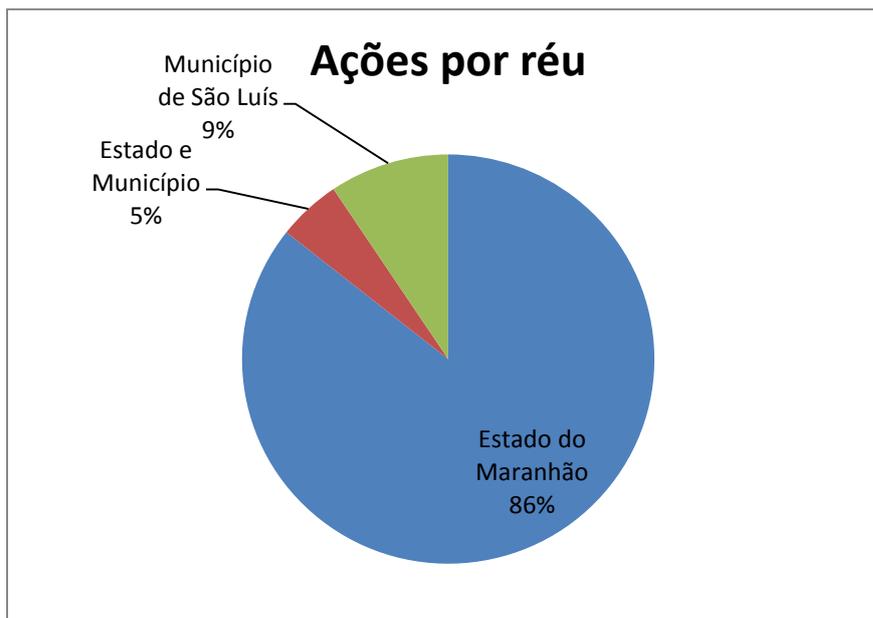
uma lista específica das ações judiciais envolvendo o direito à saúde, na qual foram obtidas as listas da 2ª e da 5ª Vara da Fazenda.

Em seguida, para os casos das outras três Varas que não possuíam lista específica, a pesquisa partiu da listagem geral das demandas judiciais com pedido de antecipação de tutela e medida liminar deferidas nos dois anos em questão e, após a análise de cada um dos processos, se separou as tutelas judiciais envolvendo o direito à saúde, para cataloga-las posteriormente.

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



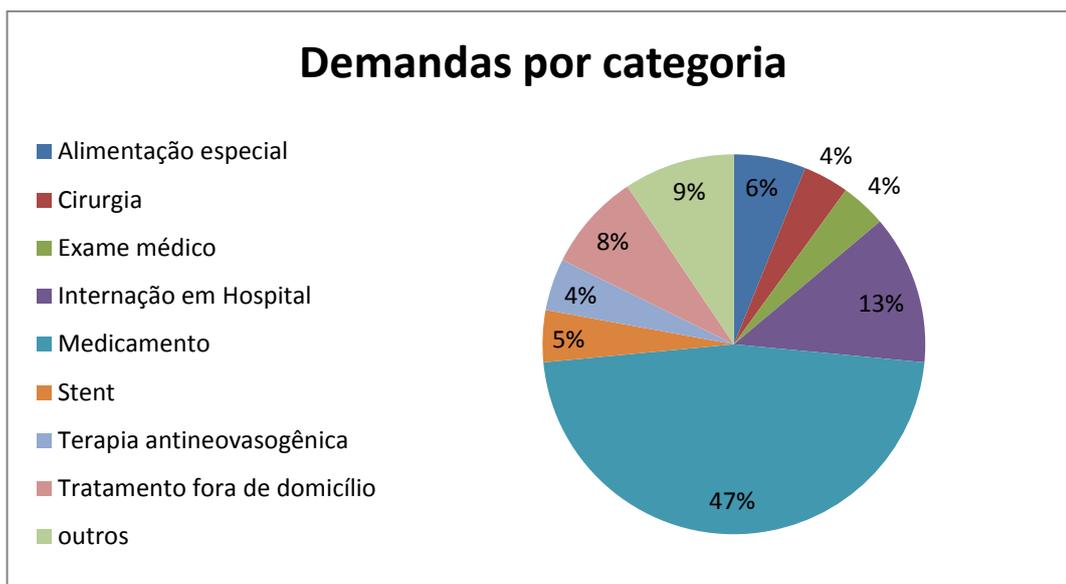
Das 181 demandas propostas nos anos de 2009 e 2010, 155 foram proposta somente em face do Estado do Maranhão e 9 foram propostas em face do Estado e do Município, o que faz com que as ações propostas tendo o Estado como réu correspondam a 91% do total, conforme gráfico abaixo.



Em seguida, passou-se a separar as demandas por tipo, de acordo com as decisões antecipatórias emanadas, chegando-se à conclusão de que, em destaque, 47% do total das demandas diziam respeito a pedidos de medicamentos, seguidos de 13% de solicitações de internação em hospitais públicos ou privados, 8% de solicitações de custeio de tratamento fora de domicílio e 6% das solicitações foram para alimentação especial¹¹. Os procedimentos de implantação de stent apareceram em 5% das demandas judiciais (2 cypher e 5 farmacológicos), seguidos de pedidos de terapia antineovasogênica¹², exames e cirurgias, cada um com 4% do total das demandas.

¹¹ Os pedidos mais variados foram juntados na categoria “outros” e totalizaram 13%, sendo eles: pedido de aparelho de oxigenoterapia (4 casos), bomba de insulina (1 caso), cadeira de rodas (1 caso), dieta enteral (2 casos), eletrodo duplo specify (1 caso), fraudas geriátricas e colchão (1 caso), injeção intra-vítrea de anti-angiogênico (1 caso), máscara nasal e traqueia (1 caso), procedimentos médicos (1 caso), prótese dentária (1 caso), sistema de fixação occipito cervical (1 caso), sondas uretrais e soro (1 caso), transporte para o local de tratamento médico (1 caso).

¹² A terapia antineovasogênica se dá com o uso do medicamento Lucentis® intravítreo (Ranibizumab). Optou-se por não colocar tal medicamento juntamente com os outros por se tratar de ação que visa não somente ao fornecimento do medicamento, como também da sua aplicação através da injeção intravítrea.

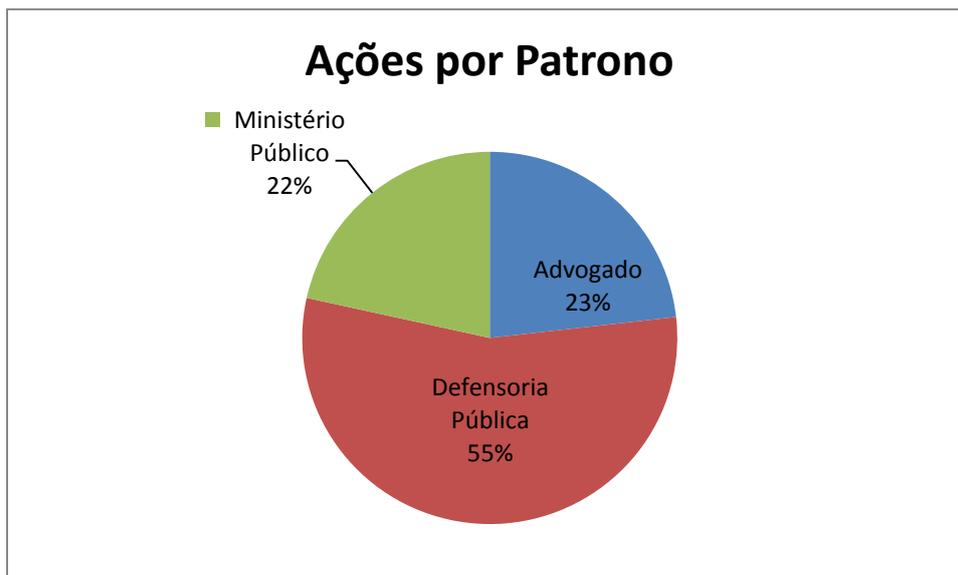


Diante do fato de que a maioria das ações envolve a solicitação de medicamentos é que, em tópico posterior, será feita a análise dos dados coletados com relação a esse tipo de demanda.

5.2.1 Os autores das ações no Maranhão e o acesso à justiça

Conforme apontado anteriormente, uma das críticas mais pertinentes acerca da judicialização da saúde tida como excessiva é a de que o acesso ao Judiciário favoreceria mais à classe média que à classe pobre da população, haja vista que a primeira é conhecedora de seus direitos e tem possibilidade de arcar com os custos de um processo judicial.

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



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

De outra banda, o Ministério Público do Estado do Maranhão, em sua atuação, propôs as ações judiciais através das Promotorias de Justiça da Defesa do Idoso e da Defesa do Portador de Necessidades Especiais, o que já indica a hipossuficiência das pessoas beneficiadas pelas tutelas e liminares deferidas.

No total, 77% das ações judiciais foram propostas por entidades públicas de defesa dos direitos dos cidadãos e, ainda que tais números não sejam suficientes para uma conclusão segura acerca do caso maranhense, que só seria possível com uma análise do perfil socioeconômico de cada um dos beneficiados pelas tutelas judiciais, é de concluir que a crítica acerca de um benefício maior da classe média com a judicialização da saúde deve ser vista com sérias ressalvas quando se trata da realidade maranhense.

5.2.2 As ações com pedido de medicamentos

Das 181 ações judiciais de direito à saúde nos anos de 2009 e 2010 propostas no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Maranhão, 85 foram visando a que o Estado do Maranhão fosse condenado a fornecer algum medicamento para o autor ou substituído (nos casos das ações propostas pelo Ministério Público).

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

a) Quais os medicamentos requeridos e como se relacionam com a Política Nacional de Medicamentos do Sistema Único de Saúde?

Aqui, se faz pertinente a análise da última das críticas à judicialização tida como excessiva, qual seja, a de que os juízes carecem de conhecimento técnico suficiente para determinar se um medicamento é efetivamente necessário para promover a saúde e a vida e também para instituir políticas de saúde em nível macro.

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

Mesmo assim, as demandas judiciais foram propostas requisitando esses medicamentos, o que pode ser explicado pelo fato de que em quase todas as ações (com exceção de uma¹³) os medicamentos constantes na RENAME foram requisitados em conjunto com medicamentos que não constavam na lista, ou seja, foram requeridos na mesma ação judicial por se tratar de medicamentos a serem utilizados em conjunto no tratamento da pessoa envolvida na ação.

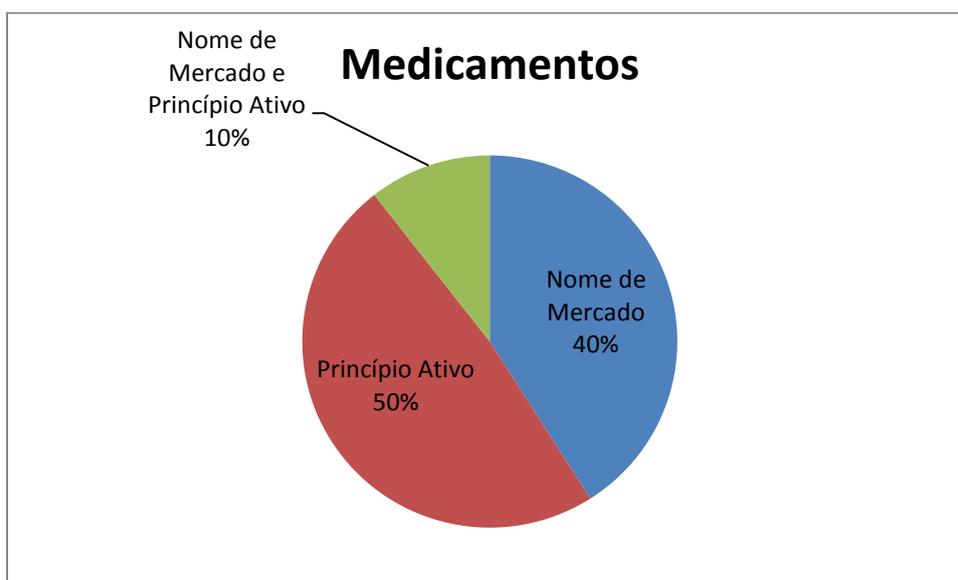
Outra explicação parcial é que, dos 39 medicamentos constantes na RENAME, 10 foram requisitados tão somente pelo seu nome de mercado¹⁴, o que obriga a Secretaria de Estado de Saúde a fornecer o medicamento nos exatos

¹³ Medicamento "alendronato sódico", nome de mercado Fosamax, requerido nos autos do processo 34599/2009, da 1ª Vara da Fazenda Pública.

¹⁴ Os medicamentos foram: Valpakine, Prolopa, Pressat, Somalgin Cardio, Angipress, Buferin Cardio, Rivotril Gardenal, Vonau e Plasil.

termos da decisão judicial, não podendo substituir o medicamento constante na decisão por um medicamento de marca mais barata, por exemplo, ou pelo genérico, que é fornecido gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde.

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



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

Isso não só se relaciona com uma ingerência que faz com que o Estado do Maranhão gaste bem mais do que poderia gastar como também está relacionado com a inserção dos medicamentos em uma lógica de mercado, haja vista inserir a concessão de medicamentos pela via judicial no âmbito de interesses privados.

Isso porque há uma escolha subjetiva e nem sempre motivada dos médicos em prescrever um medicamento de determinada marca e não de outra, segundo os seus próprios critérios, que nem sempre tem em vista o melhor para o paciente, mormente quando pode e deve ser do seu conhecimento que existem

tratamentos tão ou mais adequados que estão presentes na RENAME ou são mais acessíveis às condições socioeconômicas do paciente atendido.

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

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

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

Como exemplo, temos o medicamento Mabthera® (rituximabe), que foi requerido em três das ações judiciais. No caso de tal medicamento, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC-SUS) deliberou, em seu colegiado, pela sua não incorporação no âmbito do SUS para tratamento da doença Púrpura Trombocitopênica Idiopática (PTI), não só pelo custo do medicamento, mas também por:

- I - Estudos observacionais que sugerem melhora das contagens plaquetárias associada ao uso de rituximabe em pacientes com púrpura trombocitopênica idiopática refratária, também apontam para toxicidade importante.
- II - Não foram localizados estudos randomizados controlados para determinar a efetividade do rituximabe para tratamento da PTI.
- III - O real benefício clínico do rituximabe no tratamento de pacientes com PTI não pode ser adequadamente determinado.
- IV - O registro do rituximabe na ANVISA não inclui indicação para tratamento de PTI (BRASIL, 2012b)

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

Tal recomendação que passou a ser adotada no âmbito do Poder Judiciário maranhense ajuda a entender o motivo pelo qual houve um decréscimo, entre 2009 e 2010, das ações contendo somente o nome de mercado do

medicamento¹⁵, haja vista a determinação aos juízes para que seja inclusa a denominação genérica ou o princípio ativo dos medicamentos.

Contudo, tal recomendação não se faz o suficiente para resolver o problema, haja vista que, em se tratando de medida de urgência em que a vida de alguém se encontra em questão, dificilmente algum juiz irá determinar que a petição inicial seja emendada com a correção do relatório médico para a inclusão da denominação genérica ou princípio ativo¹⁶.

Isso porque, conforme já salientado em capítulo anterior, o Poder Judiciário brasileiro foi criado com o intuito de resolver demandas individuais patrimoniais, não tendo mecanismos adequados para lidar com situações como a judicialização da saúde, que exige, por exemplo, prazos mais exíguos para o seu cumprimento e, ao mesmo tempo, uma análise técnico-científica por parte de profissionais especializados na área da saúde.

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

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

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

Este, aliás, foi o caminho tomado pelo Estado da Paraíba. Por ocasião do Simpósio Judicialização da Saúde, patrocinado pelo Tribunal de Justiça da Paraíba e realizado nos dias 14 e 15 de dezembro de 2012, os participantes

¹⁵ No ano de 2009 foram 42 ações constando somente o nome de mercado do medicamento, enquanto que no ano de 2010 foram somente 24 ações.

¹⁶ De acordo com o art. 284 do Código de Processo Civil, o juiz deve determinar ao autor da ação que a emende no prazo de 10 (dez) dias se faltar algum dos documentos necessários ao processamento da ação.

decidiram e aprovaram a chamada “Carta de João Pessoa”, que tem como um dos enunciados o seguinte: “Recomenda-se nos pleitos relativos à saúde pública consulta técnica a Câmara Técnica antes da apreciação dos provimentos liminares” (PARAÍBA, 2012)

Conforme notícia veiculada no site do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba em 23 de janeiro de 2013, a Comissão Técnica de Saúde terá seu funcionamento iniciado até a data de 23 de fevereiro do mesmo ano e, portanto, em data posterior ao fechamento do presente trabalho. Segundo detalha a mesma notícia:

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

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

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

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

Por fim, em acréscimo, cumpre observar que o tratamento dado pelos próprios entes públicos envolvidos na judicialização da saúde caminha para o âmbito da individualização das demandas, haja vista que de todas as ações propostas nos anos de 2009 e 2010, somente uma, proposta pelo Ministério Público, envolvia o fornecimento de medicamentos para mais de uma pessoa¹⁷.

Tal forma de lidar com a questão do fornecimento de medicamentos, ainda que seja juridicamente viável, esvazia a discussão do campo da política, fragmentando demandas que poderiam se dar no âmbito coletivo, por exemplo, com a propositura de ações visando à inclusão na RENAME daqueles medicamentos

¹⁷ Ação Civil Pública nº. 28530/2009, com trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública, visando ao fornecimento dos medicamentos Micofenolato Sódico 360 mg e Rapamicina (Sirolimus) 2 mg, Tacrolimus, Ciclosporina, Micofenolato Mofetil e Azatioprina para 222 substituídos.

mais buscados de maneira individual no âmbito do Poder Judiciário. Nesse sentido, Barroso aponta que:

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

Assim, o papel do Poder Judiciário pode ser mais adequadamente realizado, sem a imersão em questões que lhe fogem a capacidade ou que esvaziem o âmbito da política, através da análise e processamento de demandas coletivas acerca da própria lista de medicamentos. Para tanto, se faz necessário levar tal discussão para as instituições, tais quais o Ministério Público e a Defensoria Pública, que podem promover tais ações coletivas e apontar a importância de tais medidas em nível macro para a efetivação do direito à saúde no Estado do Maranhão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da saúde tem progressivamente assumido a pauta da agenda de discussões dos três Poderes. Tal inserção encontra suas raízes na emergência da esfera social e conseqüente dissolução das esferas privada e pública.

Essa dissolução das esferas pública e privada avançou ao mesmo tempo em que a questão social passou à primeira preocupação dos revolucionários dos séculos XIII e XIX, implicando em uma rendição da perspectiva do exercício da política vinculado à ideia de liberdade a uma perspectiva da política ligada à satisfação das necessidades materiais, passando o governo a ser entendido como responsável pela administração/gestão da questão social.

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

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

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

Antes disso, em especial durante o primeiro período republicano, a formulação de uma política nacional de saúde foi uma das formas encontradas para a ampliação do poder nacional da União Federal. Já com a Era Vargas, as políticas de saúde se inseriram na lógica do cálculo político, com a utilização das massas para a promoção da identidade nacional.

É no período de 1945 a 1960 que a agenda das políticas públicas de saúde passa a se centrar na discussão da sua operacionalização, em especial, por parte dos sanitaristas. Remete a esse período a criação do Ministério da Saúde e do Serviço Especial de Saúde Pública – SESP.

Já entre 1960 e 1964, com o período das reformas de base, é que ganha importância a dicotomia “saúde pública *versus* atenção médica individual”, que permeia as discussões até a presente data, com a judicialização da saúde e cujo debate veio a se intensificar após o golpe militar, com a mudança do foco do Ministério da Saúde para privilegiar a saúde como elemento individual e não mais fenômeno coletivo.

Finalmente, no período da distensão, transição e da nova República, através do fortalecimento de novos sujeitos no debate, como os profissionais de saúde, o movimento sanitário, os partidos políticos de oposição e os movimentos sociais urbanos, é que a agenda pública da saúde culminou com a forte presença do direito sanitário no texto da Constituição de 1988, vindo a consagrar o direito à saúde como um direito fundamental social.

Tal consagração veio a permitir a judicialização desse direito, consubstanciada na possibilidade de propositura de ações individuais para pleitear a aquisição de uma das formas que o rótulo “direito à saúde” exprime, qual seja a de recuperação, através da exigência de meios de diagnóstico e de tratamento, seja através de procedimentos, seja através da aquisição de medicamentos.

Essa judicialização dá margem a inúmeros questionamentos, em especial quando se considera a formação do Poder Judiciário brasileiro, que surgiu e se consolidou para regulamentar e intermediar as relações comerciais e de propriedade das elites agrárias brasileiras e, posteriormente, passou a regulamentar as relações privadas entre os proprietários, assumindo um caráter nitidamente liberal reforçado no período ditatorial.

Sem dúvidas, o direito material brasileiro sofreu intensas mudanças no período posterior à ditadura, em especial a partir da Constituição Federal de 1988. Contudo, essas mudanças não vieram acompanhadas de uma mudança na formação dos juízes e na legislação processual para acompanhar a coletivização das demandas por direitos sociais.

Muitas são as críticas a essa judicialização da saúde, tida por alguns autores como “excessiva” e boa parte delas está vinculada diretamente à discussão

acerca da dicotomia “individual *versus* coletivo”, que permeia historicamente a construção do direito à saúde e sua judicialização.

Como exemplo de tais críticas pode se citar a de que o art. 196 da Constituição Federal seria norma *programática* ou a de que há um problema de *desenho institucional*, haja vista que a competência para tomar decisões nesse campo seria do Poder Executivo, ou ainda a de que o papel exercido pelo Judiciário carece de *legitimidade democrática*, haja vista que retira dos poderes públicos legitimados pelo voto a prerrogativa da decisão sobre os recursos.

Tais críticas, mormente basearem-se em alguma argumentação razoável, carecem de fundamento na medida em que esvaziam a força normativa do direito à saúde no âmbito constitucional, a qual foi historicamente construída através da construção doutrinária e jurisprudencial atenta aos anseios sociais dos grupos que construíram e constroem o debate acerca do direito à saúde no Brasil.

Duas das críticas que merecem maior atenção são a que diz respeito ao acesso à justiça, apontando que a judicialização da saúde favoreceria mais a classe média que as classes mais baixas e a que diz respeito à limitação técnica do Poder Judiciário para tomar as decisões quando se trata do âmbito da macro-justiça, envolvendo uma política nacional de medicamentos, e da própria prescrição de medicamentos ou tratamentos médicos que sejam não só adequados para o tratamento do paciente como também com relação à racionalização custo/benefício.

No caso maranhense, o que se observou nos anos de 2009 e 2010, é que a judicialização da saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde se deu, em sua maioria, através de ações propostas pela Defensoria Pública do Estado do Maranhão e pelo Ministério Público do Estado do Maranhão, através de suas promotorias especializadas, o que leva à indicação (ainda que de caráter não conclusivo) de que, no que se refere ao acesso à justiça, a judicialização da saúde no Maranhão tem se dado sem que haja um favorecimento maior da classe média em detrimento da classe baixa.

É preciso que se frise que a presente pesquisa se deu somente no âmbito do Sistema Único de Saúde, haja vista não ter analisado as demandas judiciais que tratam da chamada saúde suplementar, propostas em face dos planos de saúde. De modo que a análise aqui realizada merece ser realizada com a consciência das limitações do presente trabalho, o qual, conforme já exposto, não

pretende esgotar o tema, mas tão somente auxiliar na racionalização do debate de acordo com uma visão mais próxima da realidade maranhense.

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

- ACURCIO, Francisco de Assis. **Evolução Histórica das políticas de saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.farmacia.ufmg.br/cespmed/text1.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2011.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.
- ANDRADE, Lédio de Rosa. **O que é o direito Alternativo?**. Ed. Habitus, Santa Catarina. 2ª ed. 2001.
- AQUINO, Santo Tomás de. **Escritos políticos do santo Tomás de Aquino**. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis, RJ : Vozes, 1995. 172 p.
- ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, Editora da URFJ, 1992.
- ARENDT, Hannah. **O que é Política?** 6ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. 7ª reimpr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007a.
- ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o futuro**. 6ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2007b.
- ARENDT, Hannah. **A promessa da política**. 2ª ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.
- ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- ATALLAH, Álvaro Nagib. **A incerteza, a Ciência e a Evidência**. . Diagnóstico & Tratamento, v. 9, n.1, p. 27-28, 2004. Disponível em: http://www.centrocochranedobrasil.org.br/apl/artigos/artigo_442.pdf. Acesso em: 11/02/2013.

BAHIA, Ligia; COSTA, Rosário e STRALEN, Cornelis van. **A saúde na agenda pública**: convergências e lacunas nas pautas de debate e programas de trabalho das instituições governamentais e movimentos sociais. *Ciência e Saúde Coletiva*, novembro, ano/vol. 12, número Sup. Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 2007. pp. 1791-1818. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/630/63009804.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

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

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

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

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Relação nacional de medicamentos essenciais : Rename** / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – 6. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde. **Indicadores e dados básicos** – IDB - 2009. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2009/f16.def>> Acesso em: 07.01.2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. 2010a. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11691&Itemid=1225> Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. **Declaração do I Encontro do Fórum Nacional de Saúde**. 2010b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11691&Itemid=1225> Acesso em: 10.01.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Judicialização da saúde coloca ao STJ o desafio de ponderar demandas individuais e coletivas. 2010c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562> Acesso em: 15.01.2011.

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

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31**, de 30 março de 2010. 2010e. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/recnpj_31.pdf. Acesso em dez. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Rename**. 2012a. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32820&janela=1. Acesso em 10 de dezembro de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Consultoria Jurídica/ Advocacia Geral da União. **Nota Técnica nº. 166/2012**. 2012b. Disponível em: [http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Out/05/rituximabe\(Mabthera\).pdf](http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Out/05/rituximabe(Mabthera).pdf). Acesso em: dezembro de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Consultoria Jurídica/ Advocacia Geral da União. **Nota Técnica nº. 124**. 2012c. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Out/08/baclofeno.pdf>. Acesso em: dezembro de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Consultoria Jurídica/ Advocacia Geral da União. **Nota Técnica nº. 90**. 2012d. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Out/08/oxibutinina.pdf>. Acesso em: dezembro de 2012.

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

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

DYE, Thomas. **Understanding public policy**. 8 ed. New Jersey: Prentice Hall, 1992.

EUSTIS, Joanne D. **Agenda-Setting: the universal service case**. Virginia, 2000. Disponível em: scholar.lib.vt.edu/theses/available/etd.../jdeCOMPLETEetd.pdf. Acesso em: 20 de agosto de 2011.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**: ensaio de interpretação sociológica. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.

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

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

GOHN, Maria da Glória. **Mídia, Terceiro Setor e MST**: Impactos sobre o futuro das cidades e do campo. Petrópolis: Vozes, 2000

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

GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em História. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2003.

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

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

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

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

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

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

MARANHÃO. Defensoria Pública do Estado do Maranhão. Relatório de Gestão 2010/2012. 2012. Disponível em: http://www.dpe.ma.gov.br/dpema/documentos/relatorio_dpe_2010_2012.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

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

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

NOGUEIRA, Danielle Christine Barros. **A efetivação do direito à saúde**: fornecimento judicial de medicamentos. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Políticas Públicas. Universidade Federal do Maranhão, São Luís, MA, 2011.

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

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

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

PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. História do PMDB. 2009. Disponível em: < <http://www.pmdb.org.br/historia.php>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

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

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

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

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

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

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

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

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.