

MAIARA BATALINI DE MACEDO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL:
Os espaços interinstitucionais como garantia fundamental de acesso à
saúde.**

Uberlândia - MG
2016

MAIARA BATALINI DE MACEDO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL:
Os espaços interinstitucionais como garantia fundamental de acesso à
saúde.**

Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção do título de
Mestre em Direito no curso de
Mestrado em Direito da Universidade
Federal de Uberlândia, sob orientação
do Prof. Dr. Diego Nunes.

Uberlândia - MG
2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

M141j
2016

Macedo, Maiara Batalini, 1989-

A judicialização da saúde pública e o diálogo institucional : os
espaços interinstitucionais como garantia fundamental de acesso à saúde
/ Maiara Batalini Macedo. - 2016.

178 f. : il.

Orientador: Diego Nunes.

Dissertação (mestrado) -- Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direito à saúde - Brasil - Teses. 3. Acesso aos
serviços de saúde - Brasil - Teses. 4. Saúde pública - Brasil - Teses. I.
Nunes, Diego. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-
Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

TERMO DE APROVAÇÃO

MAIARA BATALINI DE MACEDO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL:
os espaços interinstitucionais como garantia fundamental de acesso à
saúde.**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Diego Nunes
Faculdade de Direito/UFU

Membros:

Profa. Dra. Flávia do Bonsucesso Teixeira
Faculdade de Medicina/UFU

Prof. Dr. Carlos José Cordeiro
Faculdade de Direito/UFU

Data de aprovação: 08/11/2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu querido Prof. Dr. Diego Nunes, que aceitou me orientar, contribuindo de maneira essencial na construção e consolidação dos argumentos que sustentam esse trabalho e que neste caminho cheio de riscos vermelhos e muita leitura (e mais leituras), se tornou um grande amigo.

Agradeço ao meu querido Prof. Doutor Rogério Zeidan, pela confiança depositada em mim ao me convidar para fazer parte do time da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Uberlândia, fato este sem o qual, a presente pesquisa não existiria.

Agradeço aos meus professores da Pós-Graduação em Apoio Institucional em Saúde da UNICAMP, Prof. Dr. Gastão Wagner de Sousa Campos, Prof. Nilton Pereira Junior e Prof. Fábio Luiz Alves Fábio de Mello, que me mostraram que há outra forma de se pensar e de se fazer políticas públicas de saúde, me orientando na sala de aula e na defesa do Sistema Único de Saúde.

Agradeço aos colegas da Secretaria Municipal de Saúde de Uberlândia pelas lutas diárias compartilhadas, que me deram a oportunidade de conhecer a fundo o SUS se tornando colegas queridos e se provando profissionais excepcionais.

Agradeço aos membros do Conselho Municipal de Saúde, que doando seu tempo sem nenhuma remuneração em troca enfrentam o poder executivo, cobrando soluções e mudanças necessárias na luta por um SUS melhor para todos nós.

Agradeço a minha linda família, que me ajudou de todas as formas possíveis que um ser humano pode ser ajudado.

“Sem um fim social o saber será a maior das futilidades.”
Gilberto Freyre

RESUMO

MACEDO, Maiara Batalini de. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL: os espaços interinstitucionais como garantia fundamental de acesso à saúde. Dissertação de Mestrado: Universidade Federal de Uberlândia, 2016.

A presente dissertação visa demonstrar a situação crítica e urgente da judicialização excessiva da saúde pública, analisando se a construção e consolidação de comitês interinstitucionais, núcleos de assistência técnica e outros arranjos institucionais correlatos, podem auxiliar efetivamente na redução de demandas judiciais. Ao demonstrar que a judicialização é uma prática legítima e necessária quando ponderada com outros princípios e diretrizes que informam o SUS, o problema dessa pesquisa consiste em verificar se poderiam os comitês/núcleos interinstitucionais ou equivalentes, na condição de espaço propício para o desenvolvimento do diálogo institucional entre os distintos atores da saúde pública (Executivo, Judiciário, Defensoria, Ministério Público, usuários, associações) diminuir de maneira eficaz a judicialização excessiva da saúde. Para realização do tema proposto foi utilizada a pesquisa documental com procedimento comparativo, estatístico e monográfico, assim como as técnicas da documentação indireta através da pesquisa bibliográfica e documental e a documentação direta através da análise estatística e de conteúdo, a partir de dados específicos e de casos concretos decorrentes dos arranjos institucionais verificados nas diversas formatações de comitês/núcleos. A partir das análises realizadas foi constatada a existência de dois fenômenos distintos, quais sejam, a juridicização e desjudicialização e experiências bem sucedidas de efetivação das políticas públicas de saúde a saber, o caso de Araguaína/TO; o caso de Lages/SC; o caso de Brasília/DF, o caso de Belo Horizonte/MG, onde houve diminuição das demandas judiciais e maior resolução de conflitos através do diálogo institucional. Por fim, apresenta o Comitê Interinstitucional de Resolução em Demandas de Saúde de Uberlândia/MG como uma proposta em construção para o acesso à saúde.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Diálogo institucional. Núcleos/comitês interinstitucionais. Acesso à saúde

ABSTRACT

MACEDO, Maiara Batalini de. THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH AND INSTITUTIONAL DIALOGUE: the interinstitutional spaces as a fundamental guarantee of access to health. Master memoires: Universidade Federal de Uberlândia, 2016.

This dissertation aims to demonstrate the critical and urgent situation of excessive judicialization on public health, analyzing whether the construction and consolidation of interinstitutional committees, technical assistance nucleus and other related institutional arrangements can effectively help in the reduction of legal claims. In demonstrating that the judicialization is a legitimate and necessary practice when considered with other principles and guidelines that compose the SUS, the problem of this research is to verify if the committees / nucleus interinstitutional or equivalent, as a space conducive to the development of the institutional dialogue relation between the different public health actors (Executive, Judiciary, *Defensoria Pública*, *Ministério Público*, users, associations) to effectively reduce the excessive judicialization of health. To carry out the proposed theme, it was used documentary research with a comparative, statistical and monographic procedure, as well as indirect documentation techniques through bibliographic and documentary research and direct documentation through statistical and content analysis, based on specific data and concrete cases resulting from the institutional arrangements verified in the various formations of committees / nucleus .From the analyzes carried out, it was verified the existence of two distinct phenomenon, namely, *juridicization* and *misjudicialization* and successful experiences of public health policies, namely the case of Araguaína/TO; The case of Lages/SC; The case of Brasília/DF, the case of Belo Horizonte / MG, where there was a decrease in judicial demands and greater resolution of conflicts through institutional dialogue. Finally, it presents the Interinstitutional Committee for Resolution on Health Claims of Uberlândia/MG as a proposal in construction for access to health.

Key words: Judicialization of health. Institutional dialogue. Interinstitutional bodies / committees. Access to health.

LISTA DE QUADROS E GRÁFICOS

QUADROS

Quadro 1 - Instalação inicial da Assembleia Nacional Constituinte	78
Quadro 2 - As 3 resoluções do RIANC	78
Quadro 3 - Etapas da constituinte: um panorama	79
Quadro 4 - Comissões e subcomissões temáticas da ANC	80
Quadro 5 - Quantidade de emendas e quantidade de artigos dos Anteprojetos na subcomissão VII-B	81
Quadro 6 - Formas de participação popular na constituinte	82
Quadro 7 - Tendências das emendas populares	86
Quadro 8 - Evolução da cobertura do programa de Saúde da Família	91
Quadro 9 - Evolução do Financiamento Federal da Atenção Básica	92
Quadro 10 - Beneficiários de planos privados de saúde no Brasil	93
Quadro 11 - Atores envolvidos no projeto, segundo prioridade, papel, participação e resultados esperados	140
Quadro 12 - Sistematização das experiências bem sucedidas selecionadas	155

GRÁFICOS

Gráfico 1 - Processos relativos à demandas de saúde em estoque	96
Gráfico 2 - Evolução dos quantitativos de processos novos	97
Gráfico 3 - Aumento em reais com gastos em medicamento	98
Gráfico 4 - Valores dispendidos com compras e depósitos judiciais	101
Gráfico 5 - Número de equipes de saúde da família e percentual de cobertura do Programa de Saúde da Família Belo Horizonte 2008 a 2016	151
Gráfico 6 - Valores pagos por esfera de governo - 1º Quadrimestre/2016	158

MAPA

Mapa 1 - Distribuição das unidades de saúde da Rede SUS/Uberlândia/MG	157
---	-----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Tipo de sequência Legislativa - 1997 (1982 à 1997)	64
Tabela 2 - Tipo de sequência Legislativa pós - 1997 (1997 à 2007)	65
Tabela 3 - Distribuição de gastos com insumos e medicamentos por Estado	99
Tabela 4 - Demandas que consumiram os maiores recursos em 2012	100
Tabela 5 - Evolução do atendimento de 2011 a 2013	140
Tabela 6 - Comparativo dos requerimentos solicitados em 2011/2013	141
Tabela 7 - Demandas, janeiro-junho 2013	142
Tabela 8 - Composição do CAMEDIS – Portaria Conjunta nº 1	149
Tabela 9 - Composição do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde – BH/MG	153
Tabela 10 - Hospitais públicos e privados em Uberlândia/2016.	156
Tabela 11 - Gestão da Rede Pública de Saúde/Uberlândia em Nov.2016	159
Tabela 12 - Número de processos de Saúde judicializados ativos no Município de Uberlândia (Nov. 2016)	160

LISTA DE SIGLAS

AB Atenção Básica

ABRASCO Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva

ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADR Alternative Dispute Resolution

AGE Advocacia Geral do Estado

AGU Advocacia Geral da União

ANC Assembleia Nacional Constituinte

ANS Agência Nacional de Saúde

ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária

APEM Anteprojetos, Projetos e Emendas da ANC

CAF Central de Abastecimento Farmacêutica

CAMEDIS Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde

CEBES Centro Brasileiro de Estudos da Saúde

CEBPEJ Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais

CEREST Centro de Referência em Saúde do Trabalhado

CDC Código de Defesa do Consumidor

CF Constituição Federal

CGA Corregedoria Geral da Administração

CIA Central Intelligence Agency

CIRDS Comitê Interinstitucional de Resolução em Demandas de Saúde

CISTRI Consórcio Intermunicipal de Saúde da Rede de Urgência e Emergência do Triângulo Norte

CNJ Conselho Nacional de Justiça

CNS Conselho Nacional de Saúde

CONAM Coordenação Nacional de Associação de Moradores

COSEMS Conselho das Secretarias Municipais de Saúde

CPI Comissão Parlamentar de Inquérito

CUT Central Única dos Trabalhadores
DANC Diário da Assembleia Nacional Constituinte
DF Distrito Federal
DNS Departamento Nacional de Saúde
DPU Defensoria Pública da União
ENAJUD Estratégia Nacional de Não Judicialização
ESF Estratégia de Saúde da Família
FADUSP Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
FUNDASUS Fundação Saúde do Município de Uberlândia
HC/UFU Hospital de Clínicas/ Universidade Federal de Uberlândia
IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBOPE-CNI Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística – Confederação Nacional da Indústria
INAMPS Instituto Nacional de Previdência Médica da Assistência Social
INPS Instituto Nacional de Previdência Social
LAPPIS Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde
MESP Ministério da Educação e Saúde Pública
MP Ministério Público
MS Mato Grosso do Sul
MTIC Ministério do Trabalho Indústria e Comércio
NAJS Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde
NAT Núcleo de Apoio Técnico
NAT's Núcleo de Assessoria Técnicas
NCM Núcleo de Conciliação de Medicamentos
NESP Núcleo de Estudos em Saúde Pública
OAB Ordem dos Advogados do Brasil
PAB Piso de Atenção Básica
PCDT Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
PDCA Act-Plan-Control-Do

PIB Produto Interno Bruto
PFL Partido da Frente Liberal
PDS Partido Democrático Social
PMDB Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PNAB Política Nacional da Atenção Básica do SUS
PSD Partido Social Democrata
PSF Programas de Saúde da Família
PT-SP Partido dos Trabalhadores - São Paulo
PTB Partido Trabalhista Brasileiro
RIANC Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte
SAMU Unidade de Atendimento Móvel de Urgências
SC Santa Catarina
SES/MG Secretaria de Estado de Saúde/Minas Gerais
SOF Secretaria de Orçamento Federal
SP São Paulo
SPDM Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina
STA-CE Suspensão de Tutela Antecipada - Ceará
SUS Sistema Único de Saúde
TACs Termo de Ajuste de Condutas
TJ Tribunal de Justiça
TO Tocantins
UAI Unidades de Atendimento Integrado
UAPSF Unidade de Atenção Primária à Saúde da Família
UDN União Democrática nacional
UNB Universidade de Brasília
UPA Unidade de Pronto Atendimento
USP Universidade de São Paulo
UTI Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A TEORIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA.....	18
2.1 O poder judiciário nas transformações do Estado de Direito.....	18
2.1.1 O poder dos juízes em dizer o Direito: uma breve incursão histórica....	19
2.1.2 Judicialização de políticas públicas como um fato político e jurídico irreversível no atual Estado Constitucional de Direito.....	31
2.2 O movimento mundial de acesso à Justiça e luta para tornar efetivo os direitos sociais.....	43
2.2.1 Limites à intervenção do judiciário no controle de políticas públicas.....	50
2.3 Diálogos institucionais: ferramenta de acesso à justiça.....	51
2.3.1 Diálogos institucionais e políticas públicas.....	51
2.3.2 Diálogo Institucional: um legado do Direito canadense.....	54
3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: O Sistema Único de Saúde sob controle tácito do judiciário.....	70
3.1 Sistema Único de Saúde: uma luta popular na constituinte de 1988...70	
3.1.1 O processo constituinte: sua implantação e a garantia da participação popular.....	77
3.1.2 Direito à saúde e sistema único de saúde: uma luta antes, durante e depois da ANC.....	82
3.1.3 Origens e atuação do bloco ideológico do “Centrão” e a vitória do bloco modernizante-socializante na construção da saúde pública na CF/88.....	85
3.2 O SUS (com)prometido: O SUS prometido pela CF/88 e comprometido pela judicialização.....	88
3.2.1 As respostas do STF e do CNJ à judicialização da saúde: A Audiência Pública nº 04 e as Jornadas de Direito da Saúde.....	105

3.2.2 A análise dos Enunciados do CNJ como demonstração do cenário da precária judicialização nacional.....	111
4 OS ESPAÇOS DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO RESPOSTA À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA SAÚDE.....	122
4.1 Juridicização e desjudicialização: fenômenos distintos de acesso à saúde.....	122
4.2 Experiências bem sucedidas de efetivação das políticas públicas de saúde por meio do diálogo institucional.....	135
4.2.1 O caso de Araguaína/TO.....	136
4.2.2 O caso de Lages/SC.....	143
4.2.3 O caso de Brasília/DF.....	147
4.2.4 O caso de Belo Horizonte/MG.....	150
4.3 O comitê interinstitucional de resolução em demandas de Uberlândia/MG: uma resposta em construção.....	153
5 CONCLUSÃO.....	165
6 REFERENCIAS.....	171

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação analisa a questão da judicialização da saúde pública e o diálogo institucional a partir dos núcleos/comitês interinstitucionais como garantia fundamental de acesso à saúde. O fenômeno da judicialização no Brasil, não diferente de outros países, que se apresenta como um fenômeno mundial e constatado nas mais diversas tradições jurídicas distintas (Civil Law e Common Law), encontra-se hodiernamente em uma situação jurídica e política, que pode ser resgatada desde 2009, mais precisamente entre abril e maio, oportunidade em que então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, convocou uma audiência pública para tratar da judicialização da saúde, visando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde, admitindo que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

De fato o problema da judicialização da Saúde hoje não se distancia muito do cenário apresentado em 2009, e não se caracterizaria em erro ao dizer que as taxas de judicialização inclusive aumentaram desde então, o problema do acesso aos bens e serviços de saúde se apresentam de forma complexa e atingem a sociedade brasileira como um todo: magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, médicos, doutrinadores e, por óbvio, todos os usuários e gestores do SUS. Todos são atingidos direta ou indiretamente pelos problemas que dela decorrem, e conforme fala do próprio ministro do STF, “é preciso buscar o diálogo e uma ação conjunta entre os diversos setores da sociedade”.

Considerando que atualmente o judiciário brasileiro enfrenta uma excessiva demanda no âmbito da saúde, que por sua vez resulta na dispensa extremamente alta de recursos públicos chegando a comprometer a assistência global e ferindo o princípio da equidade social o problema desse

trabalho consiste em verificar se poderiam os comitês/núcleos interinstitucionais ou equivalentes, na condição de espaço público de diálogo entre os diversos atores da saúde pública, diminuir de maneira eficaz a judicialização excessiva da saúde. A hipótese básica que sustentou a pesquisa parte do pressuposto de que o diálogo institucional instaurado em espaços públicos de debates, como é o caso dos comitês/núcleos interinstitucionais, podem ampliar a eficiência e a eficácia das políticas públicas de saúde ao realizar a otimização dos recursos, ao mesmo tempo que garantem o atendimento das demandas por bens e serviços de saúde, respeitando a lógica do SUS.

O tipo de pesquisa utilizado para o desenvolvimento desse trabalho consistiu basicamente na documental, na medida em que teve como ponto de partida as análises jurisprudenciais e doutrinárias, assim como a legislação vigente acerca da judicialização da saúde pública e o diálogo institucional, através da verificação da atuação dos comitês/núcleos interinstitucionais como garantia fundamental de acesso à saúde, previstos no ordenamento jurídico hodierno.. Todas estas etapas foram realizadas através de estudo comparativo e estatístico, respectivamente utilizando as técnicas da documentação indireta através da pesquisa bibliográfica e documental, e a documentação direta através da análise estatística e de conteúdo, a partir de dados específicos e de casos concretos decorrentes dos arranjos institucionais apresentados pelas diversas formatações de comitês/núcleos.

O tema proposto tem como objetivo demonstrar a situação crítica e urgente na qual se a judicialização excessiva da saúde, e apresentá-la como um problema a ser superado, analisando se a construção e consolidação de comitês interinstitucionais, núcleos de assistência técnica e outros arranjos institucionais correlatos podem auxiliar efetivamente na redução de demandas judiciais relativas a saúde, aumentando a previsibilidade de gastos e a programação financeira por parte dos gestores públicos e respeitando os princípios e diretrizes próprios do SUS. Da mesma forma, pretende discutir a questão da legitimidade da judicialização de políticas públicas em geral e da

saúde em particular a partir do surgimento do paradigma do Estado Constitucional de Direito, bem como apresentar a necessária distinção entre judicialização (como fato), dos métodos de decisão (ativismo e auto contenção judicial), bem como, distinguindo entre o controle judicial e o controle extraprocessual de políticas públicas, visando então demonstrar que a judicialização é uma prática legítima desde que ponderada com outros princípios e diretrizes que informam o SUS.

Em um primeiro momento são apresentadas a questão da judicialização da saúde pública no estado constitucional de direito e a teoria do diálogo institucional como ferramenta de acesso à justiça, destacando o papel do poder judiciário nas transformações do Estado de Direito, em especial, o poder dos juízes em dizer o Direito a partir de uma breve incursão histórica e a judicialização de políticas públicas como um fato político e jurídico irreversível no atual Estado Constitucional de Direito. Em complemento foram apresentados também o movimento mundial de acesso à Justiça e a luta para tornar efetivos os direitos sociais em confronto com as devidas limitações à intervenção do judiciário no controle de políticas públicas, assim como, os aspectos teóricos acerca dos diálogos institucionais como ferramenta de acesso à justiça.

Posteriormente é analisado o processo de judicialização da saúde pública no Brasil, destacando-se o Sistema Único de Saúde e a atuação do judiciário. Acerca do SUS descreve-se seu processo constituinte, a sua implantação e a garantia da participação popular na Constituição de 1988. No sentido de fundamentar essa abordagem, apresenta-se o processo de conquista do direito à saúde antes, durante e depois da ANC, bem como os grupos de interesses e debates ideológicos a partir da análise das origens e atuação do bloco ideológico do “Centrão” e a vitória do bloco modernizante-socializante na construção da saúde pública. Como exemplo das consequências do confronto ideológico acima, destaca-se uma breve análise do paradoxo do SUS prometido pela CF/88 daquele realmente existente e comprometido pela judicialização, com destaque nas respostas do STF e do CNJ à judicialização

da saúde, em especial através dos relatos da Audiência Pública nº 04 e as Jornadas de Direito da Saúde.

Por fim, são analisados e interpretados os espaços de diálogo institucional como resposta à judicialização excessiva da saúde. Nesse momento são realizadas as distinções entre juridicização e desjudicialização, que se mostram como fenômenos distintos de acesso à saúde, com consequências práticas nas lutas e no desenho institucional que o SUS vem assumindo nas últimas décadas. Na sequência são elencadas e interpretadas as experiências bem sucedidas de efetivação das políticas públicas de saúde através do diálogo institucional, a saber, o caso de Araguaína/TO; o caso de Lages/SC; o caso de Brasília/DF, o caso de Belo Horizonte/MG e o comitê interinstitucional de resolução em demandas de Uberlândia/MG como uma proposta em construção de arranjo institucional para o acesso adequado à saúde.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A TEORIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA

Para que seja possível uma compreensão adequada do fenômeno da excessiva judicialização da saúde pública que ocorre atualmente no país, é imprescindível a retomada às origens do poder do Judiciário no Estado de Direito e à evolução do próprio Estado de Direito analisado pelo ângulo da soberania e acesso à justiça. É apenas a partir da assimilação de sua evolução histórica que se torna possível conceber a atuação contemporânea do judiciário e empreender alguma crítica legítima. É então através do percurso teórico que se chegará ao fim, na apresentação da teoria do diálogo institucional como possibilidade de aumentar o acesso à saúde pública.

2.1 O poder judiciário nas transformações do Estado de Direito

O atual Estado Constitucional de Direito é o resultado de um longo processo de evolução do Direito e da Teoria do Direito, decorrente da consolidação de uma cultura jurídica europeia. Suas raízes podem ser encontradas no imaginário social e político da alta idade média, passando pela crise do Antigo Regime e do Estado Absolutista, e sua contestação pelas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, bem como as transformações que o Estado Legislativo de Direito, fruto especialmente da Revolução Francesa, sofreu após a segunda guerra mundial ao se consolidar em Estado Constitucional de Direito (FIORAVANTI, 2012).

Para realizar brevemente esse percurso, as obras de Antônio Manuel Hespanha, Michael Stolleis e Maurizio Fioravanti serão úteis para acompanhar as transições paradigmáticas da Teoria do Direito. Muitas das características do direito contemporâneo, em especial, o fenômeno do pluralismo jurídico contemporâneo - decorrente da quebra do monopólio estatal na produção do direito - e do conflito entre legisladores e intérpretes, encarnados no papel

exercido pelos juízes na contemporaneidade – podem ser melhor compreendidos com o auxílio dos autores supracitados. É o que segue.

2.1.1 O poder dos juízes em dizer o Direito: uma breve incursão histórica

Segundo Antônio Manuel Hespanha (2003, p.146-179) é na idade média que se localiza o surgimento do discurso jurídico medieval, onde, pela introdução da filosofia aristotélica como método lógico de análise da tradição romanística, canonística e do direito visigótico e costumes se deu a unificação das diversas ordem jurídicas (pluralismo jurídico medieval), através da “cientificização” do direito europeu. Portanto, como será visto mais adiante, é a partir de então que se encontra a raiz da distinção entre legisladores e intérpretes, como uma distinção entre a queda do legislador, representado pelas autoridades de então como príncipes, reis, prelados da igreja católica (bispos e papas) e a ascensão da classe dos intérpretes, como os juristas e o judiciário. Neste último aspecto, reconhecendo a mesma distinção apontada por Hespanha (2003, p.154-179) tem-se Zygmunt Bauman (2010, p.155-203).

Por outro lado, é preciso ter em mente que o pluralismo jurídico medieval se distingue fundamentalmente do pluralismo jurídico contemporâneo por características que a história institucional moderna (1984, p.24) deriva do paradigma estadualista, ou seja, do surgimento da primeira forma de Estado Moderno, qual seja, o Estado Absolutista. Nesse sentido:

Assim, o aparecimento do conceito de Estado – com a influência que isso teve nos planos da ideologia política e da dogmática jurídica – é o reflexo no discurso de um processo que ocorria contemporaneamente no plano político e institucional: a progressiva expropriação por parte da coroa dos poderes políticos das entidades superiores (Papado, Império) ou inferiores (Senhorios, Cidades, Corporações e Famílias) e a consequente erupção de uma entidade monopolizadora do poder político (nesse sentido, absoluta – i.é., detentora de um poder político não partilhado), contraposta à uma sociedade expropriada desse poder (“sociedade civil”). (HESPANHA, 1989, p.28).

Segundo Hespanha (1984, p.38) o conceito pré-estatal de soberania se caracterizava por uma hierarquização entre os vários centros comunitários e locais de poder sem que houvesse a preeminência ou superioridade de qualquer um desses poderes sobre outros, e muito menos “a ideia duma posse exclusiva e ilimitada do poder político pela entidade soberana”. Aliás, todas as entidades que exerciam certo poder político poderiam ser classificadas como “soberanas”.

Dessa forma é notável a distinção entre o conceito medieval e o contemporâneo de soberania em que este último traduz o caráter exclusivo e ilimitado do poder político estatal, pelo menos a partir da Revolução Francesa e do conceito nacional (Sieyès) e popular (Rousseau) de soberania, representando, respectivamente o compromisso entre democracia representativa e a democracia direta¹. Aliás, segundo Fioravanti (2012) a produção do direito a partir da Revolução Francesa se concentra em duas figuras públicas: o representante do povo soberano e o juiz. Segundo ele entre “uma e outra função há uma zona cinzenta (...) que é a função do *ius dicere*” (FIORAVANTI, 2012, 1ª folha). Inicialmente os revolucionários chegaram a proibir a interpretação das leis por parte dos juízes, que deveriam para tanto formular dúvidas sobre a interpretação das mesmas à própria assembleia nacional francesa². Segundo Fioravanti (2012), ao tratar do papel dos juízes em confronto com os representantes populares conclui que um modelo de absoluta separação entre legislar e julgar

¹ Tal compromisso está presente nas constituições contemporâneas, como por exemplo, no parágrafo único da CF de 1988: “Parágrafo único: Todo o poder emana do povo [soberania popular = democracia direta] que o exerce por meio de representantes eleitos [soberania nacional = democracia representativa] ou diretamente, nos termos desta Constituição” (grifo nosso).

² Segundo Perelman “o poder de julgar será apenas o de aplicar o texto das leis às situações particulares, graças à uma dedução correta e sem recorrer à interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador”. Para tanto cita a lei de organização judiciária de agosto de 1790 que dispõe em seu artigo 12: “Eles (os tribunais) não poderão estabelecer regulamentos, mas deverão dirigir-se ao corpo legislativo sempre que acharem necessário quer interpretar uma lei, quer fazer uma nova”. PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.23.

“(...) não existiu nunca em sua inteireza, ao menos por causa da insuprível natureza prática do direito, que, em certa medida, tende, internamente a cada modelo, e, em cada tempo, a realizar-se no caso concreto, através da interpretação” (FIORAVANTI, 2012).

Segundo Fioravanti (2012) a “transformação constitucional” trazida a partir da metade do século passado trouxe “uma extraordinária novidade: a introdução nas Constituições Contemporâneas em posição de permanência, de grandes normas de princípio, sobretudo em matéria de Direitos” (FIORAVANTI, 2012, folha 2)³. Dessa forma conclui que nas democracias contemporâneas tem ocorrido uma “diminuição do peso da legislação em face da constituição, bem como em um paralelo e correspondente aumento do peso da jurisdição” (FIORAVANTI, 2012, folha 3).

Assim Fioravanti (2012) conclui pela legitimidade da função jurisdicional caracterizada pela atuação do juiz no atual estado Constitucional de Direito:

Hoje a democracia é infinitamente mais complexa. Consiste essencialmente em um *processo* e, mais precisamente, em um processo de progressiva e articulada concretização dos princípios constitucionais por obra do legislador mas também dos juízes, cada um dos quais com seus próprios instrumentos. (...) Existe a realização do princípio democrático também quando um juiz fundamenta a sua sentença com base em uma interpretação da lei que concorre na concretização de um princípio constitucional. (grifo nosso) (FIORAVANTI, 2012, última folha).

Outro importante historiador do Direito, Michael Stolleis (2014), em seu artigo “Interpretação judicial na transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo” inicia o seu artigo com a famosa citação de Thomas Hobbes: “Todas as leis precisam de interpretação” (Leviatã, Parte 2, Capítulo XXVI). Segundo Stolleis como decorrência da soberania enquanto poder estava contido a capacidade de fazer, suprimir ou mudar as leis e da mesma forma “quem quer que tivesse o direito de legislar também era capaz de interpretar a lei autêntica e

3 Para maior aprofundamento cf. FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. De la antiguedad a nuestros días. Madrid. Editorial Trotta, 2001.

legitimamente” (STOLLEIS, 2014, p.2). Assim, para o autor, Hobbes, ao reconhecer a

incapacidade do soberano em tomar todas as decisões interpretativas e jurídicas sozinho (...) legitimou o direito de interpretação judicial como um produto de delegação entre autores sociais. Os juízes são nomeados por um estado soberano e tomam decisão em nome do soberano (...) No modelo de Hobbes não há justiça independente, não há separação de função estatal e não há interpretação autônoma por parte do juiz.” (STOLLEIS, 2014, p.3).

Em outras palavras, ele atuava como a longa mão do rei, tornando-se no Estado Absolutista um verdadeiro órgão da vontade do soberano, “embora na prática, era o juiz que estava agindo (...) na teoria, continuava a ser o monarca” (STOLLEIS, 2014, p.4). Dessa forma concluirá o autor que “a função do poder judiciário de interpretar o direito tornou-se uma parte do poder executivo”. (STOLLEIS, 2014, p.5).

No entanto, a partir do Iluminismo e da Revolução Francesa em diante, com o consequente desenvolvimento da doutrina da soberania nacional-popular se apresentará a figura do juiz independente, ainda que como intérprete limitado. Para tanto, com a disseminação dos modelos de monarquia constitucional a independência do judiciário em relação ao soberano se caracteriza como um verdadeiro compromisso consignado nas constituições do século XIX. Como consequência diretamente decorrente da sofisticação jurídica que impedia ao monarca desempenhar a função de último intérprete da lei.

Stolleis (2014, p.14) afirma que em que pese os fatos das constituições garantirem a independência do judiciário, este ainda estava subordinado a diversas limitações, como a obrigação de seguir precedentes judiciais no poder de conceder ou não um apelo; além de mecanismos disciplinares visto que o estado era o único empregador, pagava os salários e ditava as exigências educacionais, controlando, por óbvio, a formação, e em decorrência, o caráter ideológico da interpretação judicial.

Ocorre que, segundo Hespanha (2012, p.563 e ss.) o direito na pós modernidade, faz ressurgir um pluralismo jurídico contemporâneo que não

encontra mais na figura do Estado - como organização centralizada e burocrática - a única fonte monopolística de produção do Direito. A questão difícil da regulação da comunidade é compartilhada com a “acomodação de diferentes escalas de regulação” (HESPAÑA, 2012, p.579) e inclusive, devido à intensificação do fenômeno da globalização acaba por levar muitos constitucionalistas a abdicar

(...) de qualquer papel dirigente ou hegemônico das constituições democráticas nacionais, considerando que estas nada podem quanto à “força dos factos” ou à “suprema urgência”, podendo ser desativadas, mesmo sem a tradicional declaração de estado de exceção. É assim que os “acordos” com as entidades financiadoras têm vindo a ser considerados como mais vinculantes do que os princípios constitucionais, transformando-se eles mesmo em verdadeiros princípios constitucionais de natureza supralocal. (HESPAÑA, 2012, p. 583).

Assim, partindo dos conceitos e reflexões de Hespanha (1984; 2003; 2009; 2012; 2013; 2015) é possível resgatar algumas questões para o esclarecimento do fenômeno da judicialização da política, a saber, as origens históricas da submersão do legislador e a emergência de um intérprete destacado - o juiz - como fonte do Direito; as consequências políticas do confronto entre a “razão jurídica” versus a “razão popular” e de que forma uma nova abordagem da dogmática jurídica poderia, dentro de um contexto pluralista, superar as “inevitáveis limitações do direito estadual” (HESPAÑA, 2012, p.559) no direito da pós-modernidade.

Tais questões podem contribuir significativamente para a construção de uma atuação judicial dialógica, talvez como um novo paradigma a ser reconhecido no atual quadro da judicialização de políticas públicas, em especial, no tocante às políticas públicas que visam garantir o direito fundamental social à saúde pública. A possibilidade de construir uma ponte entre a idade média e a idade contemporânea a partir do paradigma do pluralismo político e jurídico é um dos pressupostos de Hespanha

Antes da brutal redução do imaginário político operada pela ideologia estatalista, no início do século XIX a Europa vivera num universo político e jurídico plural. (...) Coexistiam, em

primeiro lugar diferentes centros autônomos de poder, sem que isto pusesse problemas, nem de ordem prática nem de ordem teórica. A sociedade era concebida como um corpo; e esta metáfora ajudava a compreender que tal como no corpo, há muitas relações, dependências e hierarquias funcionais. (...) Existia uma ordem divina, explicitada pela Revelação. Mas independentemente desta ordem primeira, a própria Criação estava ordenada, possuindo “as coisas” uma lógica apropriada de organização que as relacionava naturalmente entre si, independentemente da vontade dos homens e poder-se-ia até dizer, dá vontade de Deus, já que Ele as tinha criado assim. Finalmente, os homens tinham acrescentado a estas ordens supra-humanas diversos complexos normativos particulares. (...) Este pluralismo jurídico não era específico do Antigo Regime. Pelo contrário, ele ainda se verifica no mundo político dos nossos dias. (HESPANHA, 2003, p.45).

Segundo Hespanha (2003), na sociedade profundamente cristã que vigorava na alta idade média, mais especialmente quando da constituição simultânea dos primeiros Estados-Nação e da própria Dogmática Jurídica, teria ocorrido uma sutil evolução, entre o aparecimento da Escola dos Glosadores na primeira metade do século XII, quando “o monge Irnerius começou a ensinar o Direito justiniane em Bolonha” (HESPANHA, 2013, p.146), instituindo o método bolonhês com as características de fidelidade ao texto, caráter analítico e em geral não sistemático e posteriormente o aparecimento da Escola dos Comentadores, derivado do “surto urbanista e mercantil dos séculos XIII e XIV” que “começa por se traduzir no plano jurídico por uma valorização dos direitos locais” (HESPANHA, 2003, p.154).

Entre os glosadores, os textos justinianeus tinham uma origem quase sagrada e a atividade dos estudiosos estava destinada a uma interpretação cujo o único objetivo era o de esclarecer e captar o sentido que as palavras encerravam, daí caberem aos glosadores uma “interpretação anotativa” (HESPANHA, 2003, p.146).

Já aos Comentadores coube a tarefa de construir, através da busca de um “ideal de concórdia legislativa” a combinação entre todo o corpo de Direito existente até então (Direito Romano, Canônico, Feudal e os Estatutos das Cidades) procurando unifica-los e orientando as suas construções teóricas a

partir de finalidades marcadamente práticas a fim de reconhecer as características de um direito em plena construção e reconstrução.

Dessa maneira, conforme já também afirmado por Bauman (2010), o estudo do chamado “direito comum” baseado em fontes imutáveis, agora precisava ser adaptado e atualizado através da estratégia de interpretar criativamente o direito romano e conciliá-lo com os novos estatutos locais. Essa tarefa coube a uma nova classe técnica especializada (juristas), que passaram a assessorar as várias autoridades públicas e privadas, locais e nacionais, bem como a cada vez mais prestigiosa classe dos magistrados, que nessa época e até o fim do Antigo Regime, constituíam-se em verdadeiros árbitros procurados para dizer o direito nas contendas entre particulares.

Ressalte-se o fato de que o juiz como exclusivamente servidor público é uma criação das revoluções burguesas e do estado de direito que se seguiu. No Antigo Regime a função de julgar era concedida como uma sinecura aos nobres e outros amigos do rei, inclusive como forma de auferir renda. Montesquieu (1777), por exemplo, tinha uma péssima impressão do judiciário no Antigo Regime e que muito provavelmente influenciou a sua proposta de neutralização política do poder judiciário como função única e exclusivamente destinada a ser “a boca da lei⁴”.

Importante destacar também, como o faz Hespanha (2003), que o imaginário jurídico e político dos juristas medievais terminou por conformar o próprio ideal revolucionário que instruiu o Renascimento e o Iluminismo. Como um exemplo esclarecedor desse fato, verifica-se que o conceito jurídico de contrato como um acordo livre entre pessoas iguais, visando a um objetivo comum, tornou-se um paradigma para o contratualismo político que inspirou Thomas Hobbes, John Locke e Rousseau, resultando ainda no constitucionalismo enquanto

⁴ Célebre passagem da obra “Esprit des loi” de 1748. *Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'enpeuvent modérer ni la force ni la rigueur.* (Griffo nosso) “Mas os juízes da nação são, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor”. (Tradução nossa) MONTESQUIEU, Livro XI, Capítulo VI, p.327. Paris: Garnier, 1777.

movimento político e jurídico, detalhadamente analisado na clássica obra de Quentin Skinner (1996) “As fundações do pensamento político moderno”.

Portanto, as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII (Revolução Inglesa de 1640 e 1688, Revolução Americana de 1776 e Revolução Francesa de 1789) passam a adotar o critério voluntarista de origem e reconhecimento do Direito: a vontade geral dos cidadãos como fonte de legitimidade do Direito e do Estado.

No entanto, segundo Hespanha (2003, p. 248) “se há algo que caracteriza o pensamento jurídico dos últimos dois séculos, é a sua multiforme reação contra o domínio do exclusivo da criação do direito pela vontade popular (...). Segundo o mesmo, a classe dos juristas procurou,

(...) salvaguardar um monopólio de dizer o direito, que sempre lhes pertencera e de que a fase mais radical da revolução francesa (que em termos constitucionais se exprime no projeto de constituição de 1791) ostentara expropriar. (HESPANHA, 2003, p.248).

Dessa forma, desde os primórdios da afirmação do princípio democrático da soberania popular em dizer o direito, já estava presente a reação da poderosa classe de especialistas (juristas e magistrados) procurando salvaguardar o seu relevante e até então exclusivo papel de dizer o direito (*juris dicere*). Esse conflito, entre o elitismo social dos juristas e o princípio democrático popular será expresso por Hespanha (2003) na antítese razão jurídica x razão popular.

As consequências desse confronto desembocam em um déficit de legitimidade na construção e aplicação do direito, visto que, segundo Hespanha (2003, p. 244):

O princípio democrático vem estabelecer que a única legitimidade política é a legitimidade proveniente da vontade popular, manifestada pelos seus representantes eleitos através das votações nos órgãos representativos (por excelência, os parlamentos). A hegemonia política absoluta do parlamento – com a consequente concentração nele de toda capacidade de criar direito – decorria do princípio da soberania do povo.

Pelo exposto, concluirá Hespanha (2003, p.245-246) que:

Também a jurisprudência (legitimada pela competência técnica dos juízes) devia ceder. Pois, de acordo com o princípio democrático a legitimidade dos juízes é somente indireta, decorrente apenas do fato de se tratar de um poder previsto na Constituição.

Para o modelo teórico americano, diferentemente do Europeu, a ideia da soberania do povo, ou seja, o princípio democrático deveria ser restringido por meio do princípio republicano de um governo limitado, isto é,

(...) limitado, desde logo, pela instituição de uma série de poderes e contra poderes no topo do Estado (bicameralismo, voto presidencial, controlo judicial da constitucionalidade da leis) (...) Este modelo liberal – teorizado sobretudo por Alexander Hamilton (1755-1804) e James Madison (1751-1836) – introduziu do mundo jurídico-político uma ideia nova, a do *controle constitucional das leis*, a cargo do judicial. (...) mas com isto, voltava a entregar aos juristas a última palavra sobre o direito constituído. (HESPAÑHA, 2003, p.253)

Para Hespanha (2003), o grande conflito que se apresenta nos dias de hoje é o de conciliar a legitimação democrática do direito (resultante da soberania popular) com o modelo de estado constitucional (e sua consequente supremacia judicial) dentro de uma perspectiva realista que indica como indispensável uma teoria pluralista das fontes do direito, visto que segundo o autor, se vive atualmente em um momento de indispensável construção de uma teoria pós-moderna do direito.

A descrição do Direito como sendo o resultado de um sistema jurídico unificado e concentrado em torno de uma pirâmide cujo ápice é a Constituição, deve ser substituída pela metáfora descriptiva do sistema jurídico como uma cordilheira na qual distintas fontes de direito estatais e não estatais, nacionais e internacionais, representativas de distintas e simultâneas ordens jurídicas devem ser buscadas. (HESPAÑHA, 2009, p.522 – 585). Recentemente, na última edição da obra “A cultura jurídica europeia” Hespanha (2012) apresenta o direito da pós modernidade como podendo ser teorizado ou pensado por meio da teoria dos sistemas autopoieticos dos biólogos chilenos Francisco

Varela e Humberto Maturana e que no campo do direito foi aplicada a partir da reflexão, dentre outros, de Niklas Luhmann (2005) e Günther Teubner (1989;2005).

Para Hespanha (2012), a teoria dos sistemas autopoietico constitui-se em um verdadeiro construtivismo autorreferencial e que permite, ao mesmo tempo um ponto de vista sistemático interno e externo, garantindo ao Direito como sistema, uma autonomia, visto que operacionalmente funcionaria de forma fechada, porém, cognitivamente ou comunicacionalmente haveria uma abertura aos demais sistemas (economia, religião, moral, política, cotidiano), possibilitando uma aprendizagem e autorreprodução do Direito. Em síntese, a aplicação dessa teoria permite descrever o direito com as seguintes características:

(i)Definem a sua identidade por oposição ao exterior (ambiente) e definem as regras das transações entre sistema e ambiente; (ii) Constroem os seus próprios fundamentos; (iii) constroem a gramática do seu próprio ciclo de funcionamento (iv) constroem a (meta gramática) que comanda as transformações da primeira, de ciclo para ciclo (i.é; no plano do hiperciclo).(HESPANHA, 2012, p.572-573)

Outra notável contribuição de Hespanha (2013), em seu artigo “Leis bem feitas e leis boas” se dá pela discussão da “democraticidade da lei”, em que o caráter democrático do direito em especial, no sentido inclusivo da palavra, ultrapassa a simples “legística” (técnica para boa feitura das leis), ou ainda uma questão de validade meramente orgânica ou formal, denominada por ele como “questão de pedigree”, que seria um método de verificação da origem institucional da lei analisada (legislativo, judiciário).

Em outras palavras, a simples referência à lei contida na estrutura piramidal monolítica do Estado, agora, segundo Hespanha (2013) deve ser substituída por uma referência ao direito, realisticamente descrito como pluralista, devendo acomodar na sua análise a referência aos

(...) princípios constitucionais, resvalando para princípios éticos, normas consensuais globalizadas (como a chamada *Lex Mercatoria*), normas superiores de certas comunidades supra-

estaduais (...) Se isto for assim, há agora mais normas – para além das normas constitucionais classicamente entendidas – a serem tidas em conta pelo legislador. Sendo certo que não existindo nenhuma lista fechada destas normas – ou sequer da sua tipologia – este fato implica um trabalho de identificação que não é fácil. (HESPAHNA, 2013, p.620-621).

Por fim, ainda do mesmo artigo, Hespanha (2013) retoma a proposta descritiva do direito como elemento racionalizador da interação social, isto é, como ação comunicativa, segundo o paradigma filosófico proposto por Jürgen Habermas, também anteriormente apresentado por Hespanha na obra “O caleidoscópio do Direito” (2009, p.180-201). Em outras palavras, e como já afirmado por Hespanha (2009) a democraticidade do direito, mais do que da própria lei decorrerá não da descrição técnico-instrumental, mas de sua qualidade comunicativa, onde seja possível identificar o direito como correspondendo ao resultado de “um diálogo alargado a todo espaço público, embora obedecendo a regras de validade” (grifo nosso) (Hespanha, 2013, p.621).

Para o autor, “leis boas” não devem expressar apenas a concepção republicana (eleitoral – parlamentarista) do processo de produção das normas, mas antes, ser o produto de um processo dialógico de co-deliberação que implicaria em, segundo Hespanha (2013, p.623-624),

(a)Ouvir *todos*; e não apenas os que estão integrados no universo político constitucional, nem apenas de acordo com as modalidades dessa integração; O que suporta do ponto de vista teórico as formas de democracia participativa (ou de complementos participativos da democracia formal, cujos exemplos se multiplica); e (b) Treinar o ouvido para ouvir todos, *nos seus vários dialectos de expressão de interesses*, não ciscunscrevendo o diálogo aos que entendem a linguagem tecnocrática (dos economistas, dos gestores, dos juristas); (c) Adoptar uma política inclusiva de diálogos, tomando atitudes activas no sentido de tornar audíveis as mensagens das maiorias ou minorias silenciosas (dos “espaços subalternos”).

A função dirigente da constituição e dos juristas, e do poder judiciário em geral deve buscar conciliar essas funções técnicas com novas competências políticas e,

(...) otras formas de democracia como la democracia participativa, la democracia comunicativa o la democracia deliberativa. Por eso, también, es que se viene defendiendo que en una sociedad sin centro, el concepto de democracia debe cambiar radicalmente, desplazándose de la cuestión de origen de la regulación (“quién quiso las normas?”), hacia la eficiencia en el sentido de obtener soluciones que satisfagan en el grado más elevado y sustentado posible, las varias redes de interacción práctica existentes en la sociedad (...) (HESPAÑA, 2011, p.292).⁵

Hespanha (2011), no texto de seu artigo acima citado e intitulado *¿Habrá vuelto los jueces al centro del derecho?* Conclui que em uma democracia avançada de caráter participativo, as decisões judiciais devem reconhecer o capital de saber prático ou conjunto de práticas vivenciadas pela comunidade, formado a partir da experiência de todas as redes sociais envolvidas, estatais ou não estatais, e não a partir apenas do saber obscuro de peritos ou burocratas.

Dessa maneira, se for levado a sério esse novo paradigma democrático, os conflitos políticos e jurídicos que exijam a intervenção judicial devem orientar-se por uma solução mais consensual e estabilizadora, substituindo o papel que tradicionalmente é dado aos juristas como um grupo corporativo especializado em justificar consensos internos por um processo de conversão onde um consenso restrito é substituído por um consenso alargado e inclusivo. Nesse sentido, conclui Hespanha (2015, p.30):

(...) a ideia de que o direito corresponde a uma ordem consentida pela comunidade é incompatível com a concepção de que a declaração do conteúdo dessa ordem esteja monopolizada por uma elite, com um discurso frequentemente obscuro e pouco controlável por uma discussão acessível ao entendimento comum. Há século que – como se diz – se afirma como princípio jurídico que “o que toca todos deve ser aprovado por todos” (*quod ad omnes tangit, ab omnibus approbari debet*) e isso implica um tipo de diálogo que todos

⁵ “Outras formas de democracia como a democracia participativa, a democracia comunicativa ou a democracia deliberativa. Por isso, também, e que se vem defendendo que em uma sociedade sem centro o conceito de democracia deve mudar radicalmente deslocando-se da questão da origem da regulação (quem quis as normas?) para a eficiência no sentido de obter soluções que satisfaçam no grau mais elevado e sustentável possível as várias redes de interação prática existentes na sociedade.” (tradução nossa)

dominem para que o possam aprovar de forma refletida. (grifo nosso)

Dessa forma, Hespanha (2015) aponta que a resolução do aparente paradoxo sobre quem teria o poder de dizer o direito, manifestado pela expressão “a última palavra” dentro de um paradigma pluralista do direito reconhece na prática dialógica entre Estado e comunidade a inelutável construção de conceitos ampliados, que por sua vez resgatam a desejada legitimidade das decisões estatais e, em especial as decisões judiciais. Cumpre, no entanto, apresentar com maior profundidade o Estado Constitucional de Direito, o que será feito no tópico seguinte.

2.1.2 Judicialização de políticas públicas como um fato político e jurídico irreversível no atual Estado Constitucional de Direito

Um dos nomes mais relevantes no campo do Direito Constitucional brasileiro, Luís Roberto Barroso, define judicialização como “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral sendo decididas, em caráter final, pelo poder judiciário” (BARROSO, 2013, p.241). Neste sentido, é possível localizar a judicialização da política com o Direito na interseção entre os campos da filosofia política e da ciência política. Para pavimentar essa visão, verifica-se que o fenômeno da judicialização colocou o Direito em contato entre estes dois campos distintos, que trabalham com abordagens diferentes sobre a avaliação de políticas públicas, dentre outros temas.

Numa classificação ampla, a filosofia política é a disciplina que trabalha com ideias e valores, possuindo como um dos seus principais temas o estudo da justiça e do que é justo. Por outro lado, a ciência política se apresenta distinta por descrever o poder e os atores políticos no desempenho no poder, como efetivamente são, afastando-se das propostas ideais de justiça da filosofia política.

Ao longo da história vários autores desenvolveram grandes obras no âmbito da filosofia política. É o caso de Platão no diálogo “A República” (375 a.C)⁶, Santo Agostinho em “A cidade de Deus” (1483), na idade média Thomas Morus com “Utopia” (1516), a proposta renascentista de Tommasso Campanella, com “A cidade do sol” (1602) e, de uma forma geral todos os contratualistas: como Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu, filósofos políticos que dariam sustentação às posteriores revoluções burguesas da modernidade, a saber a Revolução Inglesa (1688), a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789).

Nesse sentido, estes autores realizaram em suas obras avaliações da vida política que prescrevem como ela *deveria ser*. Os filósofos políticos contratualistas, por exemplo, defendiam um ponto de vista da divisão e autolimitação dos poderes bem como da afirmação de certos direitos incontestáveis dos indivíduos frente ao Estado, que acabaram por constituir, ambos, o núcleo do direito constitucional de seus respectivos países.

É nesse viés que se pode dizer que a judicialização permeia esses dois campos: ciência política x ciência jurídica, ou seja, a ideia da judicialização transita entre esses dois polos do “*o que é*” e do “*o que deveria ser*” a política, não conseguindo ficar imune a estes tensos e seculares debates, inserindo a discussão filosófica e científica da política no mérito da judicialização.

O fenômeno da judicialização da política, enquanto atuação da análise do judiciário como novo ator social e político é encarado predominantemente pelos pensadores da ciência política como um fato marcadamente reconhecido a partir do imediato pós-segunda guerra mundial (1945), decorrentes de mudanças institucionais do Estado e Direito, a saber, a adoção de novas e

⁶ Segundo introdução da obra publicada pela Fundação Calouste Gulbenkian, “uma obra da extensão e profundidade da República é certamente produto de uma demorada elaboração ao longo de vários anos” p.XV. “Uns trinta a quarenta anos de diferença entre a data dramática e a data real é o que supõem R. C. Cross e A.D. Woozley, *Plato's Republic: A Philosophical Commentary*, p. XIII, que aceitam, seguindo G.C. Field, c. 375 a.C como provável para a segunda” p.XIV.

detalhadas constituições de forte conteúdo de intervenção da ordem econômica e social, a inclusão de amplos catálogos de direitos individuais e sociais, a consolidação do princípio da supremacia da constituição garantido pela adoção de constituições rígidas e instauração de cortes constitucionais.

É este desenho estabelecido após o fim da Segunda Guerra que acaba por propiciar o aparecimento do fenômeno da judicialização, que viria a se configurar como uma das grandes questões jurídicas da contemporaneidade. Todavia, de grande importância destacar que antes mesmo da Segunda Guerra já existiam dois grandes precedentes históricos à inauguração deste controle judicial a partir do pós guerra: Os Estados Unidos e Áustria.

Nos Estados Unidos, desde 1803 já se observava o controle judicial dos atos do poder executivo e legislativo quando da emissão do famoso caso *Marbury Vs. Madison* e de fato, foi este o primeiro país do mundo a possuir uma “corte constitucional suprema”, bem como uma constituição escrita⁷.

Desta forma, não é possível afirmar que antes do final da segunda guerra não existia influência do judiciário nos poderes, vez que nos Estados Unidos essa já era uma realidade desde o século XIX.

Nos Estados Unidos o presidente, como chefe do Executivo escolhe o presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*)⁸, porém a Suprema Corte em um

⁷ “O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de Direito. Nele a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficado na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Neste ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica, a partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação do Estado. Nesse novo modelo vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais” Barroso, O novo direito constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p.240.

⁸ “O Chief-Justice dos Estados Unidos, presidente da Suprema Corte e chefe do judiciário federal, é nomeado livremente pelo presidente da Nação, com a aprovação do Senado, e

ato de autonomia não previsto expressamente pelo texto constitucional confere a si mesma a função de ser a guardiã da constituição a partir da conclusão da decisão *Marbury Vs. Madison*⁹. Neste sentido, John Marshall, que ocupou o cargo de *Chief Justice* por trinta e cinco anos aproveita a oportunidade desta decisão para concluir algo que, a priori não estava escrito em lugar algum na Constituição, mas que, após um olhar mais profundo e conforme se verificará mais adiante, a ideia do controle judicial de constitucionalidade estava escrito num outro local¹⁰, qual seja, nos “Artigos Federalistas” (1993).

Os pais fundadores dos Estados Unidos, os chamados federalistas, que mais tarde influenciariam profundamente o texto da Constituição e o desenho institucional do governo popular resultante, eram leitores dos filósofos contratualistas e acabaram por fazer a Revolução Americana treze anos antes da Revolução Francesa. Para que seja possível compreender esse avanço da Revolução Americana frente à Francesa, localiza-se na obra de Bernard Bailyn (2003) três grandes bases que sustentaram o texto constitucional americano¹¹.

exerce o cargo vitaliciamente, sem limite de idade” Leda Boechat Rodrigues. A Corte de Warren, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira:1991, p.31

9 Caso *Marbury Vs. Madison* (1803). “(...) foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação de leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinala-se por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, a competência dessa natureza. Ao julgar o caso a corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema .A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do judiciário na matéria é tida como primorosa. Mas não era pioneira nem original. (Barroso, 2011, p.27)

10 Barroso faz tradução livre de Alexander Hamilton, no Federalista nº 78, já expondo a tese do controle de constitucionalidade: “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido (...) A presunção natural à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio órgão legislativo seja o juiz de seus poderes e que sua interpretação sobre eles vincula os outros poderes. (...) É muito mais racional supor que os tribunais é que tem a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões para assegurar que este último se contenha dentro dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar sentido da Constituição e das leis emanadas do legislativo. (...) Onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última e não à primeira”. Barroso, 2011, p.28.

11 Vide a obra “As origens ideológicas da Revolução Americana”, de Bernard Bailyn (2003, p. 11) “Nesse contexto, ficou claro que a ideologia da Revolução Norte-Americana era uma

Primeiramente, as bases ideológicas da Constituição dos Estados Unidos foram construídas com base na leitura de filósofos políticos europeus como Montesquieu, Locke e Rousseau pelos federalistas. Além disso, havia forte influência da teologia política calvinista puritana, que reforçava a ideia do individualismo. Por fim, os americanos tinham vivenciado a experiência do autogoverno, exercido desde o início da colonização inglesa com a chegada do Mayflower¹². Diferente dos espanhóis e portugueses, as colônias inglesas eram empreendimentos privados, realizados por companhias privadas e associações colonizadoras. (NEVINS; COMMAGER, 1986. p.30)

Esses três núcleos mesclados foram as bases e a origem dos *The Federalist Papers* de 1781 (Os artigos federalistas), cuja tradução apresenta total coerência com o termo inglês, vez que os escritos eram de fato artigos jornalísticos, que foram publicados nos jornais da época. Em um destes artigos é que se encontra a célebre passagem de James Madison na qual se defende que a corte constitucional, é a guardiã da constituição¹³, que legitima a sustentação da decisão de *Marbury Vs. Madison*.

Papel fundamental da história americana exerceu também os “Artigos da Confederação e a União Perpétua” aprovada em 15/11/1977 e que criaram a

mistura de ideias e crenças que eram extremamente radicais para a época e que são ainda implicitamente radicais” .

12 Mayflower foi o famoso navio que, em 1620, transportou os chamados Peregrinos, do porto de Southampton, Inglaterra, para o Novo Mundo. “Agora, de posse de uma carta-régia para estabelecerem-se na América, de um navio chamado Mayflower e de abundância de provisões, preparavam-se para enfrentar os rigores do sertão. Partindo de Plymouth, em número de 102, os peregrinos alcançaram a costa de Massachusetts em 11 de dezembro de 1620 (calendário juliano).” NEVINS, Alan. COMMAGER, Henry. Breve história dos Estados Unidos. Editora Alfa-Omega: São Paulo, 1986. p.27.

13 Os artigos publicados pelos Federalistas eram todos assinados sob o pseudônimo de *Publius* dado a grande polêmica que seus conteúdos apresentavam. Mais tarde, ao reunir os textos foi possível identificar a autoria de cada um deles. Um desses artigos, de autoria de James Madison fica marcado por inaugurar o uso da expressão “juiz guardião da constituição”. “É fácil ver, no entanto, que os juízes precisariam ter uma parcela incomum de força para cumprir seu dever como fiéis guardiões da Constituição quando violações dela pelo legislativo fossem instigadas pela voz da maioria da comunidade”. (grifo nosso) Os artigos federalistas, Número LXXVIII – 1787 à 1788. James Madison, Alexander Hamilton, Jhon Jay. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.p.483.

primeira estrutura jurídica dos EUA. Foram ratificados e entraram em vigor quatro anos depois de sua aprovação em primeiro de março de 1781, que pode ser considerado o primeiro documento constitucional americano com ares de um “tratado” e que reunia os treze novos estados independentes (antigas ex-colônias) em uma união política precária com objetivo de travar a guerra de independência contra a Inglaterra.

Anteriormente à Constituição dos EUA, aprovada em 1787 e ratificada em 1788, cada estado americano havia produzido sua própria declaração de independência, mas estes se uniram posteriormente numa estrutura de confederação para enfrentar a guerra de independência e acabaram por ser bem sucedidos. Entretanto, após a vitória contra os ingleses na guerra de independência, novos problemas de diversas ordens, inerentes ao convívio político e social dos estados surgiram e o frágil instrumento denominado “Artigos da Confederação” não pode resolver. Desta forma, foi convocada uma convenção para a Filadélfia, onde delegados de todos os estados independentes deveriam discutir a revisão do documento fundador.

Em desacordo com o mandato que cada delegado havia recebido (restrito a finalidade de reformar os artigos da confederação), decidiram eles criar uma federação, instituindo um poder central e criando obrigações comuns a todos os estados. Em outras palavras, decidiam-se pela criação de uma Constituição para os Estados Unidos da América.

O desenho institucional apresentado pelos “Artigos da Confederação” garantia autonomia quase plena a todos os novos Estados (ex-colônias) que possuíam constituições distintas e legislativos distintos, um para cada estado. Como solução conciliadora, propuseram os constituintes que não se acabaria com nenhum poder, mas criariam um poder central: um governo Federal.

Para sanar o problema da legitimidade inicial, ou seja, não terem recebido mandato para redigir uma constituição, mas apenas para revisar os “Artigos da Confederação” (1781), foi decidido pelos constituintes que cada um dos estados deveria ratificar o texto da constituição, e que a mesma somente entraria em vigor após a ratificação dos treze estados. Oito dos treze estados

aprovaram o novo texto e dentro de pouco tempo a maior parte, com exceção da Virginia do Sul (o estado mais rico de então e com líderes políticos relevantes como Thomas Jefferson e George Washington) e Nova York no outro extremo, os dois mais poderosos estados americanos à época, resistiam a ratificar a constituição.

Estava criada então uma visão ideológica política. Os adeptos da adoção da constituição única passaram a defender suas ideias nos jornais contra aqueles que achavam desnecessária a criação do poder federal, e até mesmo ameaçadora e perigosa a criação de tal poder. Este embate travou uma verdadeira guerra de opiniões através dos jornais, contrapondo os chamados federalistas e os antifederalistas, sendo o mais conhecido antifederalista Thomas Jefferson. Já os federalistas mais importantes são aqueles cuja coletânea de artigos foi reunida e publicada sob o título *The Federalist Papers* cuja autoria é atribuída à Alexander Hamilton, John Jay e James Madison (1787/1788).

São nesses artigos, verdadeiros textos de combate político conforme anteriormente citado que se encontra a origem genética da expressão “guardião da constituição”, utilizada posteriormente na decisão de *Marbury Vs. Madison*, para justificar a última palavra da Suprema Corte.

Dessa forma, é possível constatar que mesmo antes da segunda guerra mundial, quando ainda não havia o generalizado controle judicial dos atos do legislativo e executivo, encontramos duas notáveis exceções: a primeira se refere a Corte dos EUA, que definiu no famoso julgamento *Marbury Vs. Madison*, em 1803 que cabia a suprema corte dar a última palavra como guardião da constituição, se apresentando como um precedente e uma excepcional exceção à sua época e a segunda à criação de um Tribunal Constitucional em 1920 proposto por Hans Kelsen na Áustria, que inclusive compôs o órgão no breve intervalo 1920 a 1929.

O jurista Sérgio Sérvulo da Cunha, na introdução à coletânea de textos constitucionais de Hans Kelsen (2003) publicado no Brasil sob o nome

“Jurisdição Constitucional”, analisa em detalhes a especificidade do modelo austríaco de controle de constitucionalidade.

O chamado “Tribunal Constitucional da Áustria” era o órgão previsto na Constituição austríaca de 1920, encarregado de avaliar a constitucionalidade da legislação, garantir os direitos constitucionais dos cidadãos e velar pela ordem federal da Áustria. Os tribunais austríacos, antes de entrar em vigor a Constituição de 1920, só podiam controlar a constitucionalidade das leis no tocante a sua adequada publicação, ou seja, relativo à sua existência, mas jamais à sua validade em face do texto constitucional. Porém, no artigo 89 da Constituição da Áustria de 1920 foi implantado o controle concentrado de constitucionalidade que negava expressamente aos tribunais locais e regionais o poder de “apreciar a validade das leis regularmente publicadas”, e segundo passou a prever entre os artigos 137 e 145 desenharam a competência da Corte Constitucional à qual caberia principalmente,

Art. 140 – “o poder de apreciar a inconstitucionalidade das leis dos estados-membros, a requerimento do governo federal, a inconstitucionalidade das leis federais a requerimento do governo de qualquer estado-membro, e de ofício, quando se trate de lei que sirva de base à sua decisão”

A justificativa para a criação de uma corte constitucional, enquanto único órgão competente para anular atos inconstitucionais, é, segundo Kelsen (2003), a demonstração de que a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais, ressaltando que a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder e que uma constituição em que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória no sentido técnico.

Em Barroso (2013), verifica-se que o liberalismo político europeu do século XIX e da primeira metade do século XX tinha como regra o paradigma do Estado Legislativo de Direito, e não o paradigma de Estado Constitucional de Direito. A Constituição antes da Segunda Guerra mundial era um documento eminentemente político, não jurídico, e o controle da constitucionalidade era

realizado predominantemente pelo poder legislativo e não pelo poder judiciário¹⁴. A ascensão do Fascismo na Itália (1922) e do Nazismo na Alemanha (1933) foram a prova de que o princípio de supremacia do legislativo não foi suficiente para combater os estados totalitários.

Assim sendo, depois da Segunda Guerra estavam dadas as condições para que se inaugurasse o controle judicial da política, dentro do expresso no modelo político de democracias constitucionais.

Leda Boechat Rodrigues (1986) afirma que antes mesmo da conclusão da Segunda Guerra mundial, os Estados Unidos da América, impuseram¹⁵ o modelo de tribunais constitucionais às nações perdedoras (Áustria, Japão, Alemanha e Itália). Afirma Rodrigues (1986), que na Conferência de Potsdam, os países vencedores da segunda guerra, ao fazer os acordos para resolver as questões jurídicas e políticas do pós-guerra almejavam reformular os judiciários dos países derrotados a fim de que eles se transformassem em uma ferramenta de construção democrática. Seria uma estratégia de generalização do modelo de democracia liberal nos moldes americanos.

Assim, a partir da segunda guerra, não se inaugura, mas se generaliza o conceito de constituição como um documento eminentemente jurídico e não apenas político. Para Luigi Ferrajoli (2006) se desenvolve em um novo paradigma jurídico: o Estado Constitucional de Direito.

Esse processo, segundo Hans Kelsen (2003), resultaria em modelos que a ciência política descreverá como democracias constitucionais, isto é, sistemas de governo regidos por constituições escritas, extensas e analíticas que

14 Importante citar que na primeira constituição brasileira do Império inexistia o controle judicial da constituição. Entre nós, este foi implementado apenas na primeira constituição republicana de 1891. Durante todo o Império (70 anos) foi utilizado o modelo que predominava na Europa, no qual o controle judicial era feito pelo parlamento - a exceção dos EUA, como já citado acima.

15 “A reorganização do sistema judicial foi um dos principais pilares da política Aliada decidida em Potsdam, depois da derrota de Hitler em 1945. O futuro governo da Alemanha Ocidental devia ser federal, democrático e constitucional. E isso implicada acima de tudo, comenta Donald P. Kommers, um judiciário independente, bem como a adoção do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos executivos. O mesmo aconteceu em relação à Áustria, à Itália e ao Japão.” Leda Boechat Rodrigues, (1986 p.13).

incluem, um amplo catálogo de direitos individuais e sociais associados, bem como a instituição de tribunais constitucionais ou supremas cortes que fazem as vezes de tribunais constitucionais¹⁶.

O surgimento, generalização e consolidação das democracias constitucionais enquanto conceito da ciência política após a segunda guerra mundial intensificou a longa polêmica sobre os limites e a legitimidade da atuação do poder judiciário, em especial, dos tribunais constitucionais frente aos órgãos/poderes tradicionais de representação política: poder executivo e legislativo.

Ran Hirschl (2012), cientista político canadense, estudioso do fenômeno da judicialização da política, após realizar um amplo estudo comparativo dos modelos de deliberação e atuação judicial no pós-segunda guerra conclui ser a judicialização da política um fato inegável dada a atual estrutura das democracias constitucionais. Mais ainda, destaca que é possível reconhecer três categorias amplas de judicialização:

(1) A propagação do discurso jurídico e de suas normas e procedimentos para a esfera política. (2) A judicialização das políticas públicas por meio do controle judicial. (3) A judicialização da política pura, isto é, a atuação dos tribunais decidindo grandes questões políticas, o que é chamado pelo autor de megapolítica “controversas políticas essenciais que definem (e com frequência dividem) estados inteiros” (HIRSCHL, 2012, p. 24)

Nessa classificação, Hirschl (2012) reconhece que quanto às duas primeiras categorias ou faces da judicialização da política nada há que objetar ou a opor, dado o atual modelo político de democracias constitucionais. No entanto, no

16 Na proposta de Hans Kelsen quando da criação do Tribunal Constitucional este se diferenciaria do modelo de controle de constitucionalidade inaugurado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, pois examinaria em abstrato (em tese) as normas jurídicas que violassem a constituição, ao passo que os demais modelos até então existentes somente poderiam atuar no controle de constitucionalidade através e por meio de decisões em casos concretos. Em um famoso debate travado com Carl Schmitt sobre quem deve ser o guardião da constituição, conceitua a diferença “apenas no plano quantitativo, ou seja, na medida em que o primeiro {tribunal constitucional} não anula a lei inconstitucional apenas para um caso concreto – como os últimos – mas sim para todos os casos” . (KELSEN, 2003, p.249)

que se refere ao terceiro aspecto, a saber, a atuação de tribunais superiores em casos de política pura (megapolítica), tais órgãos ao se substituírem aos poderes de representação política tradicional (executivo/legislativo) e ao tomarem decisões sobre dilemas morais substantivos, critérios de reconhecimento de identidade coletiva, decidir temas de justiça restaurativa, de processos eleitorais ou rever decisão de planejamento macroeconômico acabam por fragilizar ou mesmo inviabilizar a legitimidade de tais discussões, podendo até mesmo constituir-se em um novo modelo de governo: a juristocracia que define como sendo, a soberania judicial substituindo a soberania popular. (HIRSCHL, 2012, p. 24)

A questão da judicialização da saúde não se configura como uma questão de política pura ou megapolítica: “controvérsias políticas essenciais que definem (com frequência dividem estados inteiros)” (HIRSCHL, 2012.p.138) do qual são exemplos citados pelo autor, a judicialização dos processos eleitorais, os dilemas fundamentais de justiça restaurativa e as decisões sobre dilemas políticos e morais profundos, dentre outros. As questões de saúde, reitere-se, são questões de políticas públicas (segunda fase da judicialização) e se adequam ao novo perfil da atuação do judiciário como um fato político.

Hirschl (2007) não se coloca contrário às categorias ou faces da judicialização da primeira ou segunda espécie de judicialização. Desta forma, reafirme-se, não há objeção, dado o modelo de democracia constitucional amplamente aplicado no mundo¹⁷.

Para reforçar este entendimento, Cândice Lisbôa Alves, (2013, p. 151) afirma que “tendo em vista a teoria da efetividade das normas constitucionais, a judicialização pode ser interpretada como instrumento para a concretização do Direito à Saúde”.

¹⁷ Segundo pesquisa no artigo de Hirschl, mais de 100 países utilizam o modelo da supremacia constitucional. (HIRSCHL, 2012, p. 27). Esses dados são reforçados pela pesquisadora portuguesa Maria Lúcia Amaral, professora catedrática da faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, e que desde 2 de outubro de 2012 é vice-presidente do Tribunal Constitucional Português. (AMARAL, 2014, p. 135)

Claro está que a judicialização da saúde se apresenta como instrumento para concretização do acesso à saúde. Porém, a partir dessa leitura se torna essencial o questionamento acerca do padrão de judicialização que está se solidificando no cenário nacional - e que será devidamente apresentado num segundo momento desse trabalho -, que acaba por se filiar mais a uma restrição do acesso às políticas públicas da saúde do que de fato se configurando como sua facilitadora.

É exatamente esta linha tênue que é preciso identificar para compreender que quando se quer trabalhar com a problemática da mitigação da judicialização da saúde, esta não se identifica com a “mitigação do acesso à saúde”, mas justamente o oposto, ou seja, investir na busca de uma judicialização legítima é caminhar para a garantia da efetivação do acesso à saúde.

Assim, injustiça se faz ao se associar as pesquisas que visam encontrar meios para mitigação da judicialização da saúde como uma tentativa de tirar do cidadão seu legítimo direito de receber do Estado a prestação da saúde que a Constituição o assegura e que tanto lhe é cara.

De um modo geral os discursos se assemelham no sentido de mitigar a judicialização excessiva e não de extingui-la. Pacífico é que a judicialização é legítima e necessária, porém, uma judicialização altamente problemática como esta que se configura no Brasil apresenta agravantes com características complexas, que se materializam, dentre outros, na inequidade das decisões judiciais, na interferência da programação orçamentária Municipal, Estadual e Federal, na desorganização da gestão assistencial do Sistema Único de Saúde, e claro, na vida dos cidadãos que através de decisões judiciais acabam por receber tratamentos que nem sempre são comprovados pelos órgãos nacionais serem benéficos ou maléficos aos seus organismos¹⁸.

18 Dentre diversos tratamentos, destaca-se aqui o caso da liberação legislativa para o uso da Fosfoetanolamina, através da lei nº 13.269 de 13 de abril de 2016, após reiteradas liminares judiciais que foram deferidas por juízes de todo Brasil obrigando a USP – São Carlos a fornecer a substância criada pelo ex-professor de seu Instituto de Química, Prof. Gilberto Chierice, que não foi submetido aos testes e protocolos clínicos para uso em seres humanos pelas agências competentes, especialmente, a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. As últimas informações segundo o site do STF são a de que “Fachin é o relator de Petição (PET 5828)

É nesta teia que envolve o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a gestão assistencial do Sistema Único de Saúde e os cidadãos que esta dissertação se insere, e são estas instituições e a população que se pretende discutir com a presente pesquisa.

A judicialização da saúde é uma das tantas judicializações que decorrem da consolidação do Estado Constitucional de Direito, que conforme já colocado acima, trouxe um grande destaque não só na previsão de direitos fundamentais sociais como a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a assistência e etc. mas também e principalmente a previsão de garantias, isto é, instrumentos jurídicos de natureza processual individual e coletiva que permitem o acionamento amplo do poder judicial. Como será visto em Mauro Cappelletti, não basta afirmar os direitos, mas lutar pela efetivação do direito humano¹⁹ e fundamental de acesso à justiça.

2.2 O movimento mundial de acesso à Justiça e luta para tornar efetivo os direitos sociais

Mauro Cappelletti (1988) foi o responsável no final dos anos 60 em apresentar um grande projeto interdisciplinar de pesquisa, com financiamento da Fundação Ford e que durou cerca de quatro anos, envolvendo aproximadamente quarenta pesquisadores de diversos países da Europa,

ajuizada por uma paciente contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que havia impedido o fornecimento da substância. O ministro chegou a conceder liminar para liberar a entrega da fosfoetalonamina para a paciente, mas julgou a ação extinta após o TJ reconsiderar seu entendimento. O tema relativo ao fornecimento de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) aguarda pronunciamento da STF em processo (Recurso Extraordinário 657718) com repercussão geral reconhecida. Notícias do STF. Ministro Fachin discute com especialista uso de substância contra o câncer" Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=302639&caixaBusca=N>.
 Acesso em 09/08/2016 às 21:41hs.

19 Para maior aprofundamento no tema: Cf. ANNONI (2008), MANCHUSO (2011), NUNES E TEIXEIRA (2013).

Estados Unidos, Canadá, Austrália dentre outros e que promoveu “uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos entre outros” (CAPPELLETTI ; GARTH, 1988, p. 7-8).

Cappelletti (2008) foi fortemente influenciado pelas convicções democráticas e de processo social de seu mestre Piero Calamandrei, que combateu o fascismo e propugnou dentro da Itália pelo reconhecimento de um processo que atendesse aos mais pobres e excluídos da sociedade. Dessa maneira, um dos primeiros textos que antecedeu a grande pesquisa “Projeto Florença” constitui-se no artigo “Pobreza e Justiça²⁰” (2008) que reproduziu duas conferências pronunciadas em atividades promovidas pela “Associação dos Juristas Democráticos” em Parma e em Roma nos meses de março e abril de 1969. A epígrafe do mesmo é elucidativa dos problemas que o movimento de acesso à justiça iria enfrentar: “*Curia pauperibus clausa est*²¹”.

Focado na expressão “Acesso à justiça” e na premissa básica “de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas *pressupõe* o acesso efetivo” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.8), sua proposta de pesquisa procurou reunir em uma grande investigação internacional todos os pesquisadores que em seus respectivos domínios, jurídicos ou não, constituíam-se no sentido de “reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.10). Para Cappelletti; Garth (1988, p.10-11) e seus companheiros de pesquisa mais do que proclamados, era necessário tornar “efetivo, quer dizer, realmente acessíveis a todos”, os novos direitos sociais básicos que compunham o programa de reformas do Welfare State.

20 Artigo publicado por CAPPELLETTI, in **Processo, ideologias e sociedade**. trad. Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, 2008. Vol. I. p. 220.

21 “O tribunal está fechado para os pobres” – Ovídio, poeta Romano. Escreveu sobre amor, sedução, exílio e mitologia. Estudou retórica com grandes mestres de Roma e viajou para Atenas e Ásia exercendo funções públicas com o objetivo de tornar-se um Cícero, mas, para desgosto do pai, resolveu dedicar sua vida à poesia.

Nesse diapasão, Cappelletti; Garth (1988) acabam por concluir juntamente com seus colegas que o Acesso à Justiça poderia ser caracterizado como o mais básico dos direitos humanos, pois seria aquele que garantiria mediante a renovação das técnicas processuais, superando o velho paradigma tradicional do processo – uma pessoa, um direito, uma ação, uma sentença – pelo reconhecimento simultâneo de que nas sociedades de massa que caracterizam em especial a segunda metade do século XX, o processo coletivo deve ser reconhecido como uma necessidade indispensável para o processamento de litígios e consequente pacificação social bem como o fato de que “as cortes não são a única forma de solução de conflitos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.12) tendo o mesmo e seus colegas reconhecido “inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.12), ampliando sua pesquisa “para mais além dos tribunais” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.13).

Reunindo experiências das *class actions* norte-americanas bem como das ações coletivas no Direito Comparado europeu, verificou-se uma revolução mundial no processo civil e no acesso à justiça. Partindo da distinção óbvia de que os direitos (substantivos) dependem de garantias (processuais) para sua efetivação, o Brasil, através de uma brilhante geração de processualistas encabeçados pelo pioneiro José Carlos Barbosa Moreira (2004, p. 15-27), que inclusive realizou pesquisas em Florença durante o período de realização do “Projeto de Florença”, viu o desenvolvimento de um verdadeiro Direito Processual Coletivo visando realizar aquilo ele próprio designou como um processo socialmente efetivo.

Na sequência, encontra-se uma geração pioneira dos embates para a construção de um Direito Processual Coletivo dentre os quais se destacam Rodolfo de Camargo Mancuso (2011), Hugo Nigro Mazzilli (2011), Antonio Gidi (2007), Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2011) e dentre tantos autores dessa nova geração, deve-se destacar Alexandre Amaral Gavronki (2010)²²,

²² Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação.** 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011. / MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio**

com sua notável obra monográfica sobre as técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, que destacou a efetividade da tutela coletiva por meio de instrumentos como o inquérito civil, a audiência pública, a recomendação e o compromisso de ajustamento de conduta dentre outros.

No entanto, imprescindível é a referência ao trabalho teórico e prático desenvolvido desde os anos 70 pelos ex-professores da FADUSP Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe (2013) e Cândido Dinamarco (2000), que foram os líderes intelectuais em um grupo certamente muito mais ampliado de juristas que confeccionaram os principais instrumentos legais que constituem os pilares do atual microssistema processual coletivo brasileiro, a saber, a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), além disso, foram também referência para toda a legislação estatutária de caráter garantista que se seguiu, sendo os responsáveis pela introdução da terminologia que caracteriza hoje o reconhecimento dos direitos transindividuais, a saber, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e demandas individuais com efeitos coletivos (art. 83 do CDC, c/c Artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública).

Pellegrini e Watanabe (2013), mesmo aposentados da FADUSP, mas à frente do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais - CEBPEJ realizaram entre os anos de 2010 e 2012 uma série de seminários abertos ao público nas cidades de Itaúna, São Paulo, Vitória e Buenos Aires, visando contribuir em termos de técnicas para tutela coletiva de Direitos com um Projeto de Lei que fixasse parâmetros seguros para o juiz e as partes. Nesse sentido, entenderam que seria indispensável um novo processo de caráter especial com cognição e

público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2011. GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2007. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010.

contraditório ampliados, tendo em vista as dificuldades concretas que os juízes enfrentam para decidir casos de políticas públicas.

Dentre essas dificuldades os autores listaram em justificativa do projeto as dificuldades como “oriundas da falta de informações e de dados, da falta de assessoria, da falta de contratos com a própria Administração encarregada da implementação da política pública, com demais juízes, com os tribunais” (GRINOVER; WATANABE, 2013, p.507), bem como dificuldades derivadas do desconhecimento técnico de contabilidade pública para realizar a interpretação orçamentária, bem como ainda, as dificuldades oriundas da multiplicidade de ações individuais que em sendo concedidas violariam o princípio da equidade social no acesso aos direitos fundamentais sócias básicos.

No mesmo sentido, verifica-se também em Alves (2003, p. 157), o registro do problema da “falta de expertise dos magistrados”, vez que “os juízes não tem conhecimento técnico apto a contestar ou mesmo apreciar criticamente prescrição médica”.

Grinover (2013) refletindo sobre a transição do Estado Liberal para o Estado Social reconhece que com a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos e sociais – a função de mero garantidor de liberdades por meio da abstenção do Estado em intervir na ordem econômica e privada. Cabe agora a função do novo judiciário em garantir a efetivação desses direitos por meio de uma atuação positiva, consistente em um dar, fazer ou prestar atividades, ou seja, verifica-se a judicialização das políticas públicas como resultado legítimo da segunda geração de direitos fundamentais:

Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um dare, facere, praestare, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função de controle do Poder Judiciário se amplia. (GRINOVER in GRINOVER; WATANABE 2013, p. 140)

Dessa forma, o judiciário aparece como garantidor de Direitos, não podendo se eximir como Poder do Estado em garantidor dos mesmos. Aposentada resta portanto, a figura do juiz passivo e neutralizado politicamente, previsto por

Montesquieu (1777) em “O espírito das leis” e que consistia, como já dito acima, apenas em “*La bouche que prononce les paroles de la loi*”. O novo juiz dentro da figura do Estado Constitucional de Direito de Ferrajoli (2015, p.61-67), contribui com a construção de um modelo garantista de democracia constitucional, atuando e coibindo as ações e omissões inconstitucionais no tocante aos direitos fundamentais, inclusive os direitos fundamentais sociais básicos que são garantidos pela existência de políticas públicas sociais.

Dessa forma, adotando as referências conceituais do direito ao mínimo existencial (TORRES, 2009) e partindo de uma visão crítica das peculiaridades e cuidados com o que se deve adotar a chamada “cláusula de reserva do possível”, também conhecido como “princípio da reserva orçamentária”, destacado aqui por Andreas J. Krell (2002), nesse sentido Grinover (2013, p. 139) conclui que,

(...) o processo deverá obedecer a um novo modelo com cognição ampliada, que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento, e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas admitindo-se a intervenção de amici curiae.

Cândice Lisbôa Alves (2013, p.155) reforça que não basta se ater à efetividade da aplicação do Direito, mas também à racionalidade da construção na aplicação do Direito: é preciso considerar argumentações debatidas no processo, o conjunto de probatório e assim, estabelecer qual resposta adequada à demanda.

Como conclusões finais da problemática dos aspectos de controle jurisdicional das políticas públicas, ainda que em longa citação, cumpre, pela importância das mesmas o registro integral:

a – O poder judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º CF).

b – Esse controle não fere os princípios da separação dos poderes, entendido como vedação da interferência reciproca no exercício das funções do Estado.

c – Dentro dos limites, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Público pretendendo atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas.

D – Há um pressuposto e limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. O pressuposto, que autoriza a imediata judicialização do direito, mesmo na ausência de ou de atuação administrativa é a restrição à garantia do mínimo existencial. Constituem limites à intervenção: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público; a reserva do possível, entendida tanto em sentido orçamentário financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública.

e – O juiz deverá utilizar um novo processo, com cognição mais profunda e ampliada e contraditório estimulado, colhendo informações da administração para poder chegar a uma decisão mais justa, equilibrada e exequível.

(...)

i – Maior cuidado deverá ser tomado na observância do pressuposto e dos limites em relação às ações estritamente individuais, cujo acolhimento diminuirá a verba destinada à política pública geral, embora elas possam ter efeito positivo, influindo sobre a ampliação da política pública (GRINOVER, 2013, p.149 e ss.).

Enfim, conclui-se então que o controle jurisdicional de políticas públicas não se trata de uma aberração jurídica, mas de algo com reconhecimento político, e legitimidade devido ao modelo de democracia constitucional e cuja necessidade de regulação jurídica por meio de lei tem sido objeto de debates, discussões e até mesmo propostas legislativas²³. Todavia, essa judicialização deve ter limites para dar segurança aos juízes, vez que o juiz não está preparado para assumir esse papel.

23 Anteprojeto de Lei sobre processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas do poder judiciário, São Paulo, Outubro de 2012.

2.2.1 Limites à intervenção do judiciário no controle de políticas públicas

No Brasil, é possível identificar como verdadeiro marco da inauguração do período de judicialização o artigo 5º, inciso LXXIII, em termos de ação popular, ao introduzir que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa (...”).

No mesmo sentido, Cândido Dinamarco apud Grinover; Watanabe (2013) também entende que foi a ação popular que abriu o caminho do Judiciário em relação ao controle do mérito do ato discricionário, devendo-se à ela “a desmistificação do dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo”, provocando “sugestiva abertura para alguma aproximação ao exame do mérito do ato administrativo” (DINAMARCO apud GRINOVER; WATANABE , 2000, p.434).

Segundo Grinover in Grinover; Watanabe (2013), ao analisar a posição do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em decisão monocrática na ADPF nº 45 de 2004 do Ministro Celso de Mello, verifica ser necessário observar alguns requisitos para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, inclusive colocando esses limites como “imperativo ético jurídico”. Para ela, esses três requisitos traçam o pressuposto e os limites para a intervenção, quais sejam:

(1) O limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) A razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e; (3) A existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (GRINOVER in GRINOVER; WATANABE, 2013, p.132)

O pressuposto e os limites indicados por Grinover in Grinover; Watanabe (2013) são, segundo ela, necessários e suficientes para coibir os excessos na intervenção judicial em políticas públicas. Inclusive, ao utilizar como exemplo a Saúde, afirma ela que uma política pública razoável deve propiciar o

atendimento do maior número de pessoal com o mesmo volume de recursos, sendo então merecedoras de críticas, por não atender ao requisito da razoabilidade, “alguns julgados em demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil”. (GRINOVER, in GRINOVER; WATANABE, 2013, p.140)

Estas decisões, ou seja, casos nesse sentido, não se tratam de correção de uma política pública de saúde que esteja equivocada, não podendo se onerar o erário público, sem observância da reserva do possível. Nesse sentido, a aplicação do diálogo institucional se apresenta como uma ferramenta valiosa para os juízes, e consequentemente, para a questão do acesso à saúde pública de forma ampliada.

2.3 Diálogos institucionais: ferramenta de acesso à justiça

O tema do diálogo institucional se tornou, conforme será apontado no texto abaixo, ferramenta valiosa para o tratamento da excessiva judicialização da política pública de saúde. Não raramente é possível localizar a ideia do diálogo institucional nas discussões, por exemplo, do Fórum Nacional de Saúde Pública que ocorre no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, como um dos remédios para a crise não apenas de acesso mas e efetivação do direito fundamental social à saúde. Desta forma, imprescindível apresentar o conceito de diálogo e seus desdobramentos.

2.3.1 Diálogos institucionais e políticas públicas

O Conselho Nacional de Justiça produziu em 2015 um relatório intitulado “Justiça pesquisa: judicialização da saúde no Brasil – dados e experiências”. Trata-se de um estudo multicêntrico desenvolvido nos anos de 2013 e 2014, com abrangência nacional, que busca analisar o cenário da judicialização da

saúde e a política judiciária de saúde no Brasil, através de um enfoque fortemente interdisciplinar.²⁴

Já na introdução do relatório e bem como no seu texto como um todo, encontramos a presença da reiterada importância atribuída pelo Conselho Nacional de Justiça à interface entre o judiciário e as demais instituições políticas e participativas. Como exemplo dessa necessidade de atuação conjunta, o próprio relatório apresenta como exemplo sua Recomendação nº 31, que será devidamente tratada no terceiro capítulo e que acaba sendo de certa forma o grande cerne deste trabalho que, a título de conhecimento, é justamente a normativa que estabelece a necessidade da criação dos núcleos de assessoria técnica aos magistrados nas demandas de Saúde.

No último tópico do relatório, no qual constam as considerações finais e os desafios para o Conselho Nacional de Justiça, foi apresentado um rol de desafios que apresentam a seguinte estrutura: Desafios de concepção do direito à saúde, num segundo momento os Desafios Institucionais e por fim, os Desafios do cotidiano decisório. Neste sentido, dentro dos tópicos previstos em “Desafios Institucionais” destaca-se o seguinte tópico: “Intensificar o espaço de diálogo institucional”:

Intensificar o espaço de diálogo institucional: no cotidiano de suas ações, as instituições jurídicas têm a atribuição de atuar na efetivação do direito à saúde, responsabilizando e dialogando com os diversos atores sociais envolvidos em sua concretização. Em algumas experiências brasileiras, observa-se que tais instituições têm a capacidade institucional de criar um **espaço de diálogo**, pois possibilitam a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde em um foro comum. Isso permite pensar a ideia de juridicização das relações sociais (conflitos são discutidos sob o ponto de vista

24 O relatório versa sobre as atividades de pesquisa do Projeto “Estudo multicêntrico sobre as relações entre Sociedade, Gestão e Judiciário na efetivação do direito à saúde” e atende aos requisitos previstos na Convocação n. 01/2012 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especialmente no que concerne ao campo temático n.02 (Judicialização do Direito à Saúde no Brasil) em parceria como Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS/UERJ).

jurídico) sem ocorrer necessariamente uma judicialização (ao máximo, se evita levar os conflitos ao Judiciário). Em virtude dessa atuação, observa-se uma valorização do diálogo, de modo a gerar ações efetivas no encaminhamento e resolução dos conflitos. Além disso, contribui decisivamente para a constituição de uma política judiciária de saúde. Por meio do diálogo, procura-se resolver alguma deficiência no sistema de saúde por intermédio de meios não formais e que, por vezes, se apresentam como o caminho mais adequado, de modo a estabelecer mecanismo de responsabilização dos membros da gestão e de incorporação de conteúdos participativo-societários nos consensos estabelecidos. O recurso à oralidade permite que os diferentes atores sociais a letra da lei para que, no interior de suas práticas cotidianas, estabeleçam consensos e negociações. Esse espaço de diálogo preconiza que formas de resolução de conflitos devam envolver uma atuação conjunta e integrada, de modo a estabelecer mecanismo permanentes e transparentes de diálogo institucional. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p.133 – grifo nosso)

Verifica-se que há, no seio da judicialização da saúde a sólida necessidade de se intensificar o espaço de diálogo institucional, ou seja, de efetivar a adoção de arranjos institucionais que prevejam o compartilhamento da tarefa de atribuir significado ao texto constitucional entre o judiciário e outros atores, bem como uma atividade de cooperação entre os poderes políticos e o judiciário a fim de conferir uma maior e melhor proteção aos direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos.

No mesmo sentido, Cândice Lisboa Alves (2013) traz em sua obra posicionamento parecido a este por parte da ANS – Agência Nacional de Saúde, o órgão que representa a regulamentação da saúde suplementar, ao citar que estes entendem a importância da dialogia como mecanismo de interação, repercutindo em maiores chances de se efetivar a saúde. Todavia, importante destaque é o porém: “Não é qualquer dialogia, mas uma marcada por discursos de qualidade que demonstrem as necessidades da saúde, bem como a perspectiva de cada um dos atores envolvidos”. (ALVES, 2013, p.152).

O diálogo institucional e os vieses dialógicos adotados como teoria para auxiliar numa onda de judicialização mais legítima se demonstram efetivamente como uma excelente maneira de encarar o complexo problema no âmbito da Saúde Pública e na efetivação das Políticas Públicas, e seu uso está se tornando cada

vez mais recorrente dentre os representantes do Conselho Nacional de Justiça, das instituições que este orienta através de suas recomendações e da academia.

A ausência de tradução dos textos em língua inglesa onde o debate originalmente ocorreu, diminuem o conhecimento do contexto real das origens do debate sobre o diálogo institucional. Surge então a necessidade de uma investigação acerca da origem da teoria do diálogo utilizada no cenário jurídico brasileiro, bem como demonstrar em que contexto ela surge e como é construída a ponte para sua utilização no Direito à saúde. É o que segue.

2.3.2 Diálogo Institucional: um legado do Direito canadense.

Ao se analisar as obras que versam sobre o tema, verifica-se que o conceito de diálogo ingressou muito recentemente no debate jurídico, nacional e internacional dado a inexistência de tradução dos textos principais e originais do debate.

Em sua origem, o diálogo institucional surge no seio dos acadêmicos canadenses e é possível afirmar que o artigo jurídico que se apresenta como marco definitivo do início da discussão do tema é aquele escrito por Peter Hogg e Allison Bushell (1997) intitulado “O diálogo da Carta entre cortes e legislativo (ou talvez a Carta de Direitos não seja uma coisa ruim depois de tudo. (tradução nossa)²⁵”, na revista Osgoode Hall, da York University. Este artigo colocou em evidência o modelo de controle de constitucionalidade canadense como instituidor de um efetivo diálogo entre corte e parlamento. O *abstract* do artigo resume de forma clara e didática o seu intuito:

Este artigo responde ao argumento de que a revisão judicial da legislação no âmbito da Carta Canadense de Direitos e

²⁵ The charter dialogue between courts and legislature (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all).

Liberdades é ilegítima porque é antidemocrática. Os autores mostram que os casos da Carta quase sempre podem ser, e geralmente são, seguido por nova legislação que ainda realiza os mesmos objetivos que a legislação que foi derrubada. O efeito da Carta raramente é para bloquear uma finalidade legislativa, mas sim para influenciar o desenho da implementação de legislação. Casos da Carta provocam um debate público em que os direitos protegidos na Carta tem um papel mais importante do que eles teriam se não tivesse havido nenhuma decisão judicial. O processo é mais considerado como um "diálogo" entre os tribunais e as legislaturas (tradução nossa) (grifo nosso). (HOGG; BUSHELL, 1997, p 75.)²⁶

Ao introduzir na abertura do artigo o conceito de diálogo institucional, Hogg e Bushell (1997) chamam atenção a uma ideia que fora largamente inexplorada na doutrina canadense, qual seja, a ideia de diálogo: "No entanto, uma ideia intrigante que tem sido levantada na literatura parece ter sido deixada largamente inexplorada. Essa é a noção de que a revisão judicial é parte de um "diálogo" entre os juízes e as legislaturas (tradução nossa)²⁷".

Nesse sentido, os autores citam algumas concepções de diálogo que podem ser identificadas como uma interação entre cortes e legislativo ou povo, mas que ainda não levavam consigo a ideia de diálogo²⁸.

26 "This article responds to the argument that judicial review of legislation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms is illegitimate because it is undemocratic. The authors show that Charter cases nearly always can be, and often are, followed by new legislation that still accomplishes the same objectives as the legislation that was struck down. The effect of the Charter is rarely to block a legislative objective, but rather to influence the design of implementing legislation. Charter cases cause a public debate in which Charter-protected rights have a more prominent role than they would have if there had been no judicial decision. The process is best regarded as a "dialogue" between courts and legislatures.

27 However, one intriguing idea that has been raised in the literature seems to have been left largely unexplored. That is the notion that judicial review is part of a "dialogue" between the judges and the legislatures

28 . São exemplos: G. Calabresi G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982) c. 11; P.R. Dimond, *The Supreme Court and Judicial Choice: The Role of Provisional Review in Democracy* (Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press, 1989) at 4-5; E. Keynes & R.K. Miller, *The Court vs. Congress: Prayer, Busing, and Abortion* (Durham, N.C.: Duke University Press, 1989) at xvi-xvii; and M.J. Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1982 at 112- 113). Judicial-legislative interplay is discussed in the Canadian context by B. Slattery, "A Theory of

Hogg e Bushell (1997) foram pioneiros na ideia do diálogo pois, em que pese a Carta de Direitos e Liberdades do Canadá (Constitutional Act, 1982 – Canadian Charter of Rights and Freedoms) datar de 1982, é só em 1997 que vêm à tona essa ideia dita largamente inexplorada. É através da Seção 33 da Carta, na qual se encontra a inclusão da *notwithstanding clause* ou também conhecida como *override clause* (*cláusula não obstante*) que se extrai a ideia de diálogo, nesse sentido:

Exception where express declaration

(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

Marginal note: Operation of exception

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Marginal note: Five year limitation

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Marginal note: Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

Marginal note: Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)

De acordo com a definição dada pelo *Center for Constitutional Studies (Centro de Estudos Constitucionais)*²⁹, da Alberta University, a *notwithstanding clause*

the Charter" (1987) 25 Osgoode Hall L.J. 701; and J. Jai, "Policy, Politics and Law: Changing Relationships in Light of the Charter" (1997-98) 8 N.J.C.L.

29 The Centre for Constitutional Studies is a hub for constitutional research and public education in Canada. It connects leading Canadian and international scholars, contributes to constitutional debate, and creates resources that educate the public about the Constitution. ("O Centro de Estudos Constitucionais é um centro de pesquisa constitucional e educação pública no Canadá. Ele se conecta os principais estudiosos canadenses e estudiosos internacionais, e

(*cláusula não obstante*) é um poder do legislativo que permite ao Parlamento geral ou ao Legislativo *override* (superar) determinadas seções da Carta. Este poder se aplica aos direitos de seções 2 (liberdades fundamentais) e 7 à 15 (direitos legais e igualdade), tendo sido desenvolvida durante o debate sobre a nova Constituição no início de 1980. (BILLINGSLEY, 2002, 311- 332). Este artifício não se estende então às seções 3 à 5 (direitos democráticos), seção 6 (mobilidade), seções 16 à 23 (direitos de linguagem) ou seção 28 (igualdade de sexos). No que diz respeito à estas seções, não é possível realizar o *override*. (HOGG, 2009, p. 735)

Assim, o legislativo pode aprovar uma cláusula se, depois de cuidadosa consideração, se acreditar que os interesses da democracia são melhor alcançados ao superar uma lei. Os direitos da Carta restantes estão isentos da cláusula porque os autores do documento acreditavam que esses direitos fossem demasiado importantes para serem substituídos em qualquer circunstância. (HOGG, 2009, p.870-871).

A cláusula não obstante deve ser expressamente declarada na legislação e não pode ser aplicada retroativamente. Além disso, ela só pode ser implementada por cinco anos, podendo ser restabelecida por períodos adicionais de cinco anos. Este período de tempo geralmente coincide com o cumprimento de termos eleitorais, dando ao povo a oportunidade de contestar a decisão de seu governo de superar a Carta. A seção foi apelidada pela professora Barbara Billingsley de "gigante adormecido" da Carta por causa de seu poder extraordinário porém de uso pouco frequente. (BILLINGSLEY, 2002)

Embora uma disposição semelhante existisse no Bill of Rights, legislativos federais e provinciais ficaram divididos sobre a inclusão da *notwithstanding clause* na Carta. (HOGG, 2009), sendo que os opositores argumentaram que o propósito da Carta poderia ser comprometido se alguns direitos fossem deixados desprotegidos. Os defensores, no entanto, acreditavam que a cláusula poderia promover a democracia, pois, permitir ao legislativos o

controle ou "supremacia" sobre questões importantes poderia impedir o judiciário (não eleito) de ter muito poder sobre o legislativo, que por sua vez, é eleito: "O fato de que os órgãos legislativos eleitos ficaram com a última palavra responde a uma boa parte da preocupação sobre a legitimidade da revisão judicial por juízes não eleitos³⁰ (tradução nossa). (HOGG, 2009, 736).

A inclusão da cláusula na Carta de Direitos canadense é considerada o mais emblemático exemplo das concessões mútuas realizadas pelos defensores do modelo americano e do britânico, preservando o traço mais característico da supremacia parlamentar, conservando nessa instituição a atribuição de emitir decisão final sobre assuntos importantes para a comunidade política, e assim, limitaria o poder do judiciário (SOUZA, 2011, p.47 e ss).

A *notwithstanding clause*, sendo um recurso originário da política canadense, desde então, agiu como um modelo para outros países, como Israel e África do Sul (Constituição da República da África do Sul, 1996, Seção 172), que optaram por incluir disposições de superação em suas próprias constituições.

Jeremy Waldron (2010) mais tarde irá realizar uma observação em seu texto "A essência da Oposição ao Judicial Review"³¹, inserindo na discussão uma fala de Jeffrey Goldsworthy, professor e presidente da Sociedade Australiana de Filosofia do Direito, que afirma que a cláusula não trata igualmente os poderes legislativos e judicial quanto à interpretação da constituição. A permissão de superação legislativa da seção 33 afirma expressamente que o parlamento poderá legislar não obstante o esteja fazendo em contrariedade aos direitos previstos na Carta e tal como interpretados pelo judiciário³².

30 The fact that the elected legislative bodies have been left with the last word answers a good deal of the concern about the legitimacy of judicial review by unelected judges.

31 Texto publicado na obra "Legitimidade da jurisdição constitucional" organizada por Antonio Carlos Alpino Bigona e Luiz Moreira. Editora Lumen Juris, 2010.

32 GOLDSWORTHY, Jeffrey. "Judicial Review, Legislative Override and Democracy". Quando se espera que o judiciário...discorde do parlamento quando ao "verdadeiro" significado e vigor das disposições da Carta, o legislativo não pode garantir que seu ponto de vista prevalecerá sem parecer que a própria carta é anulada. E isso torna o parlamento vulnerável à objeção politicamente letal de que ela está aberta e confessadamente subvertendo direitos constitucionais. in A essência da Oposição ao Judicial Review. p. 103.

A fim de defender sua teoria, Hogg e Bushell (1997) fazem um longo levantamento empírico. São selecionados ao longo de quinze anos, desde a edição da Carta de Direitos Canadense em 1982 até a publicação do artigo em 1997, os casos em que a corte declarou a constitucionalidade de uma lei ou de dispositivo de lei, e a sua consequente resposta legislativa (*legislative sequel*, que será aprofundada posteriormente) à tal intervenção judicial.

Foram analisados no artigo sessenta e seis casos nos quais legislações foram invalidadas por uma violação na Carta de Direitos (quarenta e três federais e vinte e três provinciais), e se descobriu que em quarenta e cinco casos, ou seja, dois terços, o corpo legislativo competente alterou a lei impugnada, sendo na maioria dos casos, pequenas alterações suficientes para respeitar a Carta sem comprometer o objetivo da legislação original. Em outras palavras, concluiu-se então que o diálogo, se materializando na forma de uma sequência legislativa (*legislative sequel*), é a regra no cenário canadense.

Hogg e Bushell (1997) afirmam que a Carta pode atuar como um catalisador para um intercâmbio de duas vias entre o poder judicial e legislativo sobre o tema dos direitos humanos e liberdades, mas que raramente levanta uma barreira absoluta para os desejos das instituições democráticas.

Neste sentido, a pesquisa de Hogg e Bushell (1997) verificou o que eles chamaram de “*legislative sequel*”, ou *sequência legislativa*, que se configura como alguma resposta do legislativo após uma intervenção judicial que impugnaria a lei³³: “(...) O “diálogo”, ao qual se refere este artigo consiste naqueles casos em que uma decisão judicial de revogar uma lei em razão da Carta é seguido por alguma ação pelo órgão legislativo competente. (tradução nossa). (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 82)³⁴”

34 The “dialogue” to which this article refers consists of those cases in which a judicial decision striking down a law on Charter grounds is followed by some action by the competent legislative body.

Ao final de seu estudo, os autores entendem que o *judicial review* não é "um veto sobre a política da nação", como diria Dworkin em sua obra "*The forum of principles*" (1981. p.469), ou uma barreira à atividade legislativa e à vontade da maioria, mas sim o início de um diálogo entre as instituições encarregadas de interpretarem a Carta como a melhor forma de conciliar seus valores individualistas com a realização de políticas sociais e econômicas para o benefício da comunidade como um todo (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 105).

Importante compreender as ideias de Hogg e Bushell (1997) no artigo citado visto que é a partir dele que o conceito de diálogo se materializa, levando em conta que praticamente todos os trabalhos que versaram sobre o conceito fazem referência a ele de alguma forma. O artigo gerou grande repercussão no meio acadêmico, com críticas tanto negativas quanto positivas. Porém o mais importante é que agendou o tema na academia, e inclusive, a ideia passou a ser usada pelos próprios juízes da Suprema Corte em suas decisões.

No caso do Brasil, as repercussões podem ser encontradas em alguns trabalhos mais isolados e com bem menos repercussão do que se verificou nos países do Common Law. É possível verificar a partir dos anos 2000 um início de discussão na academia brasileira. É o caso de Virgílio Afonso da Silva (2009), que em 2006 apresenta versão escrita de sua prova oral de erudição como parte do concurso para o cargo de professor titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e publicado em 2009 sob o título "O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública".

O trabalho de Hogg e Bushell (1997) inaugurou e lançou uma onda de artigos e comentários que viriam a se constituir na primeira geração de autores que trabalham com o tema do diálogo. Ficaram marcadamente reconhecidos por seus trabalhos em diálogo Kent Roach³⁵ (Canada), Jeremy Waldron³⁶ (Nova Zelândia), Christine Bateup³⁷ (Australia) e Rosalind Dixon³⁸ (Australia)

³⁵ Principais trabalhos de Kent Roach: *Constitutional and Common Law Dialogues between the supreme court and Canadian legislatures* (2001). *The supreme court on trial: judicial activism or democratic dialogue* (2001). *Dialogic Judicial Review and its Critics* (2004).

Como outros exemplos de repercussão do debate no cenário nacional tem-se Rodrigo de Souza Tavares e José Guilherme Berman (2009) escreveram “Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense”, José Ribas Vieira e Mônica Campos de Ré (2009), publicaram um artigo intitulado “As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do supremo tribunal federal”. Em 2010, a Juruá Editora lança a obra *Diálogo Institucional e Ativismo*³⁹, com artigos diversos sobre tema.

Assim, em 2013 foi apresentada tese de doutorado da Universidade de São Paulo – USP, defendida por Sérgio Antônio Ferreira Victor (2013) intitulada “Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da constituição”, orientado pelo Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior.

O trabalho nacional que mais se aproxima da temática do diálogo aplicada à Saúde, é a dissertação defendida por Jorge Munhós de Souza (2013), Procurador Federal, intitulada “Diálogo institucional e direito à saúde”, de 2011, e posteriormente publicada pela Editora Jus Podium em 2013, do Programa de Pós Graduação, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. A tese foi co-orientada pelo renomado Professor Daniel Sarmento, reconhecido pelos seus estudos em Direito Constitucional.

Sharpening the dialogue debate: The next decade of scholarship (2007). Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States (2010).

36 Principais trabalhos de Jeremy Waldron: Introduction: A right-based critique of constitutional rights (1993) Disagreements on Justice and Rights (2002). Law and Disagreement (2004). O Judicial Review e as condições da democracia (2009).

37 Principais trabalhos de Christine Bateup: The dialogic promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue (2005), Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional dialogue in Comparative Perspective (2006).

38 Principais trabalhos de Rosalind Dixon: The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference (2009). Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited (2015).

39 Autores: Cecília de Almeida Silva, Francisco Moura, José Guilherme Berman, José Ribas Vieira, Rodrigo de Souza Tavares e Vanice Regina Lírio do Valle.

Hogg e Bushell (1997) tiveram como principal crítica positiva à sua teoria do Diálogo, Kent Roach, um professor canadense da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e antigo assessor da Ministra Bertha Wilson, da Suprema Corte do Canada e que escreveu em 2001 a obra “*The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue (Law and Public Policy)*⁴⁰”, na qual verifica-se referências frequentes à tese do diálogo de 1997⁴¹.

Roach (2001) procurou fornecer suportes teóricos mais robustos à tese do diálogo institucional de Hogg e Bushell (1997), a qual deveria focar no aumento dos índices de democracia do sistema como um todo, no sentido de concluir que o simples fato de as decisões judiciais de inconstitucionalidade convidarem o legislativo à um diálogo ou à reflexão sobre o tema já seria algo muito positivo (VICTOR, 2013, p.150).

Na primavera de 2007, ou seja, 10 anos depois da publicação da obra de Hogg e Bushell sobre o diálogo, numa edição especial intitulada “*Charter dialogue: Ten years later*⁴²”, a Osgoode Hall Law Journal apresenta uma edição inteira composta de diversos artigos, comentários, book reviews e book notes sobre o tema do diálogo. Dentre os autores, temos Kent Roach, citado acima, e outros nomes importantes do universo acadêmico canadense.

Hogg e Bushel (2007) escrevem para a edição o artigo “*Charter Dialogue Revisited: Or Much Ado About Metaphors*⁴³”. Neste artigo, além de responderem à diversas das críticas que foram feitas à teoria do diálogo, eles repetem a pesquisa realizada no trabalho inicial, e através do subtítulo “O atual estágio do diálogo” se apresentam os dados atualizados da prática institucional diálogo. Desde o artigo de 1997, houveram 23 casos nos quais leis foram invalidadas por uma violação à carta. Destes, 14, ou aproximadamente 61% suscitou alguma resposta do corpo legislativo competente.

40 A Suprema corte em julgamento: ativismo judicial ou diálogo democrático? (tradução nossa).

41 Cf. ROACH, 2001, p. 119-120, 175 e ss. 325.

42 Diálogo na Carta: 10 anos depois, Osgood Hall. 2007. Ou “revisitando o Charter dialogue”.

43 “O diálogo na Carta revisitado: ou muito barulho por metáforas”, Osgood Hall. Artigo 2, 2007.

Os pontos mais problemáticos e polêmicos que os autores verificaram foram discutidos por eles ao receberem esta oportunidade da Osgoode Hall Law Journal para realização de uma réplica às críticas, no artigo “*A Reply on “Charter dialogue revisited*”. Segundo Hogg e Bushell (2007), dos seis comentaristas que publicaram textos naquela edição especial, Grant Huscroft e Andrew Petter (2007) possuem as preocupações mais radicais à tese do diálogo⁴⁴.

Petter (2007) toma a opinião de que a teoria do diálogo liberaria as Cortes para se tornarem mais ativas na aplicação da Carta, estimulando um ativismo e que isso seria algo ruim. De fato, na réplica, os autores concordam que este fato seria ruim, sendo porém, necessário admitir que não há perigo no fato de as cortes usarem ou terem usado a teoria do diálogo para expandir sua atividade de *judicial review*. Uma falha na posição que afirma ser a teoria do diálogo encorajadora do *judicial review* é que ela não pode explicar as decisões da Corte canadense que foram descritas no artigo de 1997, porque, claramente, elas foram proferidas antes do artigo ter sido escrito.

Inclusive, outro argumento relevante diante da tese de Grant Huscroft e Andrew Petter (2007), é o de que é possível notar que o período escolhido para a análise de decisões (1982 -1997) foi considerado como de um extraordinário ativismo judicial, no qual, conforme já colocado no texto, foram derrubadas sessenta e seis leis. Em contraste à este período de ativismo, o período posterior à publicação do artigo de 1997 foi verificado uma queda na taxa de leis que foram derrubadas pelas Cortes. Em sua réplica, os autores, Hogg e Bushell (2007, p. 196) afirmam: “Concluímos que o artigo de 1997 certamente não inaugurou um período de um ativo *judicial review*. É quase certo que não

44 Os autores publicam o artigo “Taking Dialogue Theory Much too Seriously (or Perhaps Charter Dialogue Isn 't Such a Good Thing after all)”, que se apresenta declaradamente como uma ironia com o título original no trabalho de Hogg e Bushell, vez que usa exatamente o mesmo subtítulo, porém invertido. Traduzindo: “Levando a Teoria Diálogo Muito a sério (ou talvez o diálogo da Carta não seja uma coisa tão boa no final das contas).

ocasionou na disposição das cortes em derrubar legislações. (tradução nossa)45”.

Ademais, é possível verificar na pesquisa citada pelo artigo de 2007 que dos 14 casos em que se verificou a violação à Carta, em um deles a resposta foi simplesmente a revogação da lei. Nos restantes 13 casos, a lei ofensiva foi substituída por uma nova lei. Hogg e Bushell (2007) demonstram que estes números são mais baixos do que os reportados em 1997, mas de qualquer forma, a maioria das decisões de invalidação da corte por não observação à carta, a partir de então, foram seguidas por uma resposta legislativa (legislative sequel). “Cada decisão deixou espaço para uma resposta legislativa, e a maioria das decisões recebeu uma resposta legislativa: O Diálogo vive!” (HOGG; BUSHELL, 2007, p.52.)⁴⁶

Tabela 1 - **Tipo de sequência Legislativa - 1997 (1982 à 1997)**

Tipo de sequência Legislativa - 1997 (1982 à 1997)									
	Fed.	BC	AL	SK	ON	QUE	NS	Outros	Total ⁴⁷
Mod. Anterior	9	1	0	0	1	0	0	0	11
Revogação	3	1	1	0	1	0	0	1	7
Mod. Posterior	21	2	0	0	4	3	2	1	33
Usou seção 33	0	0	0	1	0	1	0	0	2
Não fez nada	10	0	0	0	1	0	1	1	13

Fonte: Hogg; Bushell, 1997.

45 We conclude that the 1997 article certainly did not usher in a new period of active judicial review. It almost certainly had no effect on the willingness of the courts, 2007, p. 196.

46 Each decision left room for a legislative response, and most decisions received a legislative response: Dialogue lives on! (Hogg and Bushell, 2007, p.52.)

47 As abreviações nas colunas se referem aos estados canadenses: Ontario (ON), Quebec (QC), Nova Escócia (NS), Nova Brunswick (NB), Manitoba (MB), Columbia Britânica (BC), Ilha do Príncipe Eduardo (PEI), Saskatchewan (SK), Alberta (AB), Terra Nova e Labrador (NL).

Tabela 2 - **Tipo de sequência Legislativa pós - 1997 (1997 à 2007)**

	Tipo de sequência Legislativa pós - 1997 (1997 à 2007)												
	Fed.	BC	AB	SK	MB	ON	PQ	NB	PEI	NS	NL	Ter	
Mod. Anterior	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Revogação	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	
Mod. Posterior	4	1	1	0	0	2	2	1	1	1	0	0	
Usou seção 33	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Não fez nada	6	1	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	

Fonte: Hogg e Bushell, 2007.

No mesmo sentido, o posicionamento de Richard Haigh e Michael Sobkin (2007, p. 79), que no artigo “Does the Observer Have an Effect?: An Analysis of the Use of the Dialogue Metaphor in Canada's Courts⁴⁸” é esclarecedor e conclusivo da prática institucional do diálogo: “Diálogo é então a consequência de uma decisão derrubando uma legislação, não uma razão independente para derrubá-la”⁴⁹. Ou seja, o fenômeno do diálogo que Hogg e Bushell (1997;2007) reportam diz respeito à ação tomada pelos corpos legislativos depois que decisões judiciais foram proferidas, ou seja, não se indica como as decisões judiciais *deveriam ser* proferidas. Todavia, ainda assim, Haigh e Sobkin (2007, p.90) possuem um entendimento de que uma metáfora como o diálogo é um dispositivo literário que deveria provavelmente ser evitado pelas Cortes, por conta do risco de ser mal-entendida e empregada em modos que não se desejaría, qual seja, prescritivamente.⁵⁰.

Como uma das críticas negativas com maior repercussão verifica-se o posicionamento de Carissima Mathen (2007), professora da Faculdade de Direito da Universidade de Otawa, especialista em Constituição Canadense.

48 O observador tem um efeit ? Análise do uso da metáfora do diálogo nos tribunais do Canadá (Tradução nossa)

49 Dialogue is thus the consequence of a decision striking down legislation, not an independent reason for striking it down. Hogg, 2007, p. 79.

50 Our hope is that all courts, including the Supreme Court of Canada, recognize, at a minimum, that it is wrong to use the dialogue metaphor prescriptively; better yet, they should see this as a good time to move on from discussing the metaphor at all., 2007, p.90. “Nossa esperança é que todos os tribunais, incluindo a Suprema Corte do Canadá, reconheçam, no mínimo, que é errado usar a metáfora do diálogo prescritivamente; melhor ainda, eles devem ver isso como um bom momento para parar de discutir a metáfora definitivamente”.

Mathen publica nesta edição o artigo “Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on "Charter Dialogue Revisted"⁵¹”, na Osgoode Hall Law Journal, que irá comentar não apenas o texto de 1997 de Hogg e Bushell, mas também seu artigo que o revisita, publicada na mesma edição da Osgoode Hall. Sua crítica será no sentido de analisar se o Canadá possui um judicial review forte ou fraco. De fato, os críticos de Hogg e Bushell (1997; 2007) são intrigados pela questão se o sistema de judicial review do Canadá possui uma forma fraca ou forte.

Verifica-se que as críticas ao tema do diálogo envolve definitivamente a tratativa do *judicial review*. No entanto Hogg e Bushell (2007) afirmam que a maioria dos comentários dos autores em cima de seu artigo inicial é sobre este tema, mas alegam que, o fato de a teoria do diálogo não se apresentar como parte da justificativa do *judicial review*, que este não seria um ponto a ser discutido por eles, e que não o foi, em momento algum, seja na discussão e construção da tese do diálogo, seja nos textos da edição comentada que revisitou o tema.

Neste sentido, Kent Roach (2001), procura em sua obra lembrar que não há resposta certa ao *judicial review* e, ainda que ela existisse, a teoria do diálogo institucional não está habilitada a fornecê-la e nem é a isso que se propõe, conforme os autores já deixaram claro. Ou seja:

Roach afirma preferir sem dúvidas o diálogo franco à qualquer monólogo, seja ele oriundo da supremacia judicial, seja o antigo da soberania do parlamento. O que o diálogo tem o condão de fazer é tornar o debate sobre questões constitucionais sérias mais amplo, aberto, transparente, autoconsciente e crítico, e por essas razões ele pode reforçar o potencial democrático do sistema como um todo. (VICTOR, 2013, p. 151)

Quando questionado sobre a possibilidade de um aumento do ativismo judicial, Hogg e Bushell (2007) entendem que este deverá ser respondido com ativismo legislativo, ou seja, a possibilidade de diálogo existe quando o legislativo pode,

51 Osgood Hall Law Journal. Número 1, Vol. 45

e “pode” aqui entendido no sentido de que “possuem a opção de”, reverter, modificar ou evitar uma decisão judicial. O diálogo só pode ocorrer quando o legislativo reverte, modifica ou evita um *judicial review*. (HOOG; BUSHELL, 2007, p.45).

Todavia, eles admitem que, em que pese haver efetivamente o diálogo no cenário canadense, tendo sido a regra quando investigado em 1997 e novamente na segunda análise em 2007, ele não se apresenta de forma tão proveitosa quanto esperado. De qualquer forma, o diálogo possui a habilidade de tirar o legislativo de certa inércia e omissão quanto à debates constitucionais.

E de fato o legislador é reativo, tendo o costume de responder às decisões proferidas pelas cortes, reduzindo então de forma importante a dificuldade contramajoritária do *judicial review* no modelo canadense⁵²:

Esta conceituação do diálogo propõe uma resposta enérgica e inovadora à preocupações sobre a legitimidade democrática do *judicial review* - se os poderes políticos são capazes de responder às decisões judiciais com as quais eles discordam, a força da dificuldade contramajoritária é superada, ou pelo menos, muito atenuada. (Tradução nossa). (BATEUP, 2006, p.02)

Em outras palavras, do ponto de vista normativo a constituição tem seu significado dado pelo judiciário, como é o caso da Seção 52 da Carta de Direitos Canadense, porém, constata-se que o parlamento/legislativo pode (tem a opção de) responder à interpretação da corte.

Desta forma, em apertada, porém, coerente síntese, Souza (2011, p.38) elabora um rol com as principais características do diálogo institucional:

52 BATEUP, Christine. Expanding the conversation: american and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. “ This conceptualization of dialogue proposes a forceful and novel answer to concerns about the democratic legitimacy of judicial review- if the political branches of government are able to respond to judicial decisions with which they disagree, the force of the countermajoritarian difficulty is overcome, or at least, greatly attenuated”. (2006, p. 02).

Recusa a visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual deve ser exercida também por outros poderes; Rejeita a existência de uma última palavra, ou pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial; Provê mecanismos institucionais para que pessoas e instituições respondam às decisões dos tribunais com as quais não concordam por outros meios que não apenas a emenda constitucional ou a recomposição da corte; Prevêem alguma forma de controle político da possível violação de direitos (e não revisão judicial); Autoriza o controle de constitucionalidade, com a opção do desacordo político; Nutre a esperança que por meio de alguns incentivos institucionais os parlamentos possam levar a sério os direitos.

É nesse viés de aumentar a democracia das decisões proferidas pelo judiciário que o diálogo se constitui como uma excelente ferramenta, e no caso da saúde, como uma necessária ferramenta. A forma mais imediata para se explorar os potenciais dialógicos de nosso sistema é por meio da disseminação de uma cultura menos judicialista, que resgate a dignidade dos demais ramos de representação popular na definição das decisões políticas mais importantes do país.

Ainda tendo como referência a importante análise do diálogo institucional aplicado à Saúde Pública, ao concluir, Souza (2011) afirma que a teoria do diálogo não é contra o controle judicial nem ignora a importante função que o Judiciário teve (e ainda terá) na construção de um Brasil melhor e mais justo. Porém, de fato a teoria do Diálogo é contra:

A supremacia judicial, concebida como prevalência absoluta e irrestrita das decisões judiciais, principalmente STF, em matéria constitucional, sobre os demais atores responsáveis pela disputada interpretação das cláusulas abertas da constituição; O sufocamento dos demais espaços de tomada de decisões coletas da comunidade política e contra posturas que enxergam no Judiciário o guardião único e maior das promessas não cumpridas da constituição; O amesquinhamento da dignidade política e dos representantes populares e contra uma postura ingênua que maximiza defeitos dos Parlamentos e Administração em detrimento da maximização de virtudes dos julgadores; O controle judicial “na base do porrete”, que nega limitações cognitivas e possibilidade de efeitos sistêmicos adversos recorrentes de suas decisões e acredita que, muitas vezes, um controle judicial mais fraco, mais indutivo e menos coercitivo poderá contribuir para melhores respostas. (SOUZA, 2011, p.297)

Dessa forma, a teoria do diálogo quando aplicada à Saúde, ou ao “Direito à saúde”, considera que o Judiciário de fato possui função indispensável à sua proteção e promoção, mas procura “desmistificar” a figura da judicialização no processo de proteção dos direitos sociais, reedificando as bases teóricas para intervenção em tais assuntos, porém sob premissas menos forçadas ou artificiais. Em outras palavras, ao invés do judiciário ser o “guardião da reserva de justiça” da constituição, ele seria considerado um “interlocutor qualificado” (SOUZA, 2011, p. 302), operando como um local privilegiado de voto das decisões majoritárias, aumentando assim o valor da democracia na interação com os demais integrantes do sistema neste árduo e longo processo de implementação dos direitos sociais.

Para compreender a correta aplicação da teoria do diálogo institucional no direito brasileiro, é necessário avançar tanto sobre qual foi o desenho institucional trazido pela Constituição Federal de 1988 sobre o tópico do direito fundamental social à saúde, delineando as disputas ideológicas na construção do texto constitucional e na fixação de seus princípios e diretrizes tais como restaram, até os dias de hoje, sem qualquer alteração constitucional significativa⁵³, quanto de quais as consequências da judicialização excessiva da saúde. Estas questões serão abordadas no próximo tópico.

53 De fato, na Seção II – Da Saúde, na CF/88 verifica-se a existência de apenas quatro emendas, a saber: Emenda Constitucional nº 29, de 13-09-2000 (Que estabelece que o SUS será financiado com recursos da Seguridade Social e prevê percentuais mínimos de aplicação); Emenda Constitucional nº 51, de 14-02-2006 (Que trata dos agentes comunitários de saúde e de combate às endemias); Emenda Constitucional nº 85, de 26-02-2015 (Que atualiza o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação no âmbito do SUS); Emenda Constitucional nº 86, de 17-03-2015 (Que torna obrigatória a execução de programação orçamentária em ações e serviços públicos de saúde, com recursos mínimos previstos).

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: O Sistema Único de Saúde sob controle tácito do judiciário

O presente tópico apresenta dois momentos principais que propiciarão as bases para a compreensão da aplicação do diálogo institucional à judicialização da saúde pública. O primeiro momento consiste basicamente em realizar um resgate detalhado da instalação e funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte como momento ímpar na história constitucional brasileira devido à ampla participação e interesse popular, demonstrando a presença constante do embate ideológico e político pelo texto a ser positivado. Este resgate se dará através dos relatos dos participantes, dos documentos produzidos à época e das próprias propostas de projeto para a área da saúde, demonstrando após quase dois anos de intensos debates a vitória de uma tendência modernizante-socializante no capítulo da saúde na Constituição Federal. Em um segundo momento, será apresentado um resumo de como se encontra o SUS 26 anos depois da aprovação da CF/88, com destaque em um aspecto específico: a chamada judicialização. Através de gráficos e dados sistematizados possibilitando a compreensão do crescente aumento de demandas judiciais e a natureza prejudicial de demandas excessivas que não observam os princípios e diretrizes do SUS, visa-se caracterizar a atual judicialização como prejudicial para o usuário e para a administração pública.

3.1 Sistema Único de Saúde: uma luta popular na constituinte de 1988.

Para discorrer sobre o Sistema Único de Saúde se faz necessário uma breve contextualização de seu processo de criação, que coincide com a luta pela cidadania iniciada de maneira mais consistente no processo da Assembleia Nacional Constituinte (ANC). É no decorrer dos trabalhos da ANC de 1986/1988 que, o então Reitor da Universidade de Brasília, declarou que,

A maioria das nações guardaram os registros dos debates de seus constituintes. Nós também teremos esse registro. Mas talvez nenhum outro momento constituinte, de nenhuma outra

nação, poderá dispor dos registros, dos desejos, de seus cidadãos, tanto quanto a Constituinte brasileira de 1987. (WHITAKER; COELHO; MICHILES, 1989, p.11).

O trecho acima foi retirado de obra da editora Paz e Terra, que se apresentou como uma fonte historiográfica das mais úteis, vez que conforme sua apresentação afirma: “A própria metodologia adotada preocupa-se em permitir que seja ele [o povo brasileiro] o sujeito do discurso, que fatos e ações sejam relatados o mais próximo possível do seu ponto de vista” (WHITAKER, COELHO, MICHILES, 1989, contracapa.). Ainda em trecho extraído da apresentação da obra, observa-se a preocupação em uma publicação “que busca refletir a memória histórica desse processo, e ao mesmo tempo é um meio para o balanço dessa luta popular na Constituinte.” (WHITAKER; COELHO, MICHILES, 1989, p. 10).

Após a derrota da Ditadura Militar que dominou um país durante vinte e um anos (1964-1985), Tancredo Neves, antes mesmo de assumir a presidência da República e poder colocar em prática seu programa de reconstrução nacional composto principalmente pela promulgação de uma nova constituição a ser elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, veio a falecer.

O vice-presidente de Tancredo Neves, José Sarney, foi escolhido em um acordo forjado para conseguir a vitória na eleição indireta realizada no âmbito do famigerado “colégio eleitoral”, previsto na constituição da ditadura civil-militar e em que pese sempre ter estado ao lado de forças autoritárias e retrógradas do regime, deu sequencia as promessas de Tancredo no que tange a convocação de uma constituinte, todavia, procurando conformar ao seu modo o texto da futura constituição.

Nesse sentido, a proposta de emenda constitucional convocando a ANC, aprovada como emenda nº 26 em 27 de novembro de 1985, acabou por não convocar uma assembleia nacional constituinte exclusiva e soberana, como era o clamor da sociedade civil, mas, ao contrário, decidiram os congressistas de

então, temerosos de perder o controle do processo de transição política da ditadura para a democracia, atribuir a tarefa constituinte a um congresso a ser eleito em 1986, desvinculado do compromisso original de Tancredo, no que tange uma constituinte autônoma e exclusiva, livre e soberana.

Essa decisão acabou gerando profundos debates relativos às características e a legitimidade do processo constituinte que se avizinhava. Neste sentido, após diversas manifestações das entidades e movimentos da sociedade civil, a questão da soberania foi retomada na primeira sessão de trabalho da constituinte em 04/02/1987, e resolveu-se em favor do sistema que se instaurava naquele momento, a saber, um congresso com poderes constituintes, porém, com o compromisso de garantir ampla participação popular no processo constituinte. (LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, p.23)

José Afonso da Silva (2013,xxii), salienta que o processo constituinte foi atípico no Brasil, por não provir de fato revolucionário. Salvo as constituintes de 1823 e 1933-34, todas as demais: 1891, 1945, como em 1987-1988 foram Congressos Constituintes ou Constituinte Congressual. Não se fala da formação das Constituições de 1937, 1967 e 1969 porque não foram formadas por processos constituintes legítimos. A primeira, outorgada pelo Chefe de Estado, a segunda por via do Congresso Nacional e a terceira outorgada pela Junta Militar como Emendaº 1 à de 1967. (LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, p. xxvii).

Em acréscimo, José Afonso da Silva (2013) ao citar passagem da obra Direito Constitucional do Professor Iusitano Canotilho (1991, p. 123), ressalta: “Se o procedimento for justo, justo também o conteúdo da Constituição”. Ainda, “Procedimento justo é o que seja a expressão da vontade popular e realize as aspirações do povo”. (CANOTILHO, 1991, p.127).

Dessa forma, apesar de um certo vício de origem, a saber, não ser uma assembleia nacional constituinte, exclusiva e soberana, o congresso constituinte que terminou realizando os debates que resultaram na Constituição de 1988, devido ao seus procedimentos com alta participação popular, como

nunca antes na história constitucional brasileira, preencheu com sobras o requisito de poder constituinte originário legítimo.

Ao lado da crise social e econômica, a crise política e institucional que propiciou o golpe de estado de 1964 tinha raízes mais profundas e distantes na Constituição de 1946, que comparativamente as demais constituições do pós-guerra e mesmo em comparação com a Constituição Brasileira de 1934, apresentavam um perfil marcadamente conservador em termos sociais, ainda que liberal em certa medida, em termos políticos. Daí sua configuração liberal-conservadora⁵⁴. Se o sucesso de uma constituição pode ser, dentre outros critérios, medido pela estabilidade da vida político-institucional, pouco mérito tem a apresentar a carta de 1946, já que em pouco mais de 18 anos assistiu a três tentativas fracassadas de golpes de estado (1954, 1955, 1960) seguida da quarta e última ofensa ao Estado de Direito, dessa feita vitoriosa (1964).

Em 1954, o golpe foi evitado pelo suicídio de Getúlio Vargas; em 1955, após o contra-golpe preventivo do Marechal Lott que garantiu a posse em 1956 do presidente Juscelino Kubitschek, e em 1960, com a aprovação emergencial da emenda constitucional que implantou o parlamentarismo como solução de compromisso para garantir a posse como presidente do vice, João Goulart,

⁵⁴ Para além do próprio José Afonso da Silva, outro grande jurista a caracterizar o caráter liberal-conservador da constituinte e Constituição de 1946 foi Aliomar Baleeiro. Segundo a sua análise no vol. V das Constituições Brasileiras editada pelo Senado Federal, descreve que nas eleições de 1945 para a ANC o PSD foi o partido que alcançou o maior numero de representantes, seguido da UDN, em 2º lugar e o PTB em 3º. Portanto, predominava o campo conservador representando pela aliança majoritária entre PSD-UDN. Ainda segundo Baleeiro a Assembleia instalou-se em fevereiro de 1946 no palácio Tiradentes/RJ e elegeu para presidente Fernando Melo Viana e para Vice Otávio Mangabeira, ambos políticos da República Velha, que após articularem com os partidos majoritários aprovaram um Regimento Interno e designaram 37 membros da Comissão da Constituição, conhecida como “A Grande Comissão” que ficou incumbida de elaborar a nova constituição. Segundo o autor “na grande comissão preponderavam homens de profissões liberais das classes médias, podendo-se deduzir disso o espírito conservador da maioria deles”. (BALEIRO; SOBRINHO. 2001, p.15). Assim, como conclusão e ideia-chave sobre essa constituição afirma: “o texto que foi promulgado no dia 18 de setembro de 1946, caracterizou –se pelas tendências restauradora das linhas de 1891, com as inovações aproveitáveis de 1934, disposição de proteção aos trabalhadores, à ordem econômica, à educação, à família. (BALEIRO, SOBRINHO. 2001, p.55).

devido a renúncia do então presidente Jânio Quadros (FERREIRA, 2011, p.219/262).

Porém, devido ao descompasso entre a ordem jurídica e institucional vigente, lastreada na conservadora constituição de 1946, e as necessárias e indispensáveis reformas sociais, denominadas “reformas de base” como a reforma agrária, reforma política, reforma universitária e outras (BANDEIRA, 2001, p.163) os movimentos e organizações sociais passaram a exigir mudanças na ordem constitucional como forma de garantir direitos secularmente reivindicados. Esta agenda de mudanças terminou por ser assumida pelo presidente João Goulart em discurso público realizado no famoso comício da Central do Brasil, no Rio de Janeiro, no dia 13 de março de 1964 onde o mesmo se comprometeu a enviar-las para deliberação do Congresso Nacional (FERREIRA, 2011, p.341/342).

Denunciadas pela oposição como tentativa de “golpe” contra as instituições, apesar do compromisso assumido pelo presidente de submeter todas as reformas a consulta popular por meio de plebiscito, foi deflagrada uma grande mobilização dos setores médios da população em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, onde se deram as “Marchas da Família com Deus pela Liberdade”. (BANDEIRA, 2001, p.165). Em 1º de abril de 1964 uma movimentação de tropas iniciada no dia anterior, a partir de Juiz de Fora, em Minas Gerais e com destino ao Rio de Janeiro, se consolida um golpe de estado que recebeu de lideranças civis, empresariais e políticas amplo apoio, e teve também a participação e apoio da CIA e do Departamento de Estado estadunidense (FICO, 2014, p. 74/81), hoje amplamente reconhecida e comprovada por documentos desclassificados do próprio governo norte-americano e publicados e traduzidos recentemente ao lado dos textos originais em inglês (TAVARES, 2014, p. 262/315).

Em revisão histórica do golpe e da ditadura “civil-militar” subsequente, que resultou em um período de 21 anos, tem-se a proposta historiográfica recente apresentada por alguns historiadores (REIS FILHO; RIDENTI e MOTTA, 2014, p.11) de antecipar a transição democrática para 1979, com a revogação pela

ditadura do AI-5 no último dia de 1978, ultimando a transição com a aprovação da constituição de 1988 (REIS FILHO, 2014, p.125/148), o que pode trazer alguma clareza para a análise dos movimentos sociais de lutas na área da saúde, como se verá adiante.

A implantação da ditadura, além de cumprir com o seu objetivo de abortar qualquer possibilidade de mudança social por via eleitoral em respeito à vontade democrática, visto que implantou um simulacro de democracia representativa onde não havia liberdade partidária, liberdade de expressão ou mesmo garantia de proteção à vida e a integridade física dos opositores, também interrompeu um longo processo de conscientização da necessidade de reformas na área da saúde pública, que posteriormente, apenas em meados dos anos 70, ressurgiria com o nome de movimento pela Reforma Sanitária.

Sucintamente e com a finalidade de fornecer parâmetros para acompanhar o tema, é possível constatar a construção das políticas sociais de saúde pública no Brasil a partir da revolução de 30, e particularmente com a centralização política administrativa e política do Estado Novo, especialmente com a criação do Departamento Nacional de Saúde (DNS) em 1937, ainda dentro do Ministério da Educação e Saúde Pública (MESP).

É dessa época que se manifesta a chamada setorialização da saúde, consistindo a mesma na dualidade de sua gestão: a assistência médica individual previdenciária, desenvolvida pelo então Ministério do Trabalho Indústria e Comércio (MTIC) e garantida aos proporcionalmente poucos brasileiros com acesso ao mercado formal de trabalho, excluídos a grande massa dos trabalhadores rurais, e a assistência de saúde pública, basicamente gerida e executada por órgãos e institutos ligados ao governo federal, ainda que executados em colaboração com autoridades estaduais, no caso, interventores.

Tal assistência médica-sanitária praticamente estava vinculada ao combate à doenças específicas como a febre amarela, malária, câncer, tuberculose, lepra e doenças mentais, controladas pelo Departamento Nacional de Endemias Rurais até a sua incorporação em 1956 ao Ministério da Saúde, criado em

1953, porém ainda dentro da visão setorializada na gestão dual da saúde (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 27/58).

Com a queda de Vargas e a promulgação da constituição de 1946, as lutas por saúde pública são tomadas por um “otimismo sanitário”, que vê na luta por desenvolvimento social e contra a pobreza um aliado na luta contra a doença, derivando daí um “sanitarismo desenvolvimentista” (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 46/49).

Acompanhando a tomada de consciência da sociedade brasileira no início dos anos 60, também as lutas sociais por saúde acabam por encontrar um forte apoio na realização da 3^a Conferência Nacional de Saúde (3^a CNS), realizada em dezembro de 1963. Seus principais pontos “eram a rediscussão da distribuição de responsabilidades entre os entes federativos, uma avaliação crítica da realidade sanitária do país e uma clara proposição de municipalizações dos serviços de saúde” (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 54). No entanto,

Esse movimento na direção da descentralização, da horizontalidade, da integração das ações de saúde, da ampliação dos serviços e da articulação da saúde com as reformas sociais foi abortado três meses depois pelo golpe militar de 31 de março de 1964. (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 55).

Durante a ditadura civil-militar a setorialização da saúde se agravou ainda mais com a extinção e unificação dos institutos de previdência vinculados aos sindicatos e criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) em 1966. Posteriormente em 1974, foi o mesmo desmembrado com a criação do Instituto Nacional de Previdência Médica da Assistência Social (INAMPS), tendo inicio então a grande expansão da rede física de hospitais e clínicas, principalmente privados, construídas com financiamento público e atuando como prestadores de serviços particulares conveniados ao governo federal, porém sem qualquer sistema de controle ou prioridades definidas, o que caracterizou o período como irracional e perdulário, bem como propício a grande corrupção e consequente crise no início dos anos 80.

O movimento político e institucional de Reforma Sanitária que assumiria o papel de principal protagonista no processo constituinte de 1987-1988 na conformação do capítulo sobre a saúde, surgiu dentro das universidades, durante a década de 60, abrigados nos departamentos de medicina preventiva. (ESCOREL, 2005, p.63/65) e tendo como objeto de crítica essa realidade social.

Através da revisão crítica da teoria preventista liberal de origem americana, de índole individualista e neutra socialmente, para a adoção da visão médica-social e de saúde coletiva (AROUCA, 2003) coube aos pesquisadores, professores e profissionais das áreas de saúde, incluindo as lideranças sociais militantes pelo direito à saúde pública, a criação do CEBES (Centro Brasileiro de Estudos da Saúde) em 1976, e a inspiração à criação da ABRASCO (Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva) em 1979, que desempenharam papel fundamental na formação de gestores para a saúde pública que posteriormente e estrategicamente atuaram na transição do modelo setorial/dual para o Sistema Único de Saúde. (ESCOREL, 2005, p. 67/68).

3.1.1 O processo constituinte: sua implantação e a garantia da participação popular

A ANC foi instalada em 1º de Fevereiro de 1987 e presidida pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro José Carlos Moreira Alves, conforme as diretrizes da Emenda Constitucional nº 26/85 de José Sarney, contando com 559 membros congressistas, e três momentos inaugurais bem delimitados, conforme demonstra-se no quadro abaixo:

Quadro 1 - Instalação inicial da Assembleia Nacional Constituinte

INSTALAÇÃO INICIAL DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE		
<u>1º SESSÃO</u>	01/02/1987	Instalação da ANC.
<u>2º SESSÃO</u>	02/02/1987	Elege-se em votação secreta Ulysses Guimarães como presidente da ANC.
<u>3º SESSÃO</u>	03/02/1987	Discutir o Regimento Interno Provisório (promulgado no dia 06/02/1989). – Resolução 1 – RIANC.

*Fonte: Informações sistematizadas através de informações em “A gênese do texto da Constituição de 1988”. Vol. I – Quadros, 2013.

O Regimento Interno da ANC originou-se do Projeto de Resolução nº 2, de 1987, subscrito pelo Presidente da ANC e pelas lideranças partidárias. Submetido à votação, o Regimento Interno foi aprovado em 19 de março e promulgado em 24 de março de 1987, na forma da Resolução nº 2, de 1987, e facultou a qualquer Constituinte a apresentação, entre outras espécies de proposição, de projeto de resolução, instrumento destinado a regular matéria de caráter administrativo, de natureza regimental ou relativa a consulta plebiscitária. Durante o período de funcionamento da ANC foram apresentados entre os anos de 1987-88, 37 projetos de resolução⁵⁵, conforme consta no site da Câmara dos Deputados. O resultado final foi aprovação de três resoluções:

Quadro 2 - As 3 resoluções do RIANC

AS 3 RESOLUÇÕES DO RIANC		
RESOLUÇÃO nº 1	06/02/1987	Estabeleceu normas preliminares para funcionamento da ANC, até a aprovação de seu Regimento Interno.
RESOLUÇÃO nº 2	25/03/1987	Dispôs sobre o Regimento Interno da ANC. (inclusão dos mecanismos de participação popular como sugestões, audiências públicas e propostas de emendas populares)
RESOLUÇÃO nº 3	06/01/1988	Alterou o Regime Interno da ANC. (intervenção do “centrão” exigindo quórum qualificado para aprovação dos textos)

*Fonte: Quadro sistematizado através de informações e publicações do DANC.

Duas características metodológicas marcaram a Constituinte: o funcionamento concomitante com os trabalhos rotineiros do Congresso Nacional e o início do processo em vinte e quatro diferentes subcomissões temáticas sem nenhum texto básico preliminar (MOREIRA, 1993, p.12). Considerando a classificação

⁵⁵ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividadeelegislativa/legislacao>> Acesso em: 27. Nov. 2015

apresentada pelo Senado Federal (2013), é possível definirmos as etapas do Processo Constituinte em oito momentos principais como segue:

Quadro 3 - **Etapas da constituinte: um panorama**

ETAPAS DA CONSTITUINTE: UM PANORAMA		INÍCIO
ETAPA INICIAL	Sessão solene de instalação da ANC	01/02/1987
1º ETAPA	Elaboração do Regimento Interno	03/02/1987
2º ETAPA	Discussão e instauração das Comissões e Subcomissões Temáticas e da Comissão de Sistematização.	01/04/1987**
3º ETAPA	Reforma do Regimento	07/02/1988
4º ETAPA	Plenário (teve início ainda durante a reforma do RIANC)	07/01/1988
5º ETAPA	Comissão da Redação Final	21/04/1988
ETAPA FINAL	Coleta de assinaturas dos 5 exemplares do Autógrafo em 05 dias.	23/09/1988
PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO EM 05/10/1988		

*Fonte: Quadro sistematizado através de informações da obra A gênese da Constituição, Senado Federal, 2013 p.3-61 e do DANC.

**Data de instalação das Comissões Temáticas.

O RIANC no seu art. 15 institui oito Comissões Temáticas, cada uma com três subcomissões. A saúde foi tratada pela “Comissão da Ordem Social (VII)”, “Subcomissão da Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente”. As oito Comissões Temáticas foram instaladas em 01/04/1987 e as 24 Subcomissões Temáticas em 07/04/1987. Há relato curioso sobre a estratégia de escolha dos nomes das oito Comissões Temáticas e das vinte quatro Subcomissões, em relato do Constituinte Nelson Jobim, como uma autêntica e literal aplicação do Direito Comparado (LIMA, PASSOS, NICOLA, 2013, p.7) e que atualmente são os nomes dos oito títulos da Constituição Federal, digno de relato:

Vocês hão de perguntar: Mas como é que se descobriu o nome das subcomissões? O que vou contar é literal. Surgido o problema, pegamos os três volumes que reuniam as constituições ocidentais editadas pelo Senado, e recortamos com tesoura os títulos, os nomes de títulos e capítulos de todas aquelas constituições. E, durante uma noite inteira, colocando no chão, terminamos a distribuição daquilo tudo. E aí, surgiu o seguinte: houve títulos, ou nome de títulos e capítulos que se reproduziam em todas as constituições. Chamamos então, de matéria absolutamente constitucional. Houve nomes de títulos e de capítulos, que se repetiam na maioria das constituições. Chamamos de matéria relativamente constitucional. E houve um número de títulos e capítulos que se repetiam na minoria das constituições, menos de 50%. Chamamos de matéria relativamente não constitucional. E, por idiossincraticamente (sic) constitucionais. Neste modelo é que foram elaboradas as

25 (sic) subcomissões, que centravam em grandes temas: as 8 Comissões que eram os 08 títulos da constituição hoje.”

Do resultado dessa intensa noite, as comissões e subcomissões foram organizadas da seguinte forma:

Quadro 4 - Comissões e subcomissões temáticas da ANC

COMISSÕES E SUBCOMISSÕES TEMÁTICAS DA ANC	
I - Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher	
I- a - Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais	
I-b - Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias	
I-c - Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais	
II - Comissão da Organização do Estado	
II-a - Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios	
II-b - Subcomissão dos Estados	
II-c - Subcomissão dos Municípios e Regiões	
III - Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo	
III-a - Subcomissão do Poder Legislativo	
III-b - Subcomissão do Poder Executivo	
III-c - Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público	
IV - Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições	
IV-a - Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos	
IV-b - Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança	
IV-c - Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas	
V - Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças	
V-a - Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas	
V-b - Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira	
V-c - Subcomissão do Sistema Financeiro	
VI - Comissão da Ordem Econômica	
VI-a - Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica	
VI-b - Subcomissão da Questão Urbana e Transporte	
VI-c - Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária	
VII - Comissão da Ordem Social	
VII-a - Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos	
VII-b - Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente	
VII-c - Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias	
VIII - Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação	
VIII-a - Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes	
VIII-b - Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação	
VIII-c - Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso	

Fonte: Quadro sistematizado através de informações da obra: “A gênese da Constituição”, do Senado Federal, 2013, p.8.

Conforme obra disponível em formato digital na biblioteca da câmara dos deputados, intitulada “Audiências Públicas na Assembleia Nacional Constituinte”, em sua introdução os autores afirmam, “em torno de apenas três semanas, foram realizadas cerca de 200 reuniões, sendo ouvidos,

simultaneamente, os mais diferentes setores da sociedade brasileira" (BACKES, AZEVEDO E ARAÚJO, 2013, p.10.). Utilizando a base de dados do sistema APEM, no título a que se dedica o presente estudo, a situação da subcomissão VII-B, integrante da Comissão VII - Da ordem social foi a seguinte:

Quadro 5 - Quantidade de emendas e quantidade de artigos dos Anteprojetos na subcomissão VII-B (Saúde, Seguridade Social e Meio Ambiente)

Quantidade de emendas e quantidade de artigos dos Anteprojetos na subcomissão VII-B (Saúde, Seguridade Social e Meio Ambiente)		
Artigos no Anteprojeto do Relator		26
Emendas		327
Resultado das emendas	Aprovadas	55
	Parcialmente aprovadas	48
	Rejeitadas	166
	Prejudicadas	47
	Retiradas	1
	Não Informado	10
Artigos no Anteprojeto da Subcomissão		48

* Fonte: Informações Retiradas da Tabela 2: Quantidade de emendas e quantidade de artigos dos Anteprojetos nas Subcomissões Temática, na obra: "A gênese da Constituição", do Senado Federal, 2013. p.10.

Euleutério Rodrigues Neto, médico diretor do Núcleo de Estudos em Saúde Pública (NESP) da Faculdade de Ciências da Saúde da UNB à época, foi testemunha ocular do processo da Constituinte na Subcomissão da Saúde e exerceu o papel informal de "relator" das propostas populares, afirma que deve-se também levar em conta que a participação popular na Constituinte não pode ser aferida apenas pela apresentação de "emendas populares" ou pela dimensão das suas subscrições. Isso porque é preciso se considerar as outras etapas do processo constituinte em que houve possibilidade de que as entidades populares fossem ouvidas e pudessem contribuir para a formação da opinião dos constituintes, influindo, assim, nos resultados obtidos (RODRIGUEZ NETO in MICHILES, 1989, p.340). Abaixo é possível verificar todas as formas de participação disponíveis:

Quadro 6 - Formas de participação popular na constituinte

FORMAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONSTITUINTE		
Instrumentos	Artigo do RIANC	Texto legal
SUGESTÃO	Art. 13, §11	As Assembleias Legislativas, Câmaras de Vereadores e aos Tribunais, bem como às entidades representativas de segmentos da sociedade fica facultada a apresentação de sugestões , contendo matéria constitucional, que serão remetidas pelo Presidente da Assembleia às respectivas subcomissões.
AUDIÊNCIA PÚBLICA	Art. 14	As subcomissões destinarão de 5 (cinco) à 8 (oito) reuniões para audiência de entidades representativas de segmentos da sociedade, devendo, ainda, durante o prazo destinado aos seus trabalhos, receber as sugestões encaminhadas à Mesa ou comissão.
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUINTE	Art. 24.	Fica assegurada, no prazo estabelecido no §1º do artigo anterior, a apresentação de proposta de emenda ao Projeto de Constituição, desde que subscrita por 30.000 (trinta mil) ou mais eleitores brasileiros, em listas organizadas por, no mínimo, 3 (três) entidades associativas, legalmente constituídas, que se responsabilizarão pela idoneidade das assinaturas, obedecidas as seguintes condições: [...]

*Fonte: Quadro sistematizado através de informações extraídas da Resolução nº2 da ANC, publicada no DANC em 25/03/1987.

Dessa forma, os mecanismos de sugestão, audiência pública e principalmente o de proposta de emenda à constituinte propiciaram a maior participação popular em um processo constituinte de toda a história política brasileira, mobilizando permanentemente durante o período dos trabalhos constituintes milhares de pessoas em todo Brasil conquistando a manifestação por meio de assinaturas apostas às propostas de emenda popular de milhões de brasileiros.

3.1.2 Direito à saúde e sistema único de saúde: uma luta antes, durante e depois da ANC

É pacífico o entendimento que o Sistema Único de Saúde possui princípios que têm sua raiz diretamente no texto constitucional: a) a universalidade (artigo

196), b) a integralidade (artigo 198 - II), c) a equidade - acesso universal e igualitário - (artigo 196)d) a descentralização (artigo 198 - I), e e) a participação social (artigo 198 - III).

Se atualmente o presente entendimento é pacífico, o mesmo não pode ser dito a respeito da construção de suas bases. Vários princípios e diretrizes do que viria a ser o novo sistema de saúde brasileiro também estavam presentes em um documento proposto pela Comissão Nacional da Reforma Sanitária, que será tratado mais adiante, são elas: a unicidade do sistema, a universalização da cobertura, a regionalização e hierarquização da rede de serviços, a acesso da população a todos os níveis de atenção à saúde (integralidade de atendimento), a descentralização político administrativa com autonomia local participação popular nas definições de metas e prioridades do sistema (BACKES; AZEVEDO; ARAÚJO, 2009 p.464).

Os constituintes atuantes na área da saúde eram em sua maioria médicos com experiência profissional e administrativa junto à rede pública de serviços. Seus principais destaques foram Adylson Motta, Geraldo Alckmin, Maria de Lourdes Abadia, Raimundo Rezende e Eduardo Jorge. Em que pese não terem sido constituintes, os médicos Sérgio Arouca e Eleutério Rodriguez Neto foram nomes decisivos para o desenvolvimento das propostas, tendo em vista o trabalho que ambos desenvolveram na VII Conferência Nacional de Saúde, promovida pelo Ministério da Saúde, que acabou por ficar conhecida como “pré-constituinte” (BACKES; AZEVEDO; ARAÚJO, 2009, p.461).

Desta conferência é que surgiu a Comissão Nacional de Reforma Sanitária, instituída pelos ministros da Saúde, Previdência Social e Educação, que seria mais tarde responsável pela formulação da proposta para o setor da saúde a ser levada à ANC. De acordo com as atas, o relato do Constituinte Carlos Mosconi resume a situação:

Dentre as propostas que recebi, na área da saúde, talvez a mais abrangente de todas, de uma entidade, seja esta da Comissão Nacional de Reforma Sanitária, já uma proposta em termos constitucionais". (DANC – SUPLEMENTO, 16/07/1987 in BACKES; AZEVEDO; ARAÚJO, 2009,p.461).

De fato, antes mesmo da oitiva dos depoentes e do início dos debates, a proposta da Comissão Nacional da Reforma Sanitária recebia especial atenção dos constituintes, a ponto de Adylson Motta sugerir que tal proposta fosse transformada na regra básica de trabalho da subcomissão (DANC-Suplemento, 16/07/1987, p.123)

A premissa principal da VIII Conferência, e que mais tarde virou paradigma da Constituinte é a de que era necessária uma reforma sanitária. De acordo com relato do Dr. Sérgio Arouca, ao fazer uma análise da situação da saúde afirma “Cada lugar em que se procura fazer uma análise crítica e séria, nos defrontamos com esta constatação absolutamente objetiva: é um sistema ineficiente e incompetente”. (DANC- Suplemento, 19/07/1987, p.147)

O tal sistema à época era resultado da insuficiência de recursos para a saúde, da multiplicidade de órgãos atuando muitas das vezes de forma sobreposta e fragmentada, da baixa qualidade dos serviços e o acesso à saúde curativa apenas aos cidadãos conveniados ao Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social – INAMPS, deixando claro a necessidade de uma extensa reforma no sistema de saúde brasileiro, que era, conforme afirmou o coordenador da Comissão Nacional de Reforma Sanitária: “falido, de cima a baixo”. (DANC. Suplemento, 17/07/1987. p.194)

Cristina Albuquerque Rosa, coordenadora dos Grupos Técnicos da Comissão de Reforma Sanitária e funcionária da Fundação Oswaldo Cruz fez manifestação que reflete de forma muito clara um dos que seriam os principais pontos da discussão da subcomissão em tela e que aqui vale ser colocada:

Então, a grande contribuição dessa proposta aqui [da Comissão de Reforma Sanitária] é no sentido de uma unificação do sistema de saúde, de forma que tenhamos um único ministério capaz de formular efetivamente uma política nacional de saúde para este país. (DANC – Suplemento, 17/07/1987, p.193).

A descentralização da saúde foi encampada como uma das principais reivindicações do setor da saúde. A perda de autonomia a nível municipal que ocorreu ao longo do período militar, compeliu os municípios a exercerem ações

apenas complementares na área. (BACKES; AZEVEDO; ARAÚJO, 2009, p.465).

Todavia, essa reorganização do sistema de saúde somente faria sentido, no entanto, com a participação da população nos diversos níveis de decisão, proposta esta também preconizada na proposta da Comissão. Tal participação seria assegurada, de acordo com o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES), por meio da criação de conselhos de saúde democráticos em todos os níveis. Para tal, seria necessária a reformulação do Conselho Nacional de Saúde. (BACKES; AZEVEDO; ARAÚJO, 2009, p.466).

Desta forma, o pilar principal para a estruturação do novo sistema de saúde, que mais tarde daria origem ao art. 196 da Constituição Federal era a noção de saúde como direito de todo cidadão, sem qualquer discriminação, e dever do Estado, no que diz respeito à sua promoção, proteção, recuperação e reabilitação. A proposta da Comissão Nacional de Reforma Sanitária representava uma profunda mudança na organização da saúde no país, começando pela reformulação do próprio conceito de saúde.

3.1.3 Origens e atuação do bloco ideológico do “Centrão” e a vitória do bloco modernizante-socializante na construção da saúde pública na CRFB/88

No decorrer das audiências públicas as divergências entre os depoentes se materializaram no debate público versus privado, que foi marcado por posições fortemente ideológicas. Em sua maioria, os depoentes posicionavam-se contra um sistema de saúde “privatizante”, em que a saúde é tratada como uma simples mercadoria sujeita à lei de mercado.

A partir do relato de Eleutério Rodriguez Neto, em termos doutrinários é possível se identificar três tendências de interesse na discussão da Saúde Pública durante a Constituinte, conforme o quadro abaixo:

Quadro 7 - Tendências das emendas populares

TENDÊNCIAS DAS EMENDAS POPULARES	
Tendência	Características
CONSERVADORES	<ul style="list-style-type: none"> - pretende manter os privilégios historicamente acumulados através da política ainda hegemônica no setor de prestação de serviços de saúde. - operação majoritária pelo setor privado lucrativo. - alegação de princípios de livre mercado para mascarar que a atividade dali desenvolvida não apresentaria os riscos próprios do capitalismo. - qualidade da atenção absolutamente comprometida pelo objetivo mercantil, determinante de condutas aéticas em relação ao paciente, e corrupta em relação ao recurso público. - Assinaturas colhidas principalmente dentre os funcionários das próprias empresas. Não houve qualquer tentativa de coleta de assinaturas junto à população em geral.
MODERNIZANTES	<ul style="list-style-type: none"> - conjunção de interesses entre as posições liberais e de um capitalismo moderno. - supõe papel compensatório do setor social. - parte do princípio de que a sobrevivência do regime democrático liberal e do próprio capitalismo depende da possibilidade de paz social, e portanto, satisfação mínima das necessidades básicas da população. - tolera a presença estatal na prestação de serviços essenciais, entre eles os de saúde. - aceita a participação privada em bases efetivamente de mercado, mas assegurando a universalização do atendimento nos serviços públicos ou controlados pelo Estado. - reage a qualquer tentativa de estatização geral (seja dos serviços de atenção às pessoas, seja da Indústria de medicamentos e equipamentos).
SOCIALIZANTES (ou estatizante)	<ul style="list-style-type: none"> - parte do princípio de que um Estado verdadeiramente democrático é aquele que distribui equitativamente a riqueza nacional e assegura o acesso universal e igualitário dos seus cidadãos aos bens e serviços. - a saúde se coloca como objetivo a ser alcançado através da própria organização social e não como condição de preservação do regime.

*Fonte: WHITAKER, Francisco. COELHO, João Gilberto Lucas. MICHILES, Carlos et all. Cidadão Constituinte: A saga das emendas populares. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p.346.

É da aliança entre as duas últimas tendências, quais sejam, a modernizante e socializante é que emergiu a base de sustentação política para as propostas majoritárias na Constituinte à época. De fato, a própria emenda popular apresentada pela “Plenária Nacional da Saúde” contemplou esta aliança ao admitir a presença do setor privado, contratado sob forma do direito público, porém como executor de políticas públicas, sujeitos à gestão e supervisão do pretendido sistema único de saúde.

Mesmo assim, cumpre destacar que vários participantes da plenária de saúde, entre eles a CUT e a CONAM – Coordenação Nacional de Associação de

Moradores, posicionaram-se contrariamente à participação do setor privado na prestação de serviços de saúde à população, assumindo uma postura claramente favorável à estatização do setor. (BACKES, AZEVEDO, ARAÚJO, 2009, p. 467).

Foi a insatisfação dos setores conservadores do congresso nacional/constituinte com o teor do texto constitucional aprovado pela comissão de sistematização é que terminou por justificar a constituição de um bloco suprapartidário autodenominado “Centro Democrático”, mais conhecido por “Centrão” (RODRIGUEZ NETO, 2003, p.), que terminou por envolver os representantes mais conservadores do PMDB, PFL, PTB, PDS e demais partidos com representação no congresso eleito em 1986. Sua origem porém, pode ser identificada em um grupo de oposição interna situado dentro do PMDB, em contraposição à liderança de seu presidente, Ulisses Guimarães.

O “Centrão”, assumindo-se como representantes da “vontade média” do povo brasileiro, decidiu propor um projeto de resolução para mudar o regimento interno, a fim de permitir a apresentação de emendas substitutivas globais. Com a aprovação da mudança, apresentou o “Centrão” o seu projeto de constituição, firmado por mais de 280 constituintes e que praticamente afastava o projeto elaborado pela comissão de sistematização. Outro bloco parlamentar, denominado “Grupo dos 32”, de feição liberal e comandado pelo senador José Richa, também apresentou um substitutivo global denominado “Hércules IV”. Coube ao senador Mário Covas, um dos principais líderes do PMDB à época, a defesa do projeto da comissão de sistematização. Por meio do mecanismo regimental de “fusão de emendas”, buscou-se um consenso entre o projeto do “Centrão” e o da comissão de sistematização, no qual o texto final passou a ser votado e aprovado capítulo a capítulo (RODRIGUEZ NETO, 2003, p.75 e 77).

No tocante ao capítulo sobre a saúde, o relato do autor é que o grande debate levantado pelo “Centrão” foi a “denúncia” e o combate da “estatização” do setor, que estaria previsto no projeto da comissão de sistematização. Constatou o autor que “Essa bandeira uniu os representantes dos setores

hospitalar privado, da medicina de grupo, das cooperativas médicas e o setor liberal da medicina" (RODRIGUEZ NETO, 2003, p.78).

A defesa das reivindicações do movimento sanitarista, representada pela articulação denominada "Plenária da Saúde", em sessão permanente e com a participação de delegações de vários estados, inclusive secretários estaduais e municipais de saúde, passaram a acompanhar e participar dos debates com os constituintes, o que os representantes do setor privado também fizeram (RODRIGUEZ NETO, 2003, p.82).

Por fim, o acordo firmado permitiu a participação do setor privado no oferecimento de serviços à saúde e pagos com recursos públicos apenas como prestadores no âmbito do SUS, regulados e valorados conforme contratos de direito público (RODRIGUEZ NETO, 2003, p.83).

Em termos gerais, a redação final do capítulo sobre a saúde significou uma vitória e uma grande conquista popular, dado a conjuntura majoritariamente conservadora que se manifestou nas fases finais da ANC, inclusive, devendo-se levar em conta a derrota dos segmentos populares em outros temas sociais no texto final da constituição, como por exemplo, o tema da reforma agrária. Assim, a partir da promulgação dessa nova Constituição Cidadã, as políticas públicas de saúde passaram a ser orientadas pelos princípios da universalidade e equidade no acesso às ações e serviços e pelas diretrizes de descentralização da gestão, integralidade do atendimento e participação da comunidade.

3.2 O SUS (com)prometido: O SUS prometido pela CF/88 e comprometido pela judicialização

Após 26 anos de funcionamento desde a promulgação das Leis Orgânicas da Saúde – Lei nº 8.080 e Lei nº 8.142, ambas de 1990 -, o SUS se mostra como uma das maiores políticas públicas brasileiras de inclusão social: protegeu aos

indigentes e famílias inseridas no mercado informal de trabalho, que antes não tinham acesso aos serviços públicos de saúde da Previdência Social, devido à adoção da universalização do acesso à saúde; mudou a forma de organização dos serviços de saúde, com a adoção do princípio da integralidade no atendimento à saúde, aumentando a oferta de atenção primária e iniciando um processo regulado de acesso aos serviços de maior complexidade e proporcionou uma rápida melhoria nos indicadores básicos de saúde da população brasileira, como aqueles associados aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (MÉDICI, 2014, p.1).

Todavia, diante de seu rápido crescimento, da visibilidade pública e das promessas associadas ao sistema, o SUS criou muitas expectativas que em certa medida se frustraram. Para ilustrar esse cenário em 2002, 59% dos brasileiros, de acordo com a pesquisa IBOPE-CNI, aprovavam as políticas de saúde do Governo Federal. Este percentual, de acordo com as mesmas fontes e metodologias de pesquisa, passou para 19% em junho de 2014 (MÉDICI, 2014, p.1).

O CEBES - Centro Brasileiro de Pesquisa em Saúde demonstrou que foram considerações como a demora no atendimento na rede pública; a falta de equipamentos e investimentos de saúde e a falta de médicos e profissionais de saúde que ocasionaram a queda da aprovação das políticas de saúde. De acordo com as pesquisas, a insatisfação é maior entre os habitantes das Regiões Metropolitanas, onde tem sido menor a oferta de Programas como o de Saúde da Família (PSF).

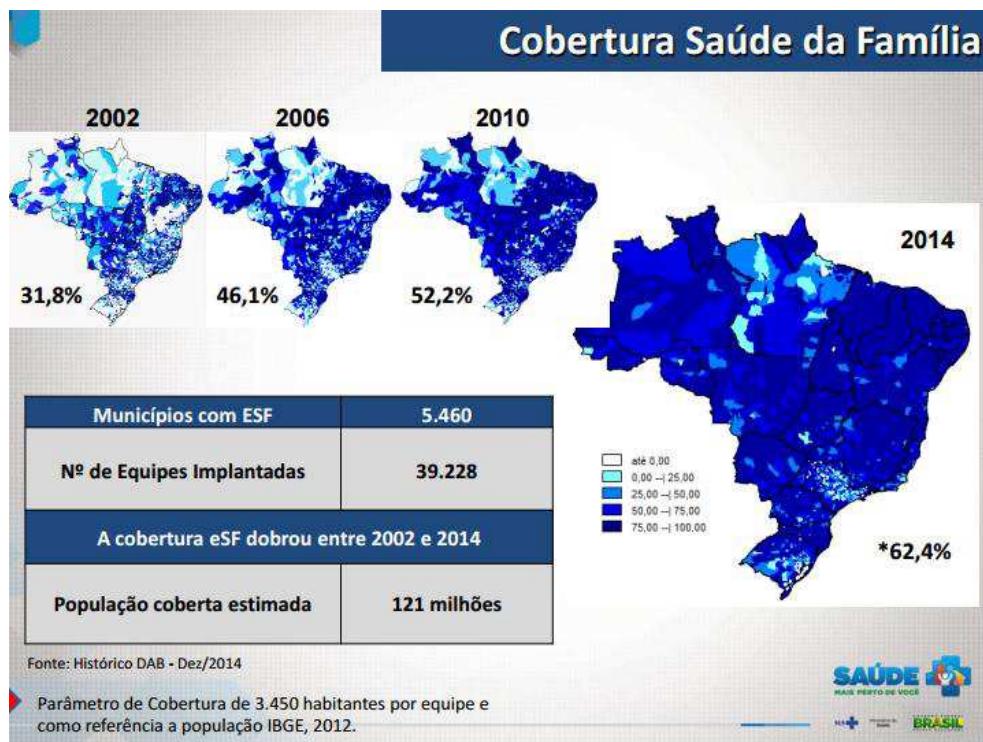
Aliado a isto, em estudo organizado por Lenir Santos e Fernanda Terrazas em 2014, aparentemente existem dois principais fatores responsáveis pelo descumprimento da garantia do acesso universal e atendimento integral à saúde: a gestão deficiente em razão da falta de coordenação entre os vários serviços, somada ao subfinanciamento do sistema.

Segundo a Associação Brasileira de Saúde Coletiva - ABRASCO, a cobertura da PNAB – Política Nacional da Atenção Básica do SUS avança e hoje cobre 72% da população brasileira. A PNAB é resultado da experiência acumulada de vários atores envolvidos historicamente com o desenvolvimento e a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS), como movimentos sociais, usuários, trabalhadores e gestores das três esferas de governo. No Brasil, a atenção básica (AB) é desenvolvida com alto grau de descentralização, capilaridade e próxima da vida das pessoas, devendo ser o contato preferencial dos usuários, a principal porta de entrada e o centro de comunicação com toda a Rede de Atenção à Saúde.

Abarcando esse percentual de cobertura, a ESF- Estratégia de Saúde da Família⁵⁶, atende 62% da população. Esta estratégia visa à reorganização da atenção básica no País de acordo com os preceitos do SUS e é tida pelo Ministério da Saúde e gestores estaduais e municipais como estratégia de expansão, qualificação e consolidação da atenção básica por favorecer uma reorientação do processo de trabalho com maior potencial de aprofundar os princípios, diretrizes e fundamentos da atenção básica, de ampliar a resolutividade e impacto na situação de saúde das pessoas e coletividades, além de propiciar uma importante relação custo-efetividade. Com 39.000 equipes de Saúde da Família e 40.000 Unidades Básicas de Saúde, o programa tem avançado em cobertura, conforme quadro abaixo:

⁵⁶“Um ponto importante é o estabelecimento de uma equipe multiprofissional (equipe de Saúde da Família – eSF) composta por, no mínimo: (I) médico generalista, ou especialista em Saúde da Família, ou médico de Família e Comunidade; (II) enfermeiro generalista ou especialista em Saúde da Família; (III) auxiliar ou técnico de enfermagem; e (IV) agentes comunitários de saúde. Podem ser acrescentados a essa composição os profissionais de Saúde Bucal: cirurgião-dentista generalista ou especialista em Saúde da Família, auxiliar e/ou técnico em Saúde Bucal”. Disponível em: http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_esf.php. Acesso em 05/11/2016.

Quadro 8 - Evolução da cobertura do programa de Saúde da Família.



Fonte: Política Nacional de Atenção Básica: Situação e perspectivas. ABRASCO, 2015.

Uma das principais dificuldades na ampliação da cobertura da Estratégia de Saúde da família são as limitações estruturais dos municípios desassistidos em cumprir os requisitos para receber os recursos federais para instalar o Programa, entre eles a falta de profissionais, o que tem sido gradualmente melhorado pelo Programa Mais Médicos do Governo Federal.

No que tange os gastos totais de saúde no Brasil, os números tem crescido muito nos últimos anos. Entre 2000 e 2010 passaram de 7,2% para 9% do PIB. O gasto público também, de 40% para 47% do gasto total em saúde. O financiamento federal para o PAB (Piso de Atenção Básica) aponta o aumento total entre 2010 e 2014 de 105%, passando de R\$ 9,79 bilhões em 2010 para 20,08 bilhões em 2014.

O Piso Nacional da Atenção Básica é mecanismo de financiamento do SUS que altera a lógica do pagamento por produção, modelo este muito criticado pro dar ênfase ao financiamento da doença em detrimento da atenção integral

à saúde e privilegiar as localidades que já possuem estrutura de serviços.(Ministério da Saúde, 2001, p.5). Desta forma, as prefeituras param de ser vistas como prestadores de serviços e o secretário passa a assumir o papel de gestor do SUS, a partir da elaboração de planos de ações em saúde de acordo com a realidade local. Assim a valor per capita repassado pelo governo federal aos municípios, somado às transferências estaduais e recursos municipais, destinam-se ao custeio de procedimentos e ações da Atenção Básica.

Quadro 9 - **Evolução do Financiamento Federal da Atenção Básica.**

Evolução do Financiamento Federal						
Ano	PAB fixo	PAB variável	Estruturação + Construção e Ampliação	Emendas Parlamentares	Total s/ Emendas	Total c/ Emendas
2010	R\$ 3,65 Bi	R\$ 5,92 Bi	R\$ 147 Mi	R\$ 73 Mi	R\$ 9,71 Bi	R\$ 9,79 Bi
2011	R\$ 4,44 Bi	R\$ 7,19 Bi	R\$ 761 Mi	R\$ 118 Mi	R\$ 12,38 Bi	R\$ 12,50 Bi
2012	R\$ 4,42 Bi	R\$ 8,31 Bi	R\$ 633 Mi	R\$ 497 Mi	R\$ 13,36	R\$ 13,86 Bi
2013	R\$ 5,22 Bi	R\$ 9,44 Bi	R\$ 1,46 Bi	R\$ 504 Mi	R\$ 16,11 Bi	R\$ 16,62 Bi
2014	R\$ 5,29 Bi	R\$ 11,17 Bi	R\$ 1,72 Bi	R\$ 1,9 Bi	R\$ 18,18 Bi	R\$ 20,08 Bi
Variação 2010-2014	R\$ 1,64 Bi 44%	R\$ 5,25 Bi 88%	R\$ 1,57 Bi 1070 %	R\$ 1,82 Bi 2502%	R\$ 8,47 Bi 87%	R\$ 10,29 Bi 105%

Fonte: Política Nacional de Atenção Básica: Situação e perspectivas. ABRASCO, 2015

Todavia esse crescimento não foi suficiente para cumprir o que está garantido na CF/88: Mais da metade dos gastos em saúde no Brasil ainda são privados, sendo pagos por famílias ou por empresas para seus trabalhadores. Segundo a ANS – Agencia Nacional de Saúde Suplementar, em setembro de 2016⁵⁷ havia um total de 48.301.667 milhões de brasileiros usuários de planos privados de saúde, revelando que apenas 25% da população brasileira possui plano privado: ou seja, 75% da população depende exclusivamente do SUS. No

⁵⁷ ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar.Dados Gerais. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em 05/11/2016.

quadro abaixo é possível identificar a evolução dos números ano a ano, entre 2006 e 2016.

Quadro 10 - Beneficiários de planos privados de saúde no Brasil (2006-2016)

Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil - 2006-2016)

Ano	Beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia	Beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos
Dez/2006	37.248.388	7.349.643
Dez/2007	39.316.313	9.164.386
Dez/2008	41.468.019	11.061.362
Dez/2009	42.561.398	13.253.744
Dez/2010	44.937.350	14.514.074
Dez/2011	46.027.972	16.904.560
Dez/2012	47.728.858	18.963.206
Dez/2013	49.370.451	20.187.409
Dez/2014	50.397.541	21.140.413
Dez/2015	49.397.350	22.011.674
Set/2016	48.301.667	22.157.280

Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS - 09/2016

Verifica-se que entre 2006 e 2014, o número de usuários foi crescente, com aumento médio na casa da 3% ao ano. Todavia, a partir de 2014, verifica-se um recolhimento do setor, na mesma proporção para os anos de 2015 e 2016. A maior taxa se dá entre os anos de 2015 e 2016, no qual calcula-se que no período de um ano, aproximadamente de 1,6 milhão de brasileiros deixaram de ter plano de saúde. Em maio de 2015, haviam 50.183.430 milhões beneficiários de planos de assistência médica, enquanto que em maio de 2016 esse número caiu para 48.623.463 milhões, uma redução de 3,1%.

Como uma política pública de saúde ainda em construção, o SUS ainda está longe de se configurar nos moldes do pretendido no texto constitucional, a saber, atendendo aos princípios da universalidade e integralidade. Com mais

de 75% da população brasileira dependente do SUS, a judicialização se apresenta como uma das possíveis vias de acesso à justiça a aqueles que querem ver suas garantias constitucionais atendidas. Porém tal acesso se dá a um custo literalmente muito alto. É o que segue no próximo item.

3.2.1 Os efeitos da judicialização da saúde pública no Brasil

Em estudo realizado pela Advocacia Geral da União (2013) foi identificado que o maior problema das ações judiciais em saúde é o gasto desordenado que estas promovem nos serviços assistenciais, e em especial nos medicamentos. Conforme se verificará adiante, nota-se a existência de municípios que utilizam toda sua verba de saúde para atendimento de uma única ação judicial, de forma que o impacto da judicialização da saúde, em diversos casos, tem sido devastador, mesmo com o favorecimento que este ente possui no sistema de transferências fiscais⁵⁸.

Não foi previsto na Constituição a competência para o fornecimento de medicamentos, insumos e demais serviços de assistência à saúde, mas sim na Lei nº 8.080/90 que tal competência foi atribuída em seus art. 16 e 17, ficando estabelecido que os serviços alta complexidade⁵⁹ são de competência dos

58 O atual sistema de transferências fiscais no Brasil permite que quase todos os ganhos relativos sejam apropriados pelos municípios e a receita per capita seja maior nos município de até cinco mil habitantes do que nas capitais, o que demonstra que este sistema tributário favorece os municípios de pequeno porte. (Arretche, 2004, Oliveira, 2006).

59 "Conjunto de procedimentos que, no contexto do SUS, envolve alta tecnologia e alto custo, objetivando propiciar à população acesso a serviços qualificados, integrando-os aos demais níveis de atenção à saúde (atenção básica e de média complexidade). As principais áreas que compõem a alta complexidade do SUS, e que estão organizadas em "redes", são: assistência ao paciente portador de doença renal crônica (por meio dos procedimentos de diálise); assistência ao paciente oncológico; cirurgia cardiovascular; cirurgia vascular; cirurgia cardiovascular pediátrica; procedimentos da cardiologia intervencionista; procedimentos endovasculares extracardíacos; laboratório de eletrofisiologia; assistência em traumato-ortopedia; procedimentos de neurocirurgia; assistência em otorrinolaringologia; cirurgia de implante coclear; cirurgia das vias aéreas superiores e da região cervical; cirurgia da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; procedimentos em fissuras lábio palatais; reabilitação protética e funcional das doenças da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; procedimentos para a avaliação e tratamento dos transtornos respiratórios do sono; assistência aos pacientes portadores de queimaduras; assistência aos pacientes portadores de obesidade (cirurgia bariátrica); cirurgia reprodutiva; genética clínica; terapia nutricional; distrofiamuscular progressiva; osteogênese imperfecta; fibrose cística e reprodução assistida. Os procedimentos da alta complexidade encontram-se relacionados na tabela do SUS, em sua maioria no Sistema de Informação Hospitalar do SUS, e estão também no Sistema de Informações

Estados e da União. Somado a este cenário, tem-se as Portarias nº 2.577/GM de 27 de outubro de 2006 e nº 1.321 de 05 de junho de 2007, que dispõem sobre a parceria entre os Estados e o Distrito Federal, que por sua vez se ocupa da aquisição de distribuição dos medicamentos de caráter excepcional.

Em que pese as disposições dos normativos supracitados quanto à aquisição e distribuição de medicamentos e procedimentos de alta complexidade, e principalmente a desobrigação dos municípios em fornecê-los, o entendimento do Judiciário vem sendo outro: a responsabilidade é solidária entre os entes da federação, vez que a competência constitucional é comum na formulação e execução de políticas de saúde. O que ocorre na prática é a responsabilização solidária, na qual os três entes figuram como polo passivo das decisões judiciais, com a cobrança recaindo sobre o gestor municipal, dada a proximidade do cidadão que pleiteia o atendimento.

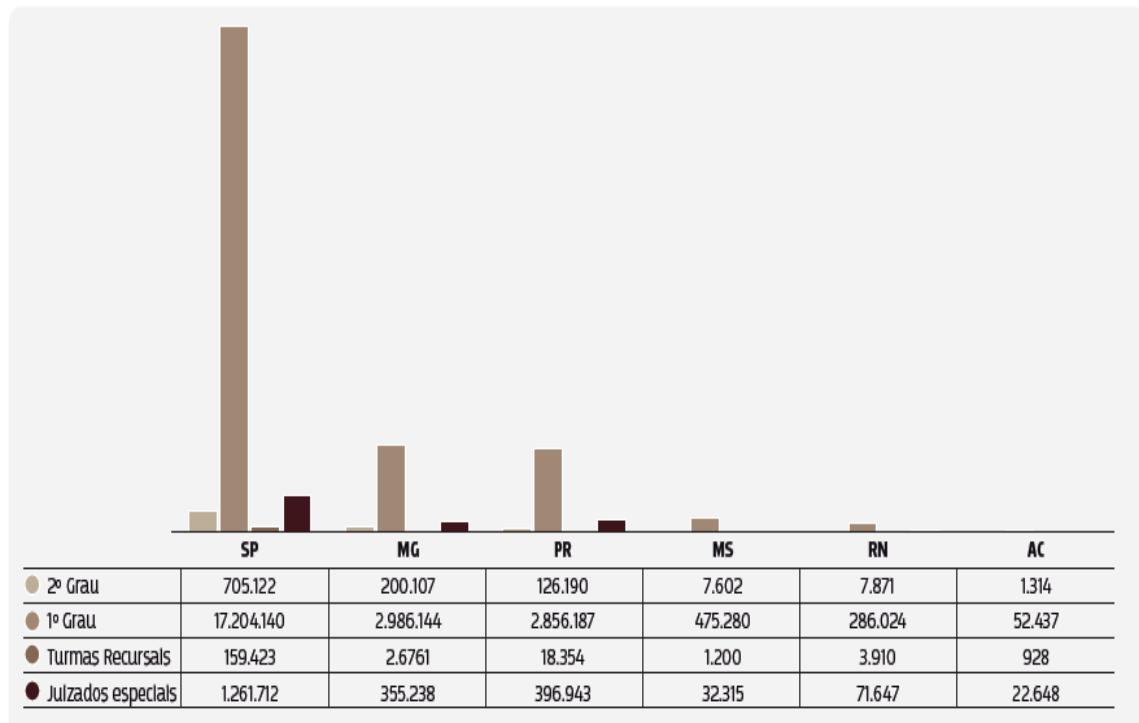
É o caso, por exemplo, do município de Campinas-SP que em 2009 destinou 16% do orçamento total para medicamentos judicializados, ou seja, reverteu a atenção de 900 mil habitantes em prol do cumprimento de apenas 86 demandas judiciais. Outro exemplo é o caso de Buritama-SP, uma cidade de 15 mil habitantes, que em 2011, utilizou mais da metade de seu orçamento total de medicamentos (R\$ 650mil /ano) para o cumprimento de medidas judiciais. Um paciente demandou judicialmente uma cirurgia de implante de eletrodos para amenizar o mal de Parkison, utilizando quase 20% do orçamento anual do município (FLEURY. 2014, p.112).

Os dados oficiais relativos à judicialização da saúde são muito precários, não estando em sua maioria disponíveis ou sistematizados para análise. Atualmente, a fonte mais completa e mais recente disponibilizada para consulta sistematizada dos números dos processos constam no relatório “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça. Mais especificamente elaborado

Ambulatorial em pequena quantidade, mas com impacto financeiro extremamente alto, como é o caso dos procedimentos de diálise, da quimioterapia, da radioterapia e da hemoterapia” (CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Saúde Pública - Atenção de Média e Alta Complexidade no SUS. 1 ed. Brasília, 2007.p, 18-19.)

para a Judicialização da Saúde, foi construído o relatório “Justiça pesquisa: judicialização da saúde no Brasil. Dados e experiências.” Neste último relatório do CNJ, os dados compilados mais atualizados dizem respeito ao dados de 2012, com informações apenas dos seis tribunais selecionados para pesquisa⁶⁰.

Gráfico 1 - **Processos relativos à demandas de saúde em estoque - 2012**



*Fonte: CNJ. Justiça pesquisa: judicialização da saúde no Brasil. Dados e experiências, 2015.

Observa-se que, em 2012, o Estado de São Paulo contava com 17.204.140 milhões de ações de demandas em saúde apenas em primeiro grau. Se consideradas todas as ações em estoque chega-se ao um total de 19.330.397 milhões de ações, número este muito relevante quando comparado ao censo - IBGE - 2011, apontando um total de 41.262.199 milhões de habitantes. Conforme análise realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, é possível considerar, que metade da população paulista possui alguma demanda em

⁶⁰ “Com base nos escores, foram escolhidos seis tribunais, respeitando-se a seguinte distribuição: em cada grupo (pequeno, médio ou grande), foi selecionado o tribunal com maior e o tribunal com menor escore, totalizando os seis tribunais. O resultado preliminar da seleção compreende os seguintes tribunais.” (CNJ, 2015, p.15)

saúde em estoque nos juizados especiais, nas turmas recursais, e em primeiro e segundo grau.

Já no relatório de 2013 produzido pela Advocacia Geral da União, na Justiça Federal, desconsiderando os processos já em estoque, os números de processos novos ultrapassavam a marca dos 10 mil por ano.

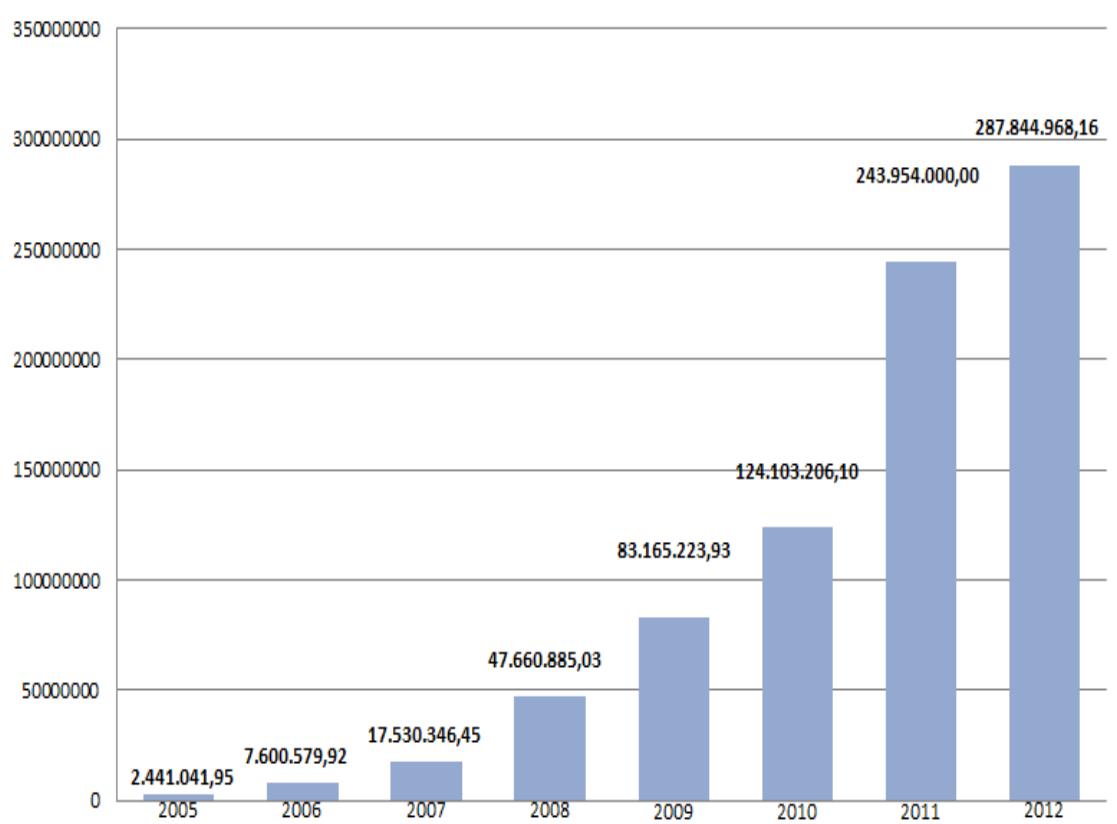
Gráfico 2 - Evolução dos quantitativos de processos novos

2009												
Jan	Fev	Mar	Abri	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	
713	550	1023	867	614	766	1218	1002	922	1079	788	944	
TOTAL DE PROCESSOS NOVOS												10.486
2010												
Jan	Fev	Mar	Abri	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	
935	684	929	965	1052	791	775	782	766	1052	1215	1257	
TOTAL DE PROCESSOS NOVOS												11.203
2011												
Jan	Fev	Mar	Abri	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	
821	925	1166	1069	933	1124	1218	1287	1168	1079	865	1156	
TOTAL DE PROCESSOS NOVOS												12.811
2012												
Jan	Fev	Mar	Abri	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	
910	962	1070	885	794	817	641	845	1283	1360	2098	1386	
TOTAL DE PROCESSOS NOVOS												13.051

*Fonte: AGU - Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica. Ministério da Saúde. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais.

Os números acima dispostos são limitados à Justiça Federal, mas conseguem oferecer um panorama do gradativo aumento das ações. É possível verificar que os números apresentam um aumento quase que padrão da quantidade de ações e sua evolução, representando um aumento total entre 2009 e 2012 de 24,4%. Todavia, quando se analisam os valores financeiros dessas ações, as progressões são mais robustas. No quadro abaixo, a AGU elencou o montante despendido pelo Ministério da Saúde, ano a ano, com a aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais. Os números demonstram que de 2005 à 2012 houve um aumento de 11.691,88% em valores nominais reais, apenas para a União.

Gráfico 3 - Aumento em reais com gastos em medicamento



*Fonte: AGU - Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica. Ministério da Saúde. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais .OBS: Valores nominais em reais.

Indispensável destacar que os números apresentados são os valores nominais em reais referente apenas ao medicamento ou insumo, desconsiderando os valores relativos às despesas com o procedimento de compra e entrega do medicamento, como por exemplo: publicação no Diário Oficial, transportadora que irá realizar a entrega no domicílio, pagamento de seguro do transporte, e nos casos específicos, custos da importação. Ainda, somam-se a todos estes custos o contrato de transporte aéreo necessário para entrega aos pacientes, um valor anual em 2012 de R\$ 1.965.435,39 (um milhão novecentos e sessenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e trinta e nove centavos).

O levantamento realizado pela AGU (2013), demonstra que os três estados brasileiros que possuem maiores gastos com judicialização são Minas Gerais, Rio de Janeiro e Pernambuco. Minas Gerais, por exemplo, o estado com os

maiores gastos requisitou em 2011 o valor de R\$ 22.323.325,01 (vinte e dois milhões trezentos e vinte e três mil, trezentos e vinte e cinco reais e um centavo). Importante verificar que São Paulo, o estado com mais populoso do Brasil ocupa a sexta posição, razão esta pela qual se conclui que o gasto com medicamentos não está ligado à densidade populacional, mais sim aos próprios medicamentos judicializados e deferidos. Exemplo disso, os medicamentos que consumiram maior demanda em 2012 foram gastos com apenas 523 pacientes. (Tabela 3), No mesmo sentido, conforme informado anteriormente, a demanda de apenas 1 cidadão pode consumir a verba anual inteira de uma Secretaria de Saúde. Desta forma, conforme se observa na tabela abaixo, a quantidade da população do estado não é fator determinante.

Tabela 3 - Distribuição de gastos com insumos e medicamentos por Estado

Distribuição de Gastos por Estado - 2011		POPULAÇÃO - CENSO IBGE/2011
MG	R\$ 22.323.325,01	19.597.330
RJ	R\$ 20.737.740,56	15.989.929
PE	R\$ 15.704.828,01	8.796.448
BA	R\$ 15.607.255,97	14.016.906
RS	R\$ 15.426.292,91	10.693.929
SP	R\$ 14.658.369,61	41.262.199
PI	R\$ 13.568.246,76	3.118.360
AL	R\$ 13.044.424,25	3.120.494
PB	R\$ 9.660.245,86	3.766.528
RN	R\$ 9.205.942,71	3.168.027
CE	R\$ 9.113.067,93	8.452.381
GO	R\$ 7.961.744,74	6.003.788
AM	R\$ 6.870.486,60	3.483.985
PR	R\$ 6.824.819,57	10.444.526
MS	R\$ 4.852.565,46	2.449.024
MA	R\$ 3.470.004,34	6.574.789
PA	R\$ 2.964.117,81	7.581.051
DF	R\$ 2.702.604,81	2.570.160
SC	R\$ 1.852.515,30	6.248.436
AC	R\$ 879.228,91	733.559
RO	R\$ 775.081,39	450.479
MT	R\$ 41.999,61	3.035.122
SE	R\$ 326.795,33	2.068.017
ES	R\$ 2.647,04	3.514.952

TO	R\$ 1.125,60	1.383.445
----	--------------	-----------

*Fonte: Tabela sistematizada através dos dados da AGU - Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica. Ministério da Saúde. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais.

Aliado a estes números apresentados, a AGU conseguiu verificar as demandas que consumiram os maiores recursos em 2012. Foram identificadas as 18 demandas que apresentaram o maior custo. Foram elas:

Tabela 4 - Demandas que consumiram os maiores recursos em 2012

<i>Medicamento</i>	<i>Valor Total</i>
BRENTUXIMABE VEDOTINA 50 MG	R\$ 309.515,87
ERLOTINIBE 150MG-COMPRIMIDO	R\$ 320.601,60
MALEATO DE SUNITINIBE 50MG-CÁPSULA	R\$ 358.954,28
TEMOZOLOMIDA 100MG-CÁPSULAS	R\$ 455.033,60
BOSENTANA 125MG - COMPRIMIDOS	R\$ 708.900,60
ALFA-1 ANTITRIPSINA - SOLUÇÃO	R\$ 721.802,90
ENDOVENOSA	
PEGVISOMANTO 10MG - SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 881.650,99
RITUXIMABE 500MG/50ML - INJETÁVEL	R\$ 1.108.400,70
TOSILATO DE SORAFENIBE 200MG - COMPRIMIDO	R\$ 1.325.511,60
MIGLUSTATE 100MG	R\$ 1.769.571,00
LARONIDASE 100U/ML - SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 10.597.226,21
ALFALGLICOSIDASE - SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 12.235.633,54
ECULIZUMABE 300MG - SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 20.871.355,30
TRASTUZUMABE 440MG - SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 22.517.685,85
BETAGALSIDASE 35MG - SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 26.387.905,15
ALFAGALSIDASE 3,5MG - SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 40.676.764,09
GALSULFASE 5MG/5ML - INJETÁVEL	R\$ 63.944.457,63
IDURSULFASE 2MG/ML - SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 73.713.668,80
TOTAL	R\$ 278.904.639,71

*Fonte: AGU - Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica. Ministério da Saúde. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais.

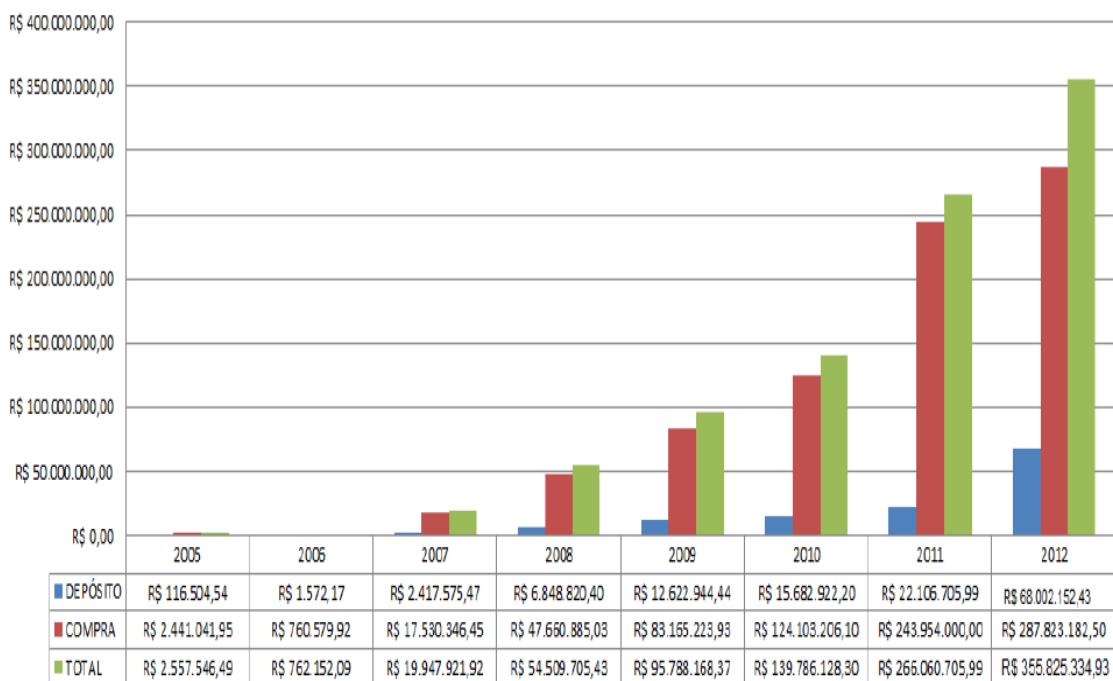
Uma das informações disponíveis mais relevantes é a de que tal montante foi destinado ao atendimento de apenas 523 pacientes demonstrando um desequilíbrio na distribuição dos recursos. Conforme o relatório, há um custo muito mais significativo e imensurável do ponto de vista econômico, que é o fato de que as aquisições voltadas ao abastecimento de todo o Sistema Único de Saúde *concorrerem* com as aquisições determinadas por decisões judiciais,

tendo essas últimas sido priorizadas com relação as demandas próprias e regulares da política específica do SUS:

Por óbvio que o atendimento da rede deveria ser prioridade para o SUS, porém, ante as constantes ameaças de astreintes à União e ainda de prisão aos gestores, as compras voltadas ao atendimento de ações judiciais vêm ocupando cada vez mais espaço na alocação de recursos e de servidores, que são retirados das áreas fins do Ministério, para comporem o quadro de pessoal da Coordenação de compras do Ministério da Saúde, **com claro prejuízo às políticas previamente definidas.**(AGU, 2013, p.11) (grifo nosso).

Se somados os valores dispendidos com compras e depósitos judiciais apresenta-se o seguinte cenário:

Gráfico 4 - **Valores dispendidos com compras e depósitos judiciais**



*Fonte: AGU - Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica. Ministério da Saúde. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais.

Os depósitos, mais do que as progressões dos gastos com medicamentos apresentaram de 2005 à 2012 um aumento de impressionantes 58.285,83% em valores nominais em reais. Neste sentido, a AGU identificou como

consequência das decisões judiciais a desconsideração dos princípios e diretrizes estruturantes do SUS. O mais afetado é o princípio da descentralização, visto que as decisões judiciais determinam o fornecimento pela União, elencando como principais pontos:

- Promoveu-se a estruturação de uma área de compra no âmbito do Ministério da Saúde, voltada exclusivamente para o atendimento das ações judiciais, que é hoje responsável pela aquisição de medicamentos para 8.549 ações ativas;
- A entrega da medicação é feita na residência do paciente, em quantitativo suficiente para o atendimento de, pelo menos, 06 meses de tratamento, sem controle de prescrição médica e mesmo do efetivo uso do fármaco, o que contribui, inclusive, para o surgimento de fraudes;
- Há constante devolução de medicamentos ao Ministério da Saúde por mudança de endereço da parte autora ou de seu falecimento (que não são comunicados) levando à perda dos produtos comprados em virtude de decisões judiciais;
- Estimulou-se a retração dos Estados e Municípios no cumprimento de suas obrigações no Sistema violando o princípio da descentralização que rege o SUS e, como decorrência direta, o custeio dúplice pela União de medicamentos (a União, além de repassar fundo a fundo valores para a Assistência Farmacêutica, ainda é condenada via ação judicial ao fornecimento de medicamentos já disponíveis no SUS);
- Fornecimento de medicação em duplicidade ou mesmo triplicidade pelos entes federativos envolvidos na ação judicial, em casos de condenação que reputa solidária a obrigação de fornecer medicamentos, sobretudo ante os prazos exígios para cumprimento fixados nas decisões que, por vezes, não possibilita aos entes se organizarem quanto ao cumprimento bem como o receio de aplicação de multa diária e/ou prisão de gestores e servidores;" (AGU, 2013, p.19-20).

Indispensável ponderar que os argumentos apresentados no que tange ao princípio da descentralização, acaba por focar numa questão muito grave para a União. Todavia, as Portarias nº 2.577/GM de 27 de outubro de 2006 e Portaria nº 1.321 de 05 de junho de 2007, ao disporem sobre a parceria com os Estados e o Distrito Federal, não deixa dúvidas de que a aquisição de distribuição dos medicamentos de caráter excepcional é competência da esfera Federal, comprometendo a conclusão apresentada pela AGU no quarto tópico,

vez que de fato, o fornecimento de medicação de alta complexidade é de competência exclusiva da União.

A AGU (2013) ainda aponta que princípios da universalidade e da integralidade também são prejudicados, vez que o tratamento oferecido ao usuário em sede de ação judicial não poderia ser assegurado a todos os usuários do sistema com o orçamento que se dispõe, bem como destaca o fato de que o fornecimento de medicamento pela União se dá sem seu devido acompanhamento clínico, resumindo-se ao simples ato da entrega do fármaco pleiteado, não levando em conta os aspectos técnicos envolvidos no âmbito das políticas públicas de saúde.

De fato, o Sistema Único de Saúde foi estruturado sobre princípios e diretrizes que norteiam o direito à saúde no Brasil, de forma que as políticas públicas de saúde, após a promulgação da CF/88 passam a ser orientadas pelos princípios de universalidade e equidade no acesso às ações e serviços, pelas diretrizes de descentralização da gestão, de integralidade do atendimento e de participação da comunidade na organização de um sistema nacional.

Nesse sentido, Sonia Fleury, professora da Fundação Getúlio Vargas e pesquisadora da Fundação Fiocruz, afirmou que as decisões judiciais tendem a ter uma interpretação limitada dos princípios da universalidade e integralidade (FLEURY; FARIA, 2014, p.114). No que tange o princípio da universalidade, as sentenças tem entendido que “acesso universal” como sinônimo de “acesso de tudo para todos” (CHIEFFI; BARATA, 2009, p.435).

Com relação ao princípio da integralidade (art. 198, II, CF/88), a Constituição dispõe que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede que deve contar com atendimento integral, inclusive, com prioridade às ações preventivas. Todavia, as decisões judiciais vem firmando um entendimento equivocado de que a integralidade se coadunaria à prestação infinita de serviços o “tudo para todos”. Tal assimilação não corresponde às definições técnicas do SUS, na qual identifica cuidado integral como “conjunto articulado e

contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema" (Art. 7º, II, Lei nº 8.080/90), que são a atenção básica, a atenção primária e a média e alta complexidade previstos e oferecidos pelo SUS.

Desta forma, se por um lado há uma interpretação judicial de integralidade enquanto não exclusão de qualquer tipo de tratamento preventivo ou curativo, desde 2010 o Estado brasileiro optou pela saúde baseada em evidência, que será explorada no próximo item. Deste modo, sob o fundamento da integralidade não se pode exigir do poder público o financiamento de ações e serviços de saúde que não estejam baseados em evidência científica, devendo ser adotado o procedimento de acordo com o estágio atual da ciência médica, não sendo razoável o patrocínio das opções experimentais. (DRESCH, 2014, p.40).

O SUS é complexo e de fato não se espera que o juiz possua todo o conhecimento técnico necessário para questionar a receita médica que compõe o processo. Todavia, o Estado, do qual tanto o SUS quanto o Poder Judiciário são partes, devem buscar encontrar formas para exigir a efetivação das políticas do Sistema Único de Saúde, enquanto uma conquista de todos os cidadãos brasileiros através da ANC, porém respeitando sua lógica, princípios e diretrizes. Neste sentido, importante destacar trecho da conclusão de trabalho vencedor do Prêmio SOF de Monografias⁶¹, ao concluir que:

um provimento jurisdicional que ordene o atendimento público de determinada necessidade médica individual – fora do estabelecido pelas normas e regulamentos do Sistema Único de Saúde (SUS) ou à revelia das políticas públicas traçadas dentro das limitações orçamentárias do Poder Público – **age**

⁶¹ Idealizado pela Secretaria de Orçamento Federal – SOF do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão o concurso tem a finalidade de estimular a pesquisa que tenha como objeto o orçamento público, seus problemas, desafios e perspectivas, reconhecendo trabalhos de qualidade e de aplicabilidade na Administração Pública. Instituído em 2007, as monografias devem discorrer sobre o tema "Orçamento Público" com especificação temática a cada edição. Poderão concorrer trabalhos individuais ou coletivos, de candidatos de qualquer nacionalidade e formação acadêmica (graduação ou pós-graduação).

em desfavor de toda a coletividade, pois atende a uma necessidade individual em detrimento do equilíbrio financeiro do sistema e subverte, portanto, os próprios direitos fundamentais que, a princípio, pretendeu garantir. (CASTRO, 2011, p. 48) (grifo nosso)

Neste cenário, uma judicialização que garanta a tutela coletiva do direito à saúde, e não apenas a tutela individualizada é bem vinda e pode de fato salvar o SUS das ameaças de retrocesso. Todavia, a judicialização não pode significar a ausência de interlocução entre os poderes e decisões sobre as políticas de saúde: a resposta judicial deve ser entendida como uma forma de retroalimentação do sistema (FLEURY; FARIA, 2014, p.121), criando condições para que a gestão e a prestação de serviços no setor público sejam fortalecidas e os direitos do cidadão possam ser exigidos. Nesse sentido:

Esse movimento dialético, envolvendo tanto a execução de políticas como a judicialização onde houve falhas no planejamento estatal, introduz, a cada dia, **novas formas de diálogo** e novos instrumentos para a solução do problema que é comum a todos: o verdadeiro exercício do direito à saúde. (FLEURY; FARIA, 2014, p.121) (grifo nosso)

É neste viés do diálogo institucional que a judicialização encontra sua grande efetividade e ao mesmo tempo a sua legitimidade, sua razão de ser. Esta judicialização de uma tutela coletiva, primando pelos princípios e diretrizes do sistema único de saúde nos termos em que foi constitucionalizado é que contribuirá de algum modo com o SUS.

3.2.1 As respostas do STF e do CNJ à judicialização da saúde: A Audiência Pública nº 04 e as Jornadas de Direito da Saúde.

Visando organizar a resposta judicial à esta explosão de demandas judiciais, entre abril e maio de 2009 o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, convocou uma audiência pública para tratar da judicialização da saúde, visando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde, admitindo que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito,

mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo (MENDES, 2009)".

De fato, o problema da judicialização da Saúde em 2016 não se distancia muito do cenário apresentado em 2009, e não se incide em erro ao dizer que as taxas de judicialização inclusive aumentaram desde então, conforme verificado nos itens anteriores. O problema do acesso aos bens e serviços de saúde se apresentam de forma complexa e atingem a sociedade brasileira como um todo: magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, médicos, doutrinadores e, por óbvio, todos os usuários e gestores do SUS. Todos são atingidos direta ou indiretamente pelos problemas que dela decorrem e conforme fala do próprio ministro do STF, é preciso buscar o diálogo e uma ação conjunta entre os diversos setores da sociedade (MENDES, 2009).

Neste mesmo sentido, o então Secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, Alberto Beltrame (2009) afirmou em Audiência Pública:

Quanto às ações judiciais propomos criar os mecanismos necessários para oferecer ao Judiciário – como há em alguns Estados – assessoria técnica em centros de referência, por profissionais *ad hoc*, sem conflito de interesses e sem relação com a assistência e prescrição aos pacientes (BRASIL, STF, 2009).

Um dos principais resultados da Audiência Pública nº 04, foi a constituição de um Grupo de Trabalho, publicado pela na Portaria nº 650 de 20 de novembro de 2009 do Conselho Nacional de Justiça, para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência em saúde, no âmbito do próprio CNJ e composto por juízes federais e estaduais, desembargadores e especialistas em Direito Sanitário.

Em 30 de março de 2010 o Conselho Nacional de Justiça, publicou a Recomendação nº 31, recomendando aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e os demais operadores do direito, para assegurar

maior eficiência da solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, assinado pelo Ministro Gilmar Mendes.

Nesta recomendação, foi apresentado como primeiro ponto a solicitação de que até dezembro de 2010 fossem celebrados convênios para disponibilização de apoio técnico, composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, reforçando o posicionamento na importância da criação deste diálogo institucional.

Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça publicou em 06 de abril de 2010 a resolução nº 107, Instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos, integrado por magistrados atuantes, e que podem contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação das áreas correlatas, especialmente do Conselho Nacional no Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como de universidades e outras instituições de pesquisa.

Posteriormente, em 12 de julho de 2011, o Conselho Nacional de Justiça volta novamente a insistir na necessidade de subsidiar os magistrados com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais, agora envolvendo a assistência à saúde suplementar (saúde privada), lançando então a Recomendação nº 36.

Em 2014, através da Portaria nº 40 de 25 de março de 2014 o Conselho Nacional de Justiça se manifesta a respeito da necessidade de instalar um Fórum Nacional do Judiciário, responsável pelo monitoramento e resolução do elevado número de demandas de assistência à saúde, bem como estudo do

forte impacto destas no orçamento público brasileiro. Assim, o CNJ acabou por criar o Comitê Organizador do Fórum, que realizaria neste mesmo ano a sua I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, na cidade de São Paulo.

O fórum tem como objetivo a formação de um espaço de discussão interdisciplinar que viabilizasse a troca de conhecimentos teóricos e práticos na área de saúde, através da reunião de profissionais do biodireito, da saúde pública e da saúde suplementar, possibilitando o comprometimento e a participação de todos os atores envolvidos na área para a busca de efetivas soluções aos questionamentos atuais. (CIOCCI, 2014, p.223). Da mesma forma, Ciocci destaca a importância da interlocução entre todos os atores envolvidos com a questão do direito à saúde.

A II Jornada foi muito importante para a discussão sobre os efeitos da judicialização e as maneiras de enfrentá-la, com todo mundo junto. O evento está inserido em uma nova cultura de **diálogo interinstitucional**, entre integrantes tanto do sistema de saúde quanto do Judiciário, porque a gente só vai achar uma solução adequada para os jurisdicionados com a busca pela eficiência e celeridade da Justiça (CIOCCI, 2015) (grifo nosso)

Desta jornada multidisciplinar resultaram 45 (quarenta e cinco) enunciados interpretativos sobre o Direito à Saúde, que proveriam subsidio ao juiz ao emitir sua sentença.

Em maio de 2015, foi realizado II Jornada de Direito à Saúde cujo tema se manteve como “A justiça faz bem a saúde”⁶². A abertura foi realizada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, que declarou: “o judiciário vive um momento de diálogo” (LEWANDOSKI, 2015), no qual se passa do marco de uma democracia representativa para uma democracia participativa. O evento é divido em três grupos de trabalho, a

⁶² Os relatos que seguem são decorrência de participação pessoal no evento de 2015 na condição de representante da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Saúde de Uberlândia./MG (2015).

saber, Grupo I – Saúde Pública, Grupo II – Saúde Suplementar, e Grupo III – Biodireito. O papel destes grupos foi deliberar sobre os novos enunciados a serem aprovados. O Conselho Nacional de Justiça abriu prazo para inscrições de enunciados, no qual os proponentes foram solicitados a redigir um texto, e contextualizar à Comissão Técnica o porquê da demanda de tal enunciado. Uma vez em plenária, o movimento de deliberação foi dinâmico: cada proponente apresentou o texto à mesa coordenadora, que por sua vez abriu espaço para um diálogo no grupo de trabalho sobre o tema, permitindo a interação entre eles, em ordem de inscrição. Quando o coordenador do Grupo de Trabalho entendia que o diálogo estava maduro, submetia o texto à aprovação de todos os presentes através de um aparelho de votação que é dado a cada participante, para aprovação ou não do potencial enunciado.

Fizeram parte desta Jornada o Ministério Público, Defensoria Pública, Juízes de Vara de Fazenda Pública e Cíveis, Advogados, Médicos do SUS, gestores do SUS, assessorias jurídicas das Secretarias de Saúde, membros do COSEMS – Conselho das Secretarias Municipais de Saúde, representantes dos Conselhos Municipais de Saúde, entre outros, tornando o ambiente de discussão não apenas extremamente rico por sua interdisciplinaridade, intersetorialidade e interregionalidade, mas também pelo alto nível qualificação técnica dos discursos ali apresentados.

Todos estes diálogos, composto por membros do Brasil todo e discutindo por propostas para uma melhor judicialização fazem deste Fórum um exemplo vivo do diálogo institucional, do diálogo social, ou mesmo de um chamado “diálogo interinstitucional” (CIOCCI, 2015). As Jornadas são, segundo defende Ciocci, uma forma de chamar as partes envolvidas à responsabilidade, à participar dessa discussão, mostrando os impactos da judicialização, alertá-los do mau uso dela e principalmente, propor soluções. (CIOCCI, 2015).

A então ministra Interina do Ministério da Saúde, Ana Paula Menezes informou nessa oportunidade que em 2014 o Ministério da Saúde teve um dispêndio aproximado de R\$700.000.000,00 (setecentos milhões de reais) com

processos judiciais (entre medicamentos e procedimentos), com previsão de gasto para 2015 na casa de 1 bilhão de reais. Todavia, o grande problema aqui não seria a oposição ou a preocupação com o grande dispêndio de dinheiro na área da saúde, mas sim que este grande dispêndio de dinheiro, é gasto com números extremamente reduzidos de usuários. Isso causaria uma grande desorganização no processo de gestão da saúde: enquanto um paciente SUS gasta no mês aproximadamente R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) aos cofres públicos, um paciente judicializado gasta R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Dinheiro este que, segundo mostram as análises do Ministério da Saúde, apresentam-se como um desperdício. Para ilustrar o porquê de se considerar um dinheiro desperdiçado, Menezes (2015) cita que os medicamentos e procedimentos adquiridos sobre a pressão dos prazos judiciais são comprados de forma diferenciada, como por exemplo, uma Dispensa de licitação, obtendo preços diferenciados daquele que poderiam ser obtidos num processo licitatório regular, pagando “o preço da solidão” (MENEZES, 2015).

Já o atual Secretário Estadual de Saúde do Estado de São Paulo, David Ewerson Uip informou que em São Paulo há aproximadamente 43 milhões de reais comprometidos para o provimento de ações judiciais (UIP, 2015), concluindo que verifica-se um dispêndio de 20% dos recursos da saúde, com menos de 1% dos usuários.

As falas aqui citadas destes personagens ativos no cenário da Saúde Pública do Brasil fornecem um quadro macro do que é o impacto da judicialização tanto aos cofres públicos quanto à gestão do SUS. Não obstante, o presidente da Comissão Técnica do Conselho Nacional de Justiça, Desembargador Renato Dresh ao abrir o ciclo de discussões do Grupo de Trabalho I – Saúde Pública reconheceu que em virtude da desinformação sobre o SUS e seus princípios e diretrizes, existe uma “ideia que se quer obstar o atendimento” aos discutir sobre as medidas para frear a judicialização excessiva.

A II Jornada de Direito da Saúde aprovou em 2015, após a deliberação de todos os grupos de trabalho vinte e três novos enunciados. Todavia, conforme já constatado pelo Secretário Estadual de São Paulo, na grande maioria das decisões judiciais ainda não são consideradas as Recomendações do CNJ, o que configura grande perda técnica às decisões, uma vez que as mesmas são benéficas à realização de uma judicialização da saúde mais coerente com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. Para se ter uma ideia da importância dos mesmos, a seguir serão analisados os principais enunciados aprovados nas duas jornadas de Saúde.

3.2.2 A análise dos Enunciados do CNJ como demonstração do cenário da precária judicialização nacional.

Uma das melhores formas de identificar as falhas que a judicialização da saúde apresenta de forma clara é através da análise dos enunciados aprovados nas Jornadas de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça. Isto porque, de centenas de enunciados enviados ao Conselho Nacional de Justiça, apenas os que passaram por todo processo de discussão, aprovação e votação são aceitos e se tornam de fato, enunciados. Na última edição do evento, em maio de 2015 foram inscritas 191 propostas de enunciados, tendo apenas 93 sido selecionadas para ir à votação em plenária pela Comissão Científica da II Jornada de Saúde, resultando em 23 aprovações.

A conselheira do Conselho Nacional de Justiça, Deborah Ciocci (2016) esclarece que os enunciados não são súmulas de aplicação obrigatória pelos magistrados. São diretrizes construídas conjuntamente entre gestores públicos, representantes da Agência Nacional de Saúde Suplementar, acadêmicos, advogados, procuradores e juízes para uma melhor solução envolvendo demandas da saúde, resultando num processo de grande representatividade.

É possível verificar pela natureza dos enunciados aprovados nas duas jornadas de Direito à Saúde as múltiplas dimensões da judicialização. Através da análise de alguns enunciados específicos, e ao compreender sua natureza, entende-se

a dificuldade enfrentada. Relevante a observação de que, ao se optar por tornar tal proposta uma normativa a ser seguida (enunciado), entende-se que a realidade que ali se pretende combater é recorrente e grave. Por esta razão, ao analisar os enunciados encontra-se a situação que se pretende combater, e consequentemente, tem-se a realidade da situação da judicialização das ações de saúde. Em outras palavras: se extrai da análise dos enunciados o quadro de dificuldades das políticas públicas de saúde e da dificuldade de se garantir o acesso à saúde por meio da judicialização no Brasil.

Atualmente, estão vigentes sessenta e oito enunciados aprovados em plenárias das Jornadas de Direito da Saúde, classificadas em três grupos, quais sejam: saúde pública, biodireito e saúde complementar. Através da seleção de doze enunciados, será realizada a análise de alguns dos pontos mais relevantes em Saúde Pública. As falhas presentes na atual judicialização acabam por ter como o maior prejudicado não o orçamento ou a desorganização administrativa do Estado, mas sobretudo a saúde e o bem estar dos próprios usuários, como se verá a seguir.

Primeiramente, um dos mais significativos enunciados dispõe que: “ENUNCIADO N° 3: Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”. De fato, não é obrigatório para a propositura de ação judicial o requerimento administrativo prévio formalizado e protocolado. Todavia, observa-se aqui a preocupação dos atores da saúde pública com os altos números de demandas judicializadas nos quais não houve nenhuma tentativa anterior de atendimento na rede, ou seja, o atendimento inicial já é solicitado mediante judicialização. A parte não faz nenhuma tentativa padrão de acesso ao medicamento: a entrada no SUS é mediante o pedido ora requerido, e não por seus processos e protocolos padronizados. A propositura de ação sem a tentativa prévia se configura desnecessária, sobrecarregando o sistema jurídico, enquanto a inclusão previa mostra-se muitas vezes mais eficiente para a parte e para o sistema como um todo (CIOCCI, 2015, p.227)

Outra realidade recorrente na judicialização da saúde é o deferimento de ações de medicamentos não protocolizados pelo SUS como primeira opção de tratamento, sem ter havido o esgotamento das opções já disponibilizadas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Estes protocolos tem o objetivo de estabelecer de forma clara, os critérios de diagnóstico de cada doença, o algoritmo de tratamento das doenças com as respectivas doses adequadas e os mecanismos para o monitoramento clínico em relação à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos (MINISTÉRIO DA SAÚDE). De fato, os protocolos não são elementos limitadores, mas organizativos da prestação farmacêutica (art. 19-M, 19-P e 19Q da Lei nº 8080/90 e art. 26 do Decreto nº 7508/2011)⁶³ sendo necessária a sua devida observação antes do deferimento de um procedimento. Por esta razão, quando todas as alternativas terapêuticas ali previstas já tiverem sido esgotadas ou mostrarem-se inviáveis/inúteis com relação ao quadro clínico do paciente, a dispensação do fármaco não protocolizado pode ser disponibilizado, desde que devidamente prescrito por médico vinculado ao SUS e registrado na ANVISA. É o que dispõe o enunciado nº 4.

ENUNCIADO N.º 4 Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.

No mesmo sentido, verifica-se que juízes estão deferindo pedidos médicos sem mesmo ter tido acesso ao prontuário daquele paciente, documento este indispensável para compreensão de seu quadro clínico pela perícia, bem como para entendimento do caso por equipe técnica de assessoramento do juiz (quando houver). O deferimento de procedimentos médicos ou medicamentos

⁶³ Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em: I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja **em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico** para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P.

sem a análise técnica deste prontuário por peritos ou assessoria técnica é falho, podendo indicar procedimentos inadequados ou medicamentos substituíveis pelos disponibilizados pelo SUS. É o que tenta evitar o seguinte enunciado: “ENUNCIADO Nº 49: Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico”.

Importante destacar que a grande maioria das ações de saúde possui natureza liminar. O deferimento desta medida é quase sempre baseado na indicação do médico de que o caso em questão se trata de uma medida de urgência/emergência. Todavia, os técnicos em saúde verificam que em muitos casos não se caracteriza tal urgência/emergência no caso concreto. Solicita-se ao juiz que, antes de deferir o pleito, o médico junte relatório médico circunstanciado que baseie a indicação. É o que demanda o “ENUNCIADO Nº 51: Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.”

As ações liminares de obrigação de fazer em sua grande maioria impõem multa diária por descumprimento, ou prisão da autoridade administrativa (p.ex. Secretário e Prefeito). As indicações das obrigações são claras: “realizar o procedimento x” ou “fornecer o medicamento y”. Todavia, o Executivo, através de sua Secretaria Municipal de Saúde ou similares, ao encaminhar o usuário para cumprir a determinação, recebem comumente a recusa imediata das equipes médicas pelo fato destes pacientes não se encontrarem com o quadro clínico apto para realizar um procedimento cirúrgico em virtude de manifestarem sintomas como, por exemplo, pressão alta, ausência de dieta adequada, uso de medicamentos contraindicados, comorbidades, etc.

Portanto, por razões clínicas do paciente a autoridade não pode cumprir o determinado judicialmente, tornando a autoridade vulnerável à aplicação de punições judiciais por motivos que fogem à seu controle. Ou seja, a razão jurídica mesmo nas tutelas de urgência e emergência precisa ser compatibilizada com a razão médica, visto que o caso clínico e suas circunstâncias devem guiar o procedimento médico.

Outra importante questão trazida pelos enunciados nº6, nº50 é o recorrente deferimento de medicamentos ou procedimentos não padronizados pelo Sistema Único de Saúde, não aprovados pela ANVISA, experimentais ou em uso *off label*⁶⁴. O registro sanitário é de competência exclusiva da ANVISA, de forma que o medicamento só pode ser comercializado após sua aprovação nos termos do artigo 19-T da Lei nº 8080/90⁶⁵. De uma forma geral, o processo de análise inclui a verificação dos principais aspectos referente a toda produção: controle de qualidade, ensaios de segurança, eficácia e quando necessário dados legais das empresas, rotulagem e bula e monitoração de preços (CIOCCI, 2014, p.229). Assim, o Enunciado nº 6 reforça a Recomendação nº 31 do CNJ, vez que não foi finalizado toda a análise do processo de registro:

ENUNCIADO N.º 6 A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

ENUNCIADO N.º 50 Salvo prova da evidência científica e necessidade preemente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso *off label*. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.

Desde o julgamento da STA-CE nº 175⁶⁶ pelo Ministro Gilmar Mendes, o SUS filiou-se à corrente da medicina baseada em evidência (WANNMACHER, 2006). Ou seja, ao usuário não está assegurado o acesso a qualquer medicamento ou procedimento, especialmente no que tange aqueles que ainda estejam em fase experimental, sem comprovação científica. Assim, o esperado

64 ANVISA. O uso *off-label* é o nome dado a prescrição de um medicamento para um fim que originalmente não seria indicado, o uso não aprovado, que não consta da bula. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_offlabel.htm. Acesso em 05/11/2016.

65 Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: I - o pagamento, o resarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA-AgR 175/CE. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. Relator: Ministro Gilmar Mendes (presidente). Julgamento: 17 mar.2010. Publicação DJ 30 abr.2010.

é que o usuário somente terá interesse jurídico para postular em juízo quando o SUS não disponibilize medicamentos ou tratamentos com eficácia terapêutica similar ao pretendido (DRESCH, 2014, p.41).

ENUNCIADO N.º 58 – Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME /RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

ENUNCIADO N.º 59 - As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na medicina baseada em evidências.

Quando algum procedimento ou medicamento não padronizado for requerido, é requisitado ao juiz que antes de deferir a medida observe os enunciados acima. Recomenda-se que o médico prescritor (e não outro médico) preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, inclusive para firmar que não há conflito de interesse. Esta é uma das formas de evitar a recorrente prescrição de procedimentos, medicados ou materiais especiais por médicos que recebem das laboratórios e das empresas comissões para prescrever-los.

É o caso, por exemplo, da grande repercussão que houve na investigação da Polícia Federal em 2015, e que ensejou a abertura da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da “Máfia das órteses e próteses”. No esquema investigado, foram comprovadas cirurgias desnecessárias, superfaturamento de equipamentos, troca fraudulenta de próteses e uso de material vencido em pacientes, existindo inclusive casos de cirurgias sabotadas para que o paciente fosse continuamente operado. Em contrapartida, os médicos recebiam comissões de até R\$ 100 mil das empresas fornecedoras.

Em depoimento à reportagem do site Câmara Notícias, noticiário da Câmara dos Deputados, há um relato marcante do deputado Paulo Teixeira (PT-SP),

que destacou uma das dificuldades levantadas pelo então ministro da Saúde no andamento da CPI, qual seja, a judicialização da saúde no Brasil: "Isto é, os juízes decidindo que o Sistema Único de Saúde (SUS) deve pagar órteses, próteses, medicamentos e procedimentos que, às vezes, são caros e que o Brasil já dispunha de outros procedimentos ou medicamentos ou mesmo aparelhos com menor preço e a mesma efetividade. É o chamado juízo de compaixão (grifo nosso). A pessoa chega lá, diz que precisa e que a demora pode causar um dano irreversível à saúde, e o juiz dá autorização"⁶⁷. De acordo com a mesma reportagem, em 2014 o Ministério da Saúde indica que despesas com órteses e próteses do SUS alcançaram um bilhão e 900 mil reais.

Tão coerente o comentário do deputado Paulo Teixeira, que um dos enunciados aprovados é a confirmação a importância dos Núcleos Técnicos. No enunciado nº 18, aprovado na primeira jornada em 2014, solicita-se ao juiz que, sempre que possível, suas decisões liminares (que são a grande maioria das decisões de saúde) sejam acompanhadas de notas e pareceres nos Núcleos de Apoio Técnico, quando disponível.

ENUNCIADO N.º 18 Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde - NATS.

Outro caso emblemático que veio à tona em 2015 foi a investigação da Corregedoria Geral da Administração (CGA) e pela Polícia Civil do Estado de São Paulo de dezoito médicos suspeitos de receitar o medicamento *Juxtapid*, de laboratório estadunidense não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e causar prejuízo de R\$ 40 milhões aos cofres públicos (mil reais por comprimido)⁶⁸.

⁶⁷ MINISTRO DA SAÚDE ADMITE ILEGALIDADES NO SETOR DE ORTESES E PRÓTESES. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/486028>> . Acesso em 05/11/2016.

⁶⁸ ESTADO DE SÃO PAULO. Polícia Investiga médicos por fraude na Saúde. 9 de nov. de 20015. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,policia-investiga-medicos-por-fraude-na-saude,10000001562>. Acesso em: 05/11/2016.

No caso em tela o que chamou a atenção da CGA foi o número elevado de pacientes que entraram com mandados de segurança para receber gratuitamente o remédio da Secretaria Estadual da Saúde. A investigação foi batizada como Operação Asclépio, o Deus grego da medicina e após dois anos de investigação pode levar ao indiciamento de 13 médicos de sete municípios diferentes que recebiam dinheiro do laboratório para recomendar os remédios aos pacientes sem necessidade⁶⁹:

Os cardiologistas investigados assinaram laudos (muitos deles idênticos até nos erros de português) nos quais afirmavam que os doentes corriam risco de morte, caso não recebessem o remédio importado. O Juxtapid não se destina a combater o colesterol alto que 30% dos brasileiros têm. Ele foi aprovado nos Estados Unidos apenas para uso nos raros casos de uma doença genética chamada de hipercolesterolemia familiar homozigótica. Esse distúrbio acomete cerca de uma pessoa a cada 1 milhão, segundo a Organização Mundial da Saúde. (SEGATTO, 2016).

Ainda mais grave é o fato de que a maioria dos usuários do medicamento, quando questionados pela Policia Civil, nem sequer sabiam que haviam entrado com ação judicial ou que tinham a doença. O Corregedor-Geral da Administração do Estado de São Paulo, Ivan Agostinho, afirmou em reportagem ao Jornal Estado de São Paulo que haveria suspeita de que os brasileiros estariam sendo usados como cobaias para que o medicamento fosse aprovado nos Estados Unidos, razão esta pela qual cópia do processo elaborado pela Corregedoria foi encaminhada ao FBI (*Federal Bureau of Investigation*).

Um dos primeiros enunciados discutidos nas jornadas de saúde foi o Enunciado nº2, que incide de maneira importantíssima em um alto número de demandas judiciais que se impõem como medidas de prestação continuativa, mas que não são periodicamente reavaliadas para verificar fatores importantes como, por exemplo, se as dosagens estão sendo suficientes, se há

⁶⁹ ÉPOCA. Os falsos doentes de 9,5 milhoes: Os bastidores de uma das maiores fraudes já descobertas no Brasil envolvendo ações judiciais para fornecimento de remédios de alto custo Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/os-falsos-doentes-de-r-95-milhoes.html>. Acesso em: 05/11/2016.

necessidade de minorar ou majorar as doses, se o paciente está reagindo ao medicamento, se há novo tratamento ou mesmo se o paciente não veio a óbito (e o executivo continua adquirindo e fazendo a dispensação de seus medicamentos), podendo otimizar os valores gastos com as demandas dessa natureza. Nesse sentido:

ENUNCIADO nº 2: Concedida medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida.

O que se verifica é que na sentença que defere a demanda continuada do autor, não se encontram a renovação periódica dos relatórios médicos: o juiz defere com base no relatório inicial. É o caso, por exemplo, dos pacientes oncológicos, cujos medicamentos fornecidos pelo Estado possuem valores altíssimos, e são renovados sem acesso ao relatório médico. Somado ao alto dispêndio financeiro, verifica-se também como consequência a desorganização da programação administrativa do executivo, que deve programar a quantidade de compras de medicamentos através de processos licitatórios, cujo fundamento destes é a própria sentença, de forma que, caso não haja previsão de revisão das doses para novo medicamento através de relatório médico, acaba por impedir a aquisição de nova medicação.

Finalizando as análises, os próprios usuários também são chamados a auxiliar da mitigação da judicialização. Os enunciados nº 55 e nº 56 relevam a preocupação constante com o uso dos medicamentos, principalmente em relação aos valores dispensados:

ENUNCIADO nº 55 O levantamento de valores para o cumprimento de medidas liminares nos processos depende da assinatura de termo de responsabilidade e prestação de contas periódica.

ENUNCIADO nº 56 Havendo depósito judicial por falta de tempo hábil para aquisição do medicamento ou produto com procedimento licitatório pelo poder público, antes de liberar o

numerário é prudente, sempre que possível, que se exija da parte a apresentação prévia de três orçamentos.

Em diversos casos, a sentença estabelece prazos muito pequenos para a compra de medicamentos ou produtos, impossibilitando a aquisição pelo poder público através de processos licitatórios⁷⁰, inclusive nas possibilidades previstas no art. 24 da Lei 8.666/93. Desta forma, mesmo que a obrigação seja cumprida através de depósito judicial para aquisição direta da parte, esta, antes de receber o depósito deve apresentar ao poder executivo 3 (três) orçamentos, comprovando a pesquisa de mercado e coibindo eventual má-fé do usuário.

Além disso, o enunciado nº 55 chama o usuário a prestar contas do medicamento, verificando se o medicamento está sendo utilizado corretamente, se não houve óbito do paciente e este continua a receber a medicação e dispensando-a para outros fins. Para ilustrar o fato, ocorrem casos de pacientes oncológicos receberem valores para compra de x meses de medicamento, porém o paciente vem a óbito antes do tempo previsto, de forma que a família retém o medicamento, não devolvendo os valores aos cofres públicos. Outro caso é quando o valor depositado fica muito além ou aquém dos gastos reais: quando das cotações iniciais o medicamento custava X, e atualmente custa X+y ou X-y.

Diante de todo o cenário trabalhado acima e retomando as premissas apresentadas no item dois desse trabalho, reforça-se a tese de que a judicialização das políticas públicas não é ilegítima ou ilegal. A partir da promulgação da CF/88 que positivou tais direitos, bem como o devido acesso ao judiciário, o cidadão pode ação juridicamente o Estado para a devida garantia de acesso a saúde e da eficácia de seu direito humano e fundamental à saúde. Todavia, tal judicialização deve estar de acordo com os princípios e diretrizes estabelecidos na própria constituição e nas leis orgânicas da saúde e

⁷⁰ Segundo estudo da Advocacia Geral da União (2013) apontou que a aquisição no âmbito do Ministério da Saúde atualmente tem ocorrido em cerca de 60 dias (para medicamentos nacionais), 90 dias (para medicamentos importados) e 120 dias (para medicamentos sem registro na ANVISA).

demais disposições normativas (decretos, portarias, etc.) que regulamentam o SUS, o que, conforme reiteradamente demonstrado, não tem ocorrido no cenário nacional.

A judicialização que não encontra amparo nas disposições e regras do Sistema Único de Saúde é prejudicial, colocando em risco a própria existência e continuidade do SUS nos moldes que foi conquistado com tanta luta no processo constituinte e que resultou no desenho institucional da saúde em nossa atual constituição. Desta forma, fica patente o fato de que é indispensável o diálogo institucional entre o executivo e o judiciário a fim de que seja fixado um arranjo institucional que garanta o acesso à justiça na área da saúde, sem, no entanto restringi-lo ou reconhece-lo apenas como acesso ao judiciário. Para quebrar a tradição atual de uma judicialização excessiva, algumas propostas já foram lançadas pelo Fórum Nacional da Saúde, vinculado ao CNJ, dentre essas propostas, a criação de espaços públicos de diálogo interinstitucional, que serão apresentados e analisados a seguir em seus fundamentos teóricos e descrição de suas práticas institucionais.

4 OS ESPAÇOS DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO RESPOSTA À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA SAÚDE

Uma vez em posse da teoria do diálogo institucional apresentada no primeiro capítulo e posteriormente consciente do cenário atual da judicialização da saúde pública, apresentado no segundo capítulo o presente capítulo visa analisar como a construção de um diálogo institucional entre os diversos atores envolvidos na política pública vem sendo apresentada como resposta a esta conjuntura. Para tal, o capítulo será dividido em três momentos: primeiro distingue e pontua a juridicização e a desjudicialização como importantes fenômenos de acesso à justiça, sendo a judicialização um marco a partir do momento que é elencada como uma das *metas* das Diretrizes Nacionais da Política Judiciária, bem como a descrição simultânea da juridicização, referida e diferenciada daquela no mais atual levantamento já feito sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. Depois de finalizado o entendimento dos fenômenos citados, será realizado uma reunião de dados que permitirá verificar o êxito de experiências de diálogo institucional na mitigação da judicialização excessiva e na efetivação das políticas públicas de saúde. Por fim, será apresentado o caso do município de Uberlândia/MG como grande potência para o desenvolvimento de um espaço de diálogo institucional, com seu espaço já institucionalizado, porém ainda em construção.

4.1 Juridicização e desjudicialização: fenômenos distintos de acesso à saúde

De um ponto de vista externo ao problema da judicialização, a sociologia jurídica e, em especial aquela conduzida pela Teoria dos Sistemas, oferece preciosos indícios de análise do surgimento do direito a partir da modernidade, descrevendo o processo de racionalização que Max Weber (2000, p.139-147) chama de “dominação legal-racional”. De maneira sucinta, Weber apresenta a ideia de que a dominação exercida durante o período pré-moderno, principalmente aquela presente durante a maior parte da idade média

ocidental, estava calcada em uma sociedade hierárquica, pouco diferenciada e principalmente lastreada em fundamentos metafísico-religiosos que justificavam a dominação exercida seja pela igreja, seja pelo poder real ou poderes locais (feudais) equivalentes.

A partir da revolução comercial, por volta do ano 1000 d.C, as cidades ressurgiram e com o surgimento e diversificação de novas classes sociais autônomas da hierarquia medieval, os habitantes dos burgos ou vilas, pequenos proprietários e profissionais liberais irão constituir as classes que, em busca da autonomia individual - trabalhada pelo renascimento -, vão terminar por liderar mudanças revolucionárias e implantar uma reorganização do Estado que não mais se baseará sobre os princípios da fé e do sagrado, mas sobre os princípios da razão e da lei.

Dessa forma, segundo Max Weber (1999, p.142-153), as qualidades formais do Direito moderno, que podem ser sintetizadas na figura do contrato celebrado por partes iguais e no exercício da autonomia individual, restou por constituir a metáfora perfeita para o futuro contratualismo político e filosófico que a partir de Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau dentre outros, fornecerão as bases teóricas do constitucionalismo revolucionário e do Estado de Direito, que substituirá o Estado Absolutista de então, conforme trabalhado no primeiro capítulo.

No entanto, o importante aqui é recuperar os aprofundamentos do ponto de vista externo ao direito fornecidos pela sociologia de Niklas Luhmann (1985) e Jurgen Habermas (1997), no processo por eles denominado de juridificação⁷¹. Começando pelo pensamento de Niklas Luhmann (1985), se percebe que a sociologia é trabalhada por meio de uma sofisticada e detalhada Teoria dos Sistemas, que a partir dos anos 80 incorporará a teoria da autopoiese

⁷¹ A tradução portuguesa do item III, parte do Cap. VIII que aparece no Vol. II da “Teoria do agir comunicativo” de Jurgen Habermas popularizou e difundiu como tradução da expressão alemã *Verrechtlichung* a palavra juridicação, conforme publicação parcial do trecho em uma coletânea denominada “Sociologia: problemas e práticas”, publicadas em Portugal em 1987. No entanto, na tradução brasileira integral da obra teoria do agir comunicativo, (Vol. I e II), publicados pela editora WMF Martins Fontes em 2012, preferiu-se traduzir a referida expressão por juridificação, o que recorrentemente causa certo estranhamento.

desenvolvida por Humberto Maturana (1928) e Francisco Varela (1946 – 2001). No longo caminho de desenvolvimento de sua teoria sociológica, duas obras se destacam, a saber: *A sociologia do Direito*, Vol. I e II (1972) e sua última obra sobre o direito denominada *O direito da sociedade* (1993), ambas traduzidas para o português. Nas referidas obras o fenômeno da racionalização do direito positivo e sua expansão por uma sociedade complexa e cada vez mais diferenciada, inclusive dentro do próprio sistema jurídico, estaria a inspirar uma análise mais acurada da diferenciação do processo decisório e de produção do direito. Nesse sentido:

A diferenciação e a separação institucionais entre os processos legislativos e as decisões judiciais sobre disputas fazem parte dos dispositivos auto-evidentes das sociedades modernas com direito positivo. (...) A interpretação convencional restringe-se inicialmente à diferenciação entre a lei *genérica* e a regulamentação *concreta* do caso particular... (...) Em ambos os tipos de processo trata-se do mesmo direito. O legislador o constrói, e o juiz o aplica. (LUHMANN, 1985, p. 34)

Ainda segundo Luhmann (1985, p. 37), os limites do processo decisório não seriam suficientes para enfrentar as frustrações daqueles que recorrem ao judiciário na busca de soluções para seus problemas. Dessa forma, para o processamento adequado dessas frustrações se exigiria um outro processo para tanto, a saber:

O direito só pode ser institucionalizado enquanto variável, quando sua variação está submetida a processos de assimilação em termos de aprendizado. Nesse contexto, o móvel principal dessa apreensão é o fato de que o direito vigente produz frustrações (...) As frustrações devem ser continuamente reprocessadas no circuito das decisões jurídicas, sendo então reabsorvidas cognitivamente como informações que darão ensejo à indagação se elas são suficientes para fundamentar uma mudança do direito (LUHMANN, 1985, p. 37).

Para o autor, em nova formulação que já se tornou clássica, a legitimação do direito, e nesse caso, da decisão judicial pelo procedimento, assim se

apresenta de forma a incluir sistematicamente as *razões do ambiente circundante*, agora transmutados em *razões jurídicas*:

Eles se iniciam com a aceitação, expressamente cuidadosa, da incerteza da decisão, e assim encaminham a colaboração, especificam papéis, contribuições, delimitam pontos de conflito, até que a decisão apareça como resultado “lógico” do procedimento jurídico. Com o estreitamento da comunicação mediante a cooperação dos participantes, também os protestos podem ao mesmo tempo ser absorvidos, com a consequência de que a decisão só seja possível impugnar à medida que o permitam os mesmos meios jurídicos. Afora isso, só mesmo pela via da política é que se pode sugerir ao sistema do direito uma mudança do direito vigente. (LUHMANN, 2016, p. 444).

Dessa forma, entende o autor que a diferenciação funcional e a autonomia dos sistemas da política e do direito - de um ponto de vista da teoria dos sistemas autopoiético -, deve ser respeitada e compreendida como uma possibilidade de comunicação e aprendizagem entre os mesmos, através do conceito conector de *Estado de direito*, que funciona como um esquema a tornar possível definir duas perspectivas “*de sentido contrário*” como uma “*unidade*” e celebrá-las como uma conquista da civilização: suspensão jurídica do poder político e a instrumentalização política do direito. (Luhmann, 2016, p. 565).

Segundo Luhmann (2016, p. 588), “a separação de sistemas pode ser vista como precondição para o aumento da interdependência, e a própria sociedade, como sistema, pode ser vista como precondição para a possibilidade dessa conexão”. Essa comunicação entre o sistema e o ambiente se daria pelo denominado “acoplamento estrutural”. No conceito dado pelo autor:

“(...) fala-se de acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, nele confiando estruturalmente (...) As formas de acoplamento estrutural são, portanto, *restritivas* e assim *facilitam* a influência do ambiente sobre o sistema. Em suas membranas, as células recebem somente certo tipo de íons (por exemplo, sódio e cálcio) e não outros (como césio ou lítio) (LUHMANN, 2016, p. 590-591).

Assim sendo, deve-se compreender que o sistema jurídico em contato com o sistema político, apesar de serem fechados operacionalmente, são abertos cognitivamente, isto é, trocam informações que implicam em um aprendizado

recíproco, cabendo ao Estado de direito e suas instituições responsáveis pelas funções legislativa, administrativa e judiciária a filtragem e processamento das comunicações motivadas pela necessidade de resolução das demandas que se apresentam.

Tratando do mesmo aspecto de juridificação que em termos gerais pode ser descrito como a generalização pelos atores sociais do vocabulário e das razões utilizadas pelo direito, Habermas (2012, p.641 e ss.) esclarece que “de modo geral a expressão juridificação (*Verrechtlichung*) tem a ver com a tendência à multiplicação do direito escrito, difundido nas sociedades modernas”. Ainda segundo Habermas, deve-se distinguir entre a *extensão* do direito - tendência em normatizar juridicamente os novos fatos sociais que eram tratados de maneira informal até então pela sociedade -, da chamada *condensação* do direito: a especialização de matérias jurídicas em áreas ou ramos particulares. Como exemplo da juridificação Habermas (2012) cita a aprovação durante a república de Weimar na Alemanha da legislação trabalhista, bem como a fixação de indenizações e subsídios típicos do Estado Social como forma de garantir compensações e apoio do mundo do trabalho na esfera pública.

Como decorrência dessa necessária troca entre o sistema jurídico e o sistema político por meio da razão jurídica, surgiu o Estado de Direito Democrático e Social, como produto das lutas e mobilização dos trabalhadores europeus no decorrer do século XX (HABERMAS, 2012, p. 642). Em outras palavras, a fixação de direitos sociais, dentre eles a saúde, como uma das características do Estado de Direito Social que se generaliza após a 2^a Guerra é consequência direta também da expansão da razão jurídica a todos os atores sociais e políticos, não apenas àqueles estritamente vinculados ao sistema jurídico, sendo inclusive recorrente pelos movimentos e organizações sociais a via jurídica (luta por legislação) e judicial como tática e estratégia de lutas sociais.

A distinção e aplicação dos conceitos de judicialização e de juridicização é essencial nas observações feitas por Felipi Asensi (2010), um dos especialistas na análise do fenômeno da judicialização da saúde pública e que colabora com as pesquisas sobre o tema para o CNJ. Em estudo anterior à apresentação do relatório Justiça Pesquisa: Judicialização da saúde no Brasil: dados e

experiências (2015), o autor destacava a importância da participação popular na construção, execução e fiscalização das políticas públicas do SUS, que propiciaram, segundo ele “uma horizontalização da relação Estado-sociedade” e caracterização de uma “litigância de interesse público, que comporta a ideia de que os direitos não se restringem às meras partes individuais, na medida que são de titularidade de grupos e coletividades” (ASENSI, 2010, p. 36).

Neste sentido, em pese o aparecimento do fenômeno da judicialização da política que incluiu o controle judicial de políticas públicas, em especial, da saúde, como decorrência do cumprimento do mandamento constitucional de oferecer acesso à justiça nos casos de lesão ou ameaça de lesão à direitos (art. 5º, XXXV, CF/88), os movimentos e organizações sociais, empoderados das razões jurídicas, passaram a elaborar estratégias de provação de instituições reformuladas ou criadas pela Constituição Federal de 1988 - como o Ministério Público e a Defensoria Pública - , para a garantia e a efetivação do direito fundamental à saúde.

Essa estratégia social, somada à ampliação dos espaços de participação popular dos conselhos municipais, estaduais e nacional de saúde, bem como na organização e realização das conferências respectivas de saúde conquistaram por meio da mobilização social e política formas de acesso à saúde pública distintas da própria judicialização, influenciando na produção de normas jurídicas de acesso à saúde pública, bem como na formulação das próprias políticas de saúde. Por exemplo, a prática observada nos conselhos paritários de direitos como os conselhos de saúde, onde metade dos assentos é preenchido por integrantes dos distintos segmentos representativos da área de saúde (usuários, profissionais, prestadores de serviços, etc.) pertencentes à sociedade civil, e a outra metade ao poder executivo respectivo de cada esfera de atuação, reforçam a perspectiva pluralista de direito apresentada no primeiro capítulo. Dessa forma, justifica o autor:

Numa chave pluralista observa-se a emergência de outros centros produtores de direito legítimos na sociedade moderna que não se confundem com o Estado, revelando a complexidade das relações sociais (...) Neste sentido, o Estado seria apenas mais um centro de produção de direito e seus sentidos, existindo esferas não-estatais que produzem outras

concepções de direitos e conteúdos para sua efetivação. O momento de aplicação do direito pelo juiz é apenas um dos múltiplos processos existentes de efetivação do direito posto e de construção de novas concepções e direitos. Subvalorizar ou negligenciar tal multiplicidade de processos implica inequivocamente um reducionismo analítico. (ASENSI, 2010, p.44)(grifo nosso).

Como decorrência do exposto, ASENSI constata que muito mais do que uma judicialização - quando os conflitos são levados e delegados ao judiciário para decisão - , as soluções encontradas pelos movimentos e organizações sociais, ao acessarem as instituições auxiliares de justiça como o Ministério Público e a Defensoria Pública na busca de celebração de compromissos de ajustamento de condutas (TACs), previamente ou alternativamente à judicialização, constituem muito mais um fenômeno de *juridicização*, isto é, os conflitos são resolvidos do ponto de vista jurídico, porém não necessariamente resultam em delegar exclusivamente ao judiciário a resolução da demanda.

De uma perspectiva da teoria dos sistemas inspirada por Luhmann (2016), é possível compreender que a relação entre *juridicização* (como fenômeno presente dentro do sistema político) e judicialização (como fenômeno presente dentro do sistema jurídico) é de interdependência, visto que, como sistemas autônomos tem a sua operacionalidade, porém, estão abertos cognitivamente, portanto com disposição para adaptar-se (aprender) do ambiente institucional.

Como forma de síntese de suas impressões, Asensi (2010, p.48-19) apresenta cinco aspectos pontuais de distinções entre as perspectivas de *juridicização* e judicialização, a saber:

- Em um contexto de *judicialização* o judiciário é chamado a decidir um conflito, sendo que em um contexto de *juridicização* predomina a ideia do consenso pelo diálogo, em outras palavras, a ênfase está no processo de negociação entre os distintos atores sociais, com o resultado sendo construído consensualmente;
- Na *judicialização* fica a impressão de que cabe ao poder judiciário o monopólio do poder de decidir, no sentido de produzir uma norma concreta para caso, ao passo em que numa perspectiva de *juridicização*

procuram-se estratégias e alternativas de políticas públicas como a pactuação pelas partes, como forma de garantir e consolidar recursos, diretrizes e compromissos do SUS;

- Na perspectiva da *judicialização* da política em geral o destaque é sempre do poder judiciário, ao passo que na perspectiva da *juridicização* a presença da sociedade civil se torna um pressuposto indispensável para a formação de consensos plurais;
- Na *judicialização* da política em geral, o controle de constitucionalidade, ainda que pela atual previsão constitucional e sua regulamentação infraconstitucional façam previsão de uma ampla comunidade de intérpretes da constituição (confederações nacionais de trabalhadores, partidos políticos nacionais, associações científicas e culturais, etc.), se distingue pelo *locus* onde o debate ocorre, a saber, os órgãos de cúpula do judiciário; enquanto que, em um contexto de *juridicização*, como, por exemplo os debates que ocorrem nos milhares de conselhos de saúde (distritais, municipais, estaduais e nacional) tem-se uma maior representatividade dos distintos segmentos que atuam na área da saúde (usuários, profissionais, entidades, técnicos, etc.) com uma capilaridade social infinitamente maior; e
- Nas demandas que chegam ao judiciário por meio da *judicialização*, as tratativas e negociações precisam obedecer à rígida formalização prevista nos códigos, enquanto que em um contexto de *juridicização* dos mesmos problemas individuais e coletivos, as estratégias de negociação são mais informais (troca de e-mails, telefonemas, conversas pessoais, etc.) e podem se revelar muito mais efetivas na solução das demandas apresentadas.

Assim fica claro para Asensi (2010), do ponto de vista (externo) de uma perspectiva sociológica, que o acesso à justiça não se confunde com o acesso ao judiciário e, dessa forma, o acesso à saúde pode ser garantido de forma mais célere, abrangente e democrática como consequência do fenômeno da juridicização, onde a expansão e a condensação da lógica jurídica por todo o sistema social, bem como a apropriação pelos demais atores sociais da razões

jurídicas, resulta no empoderamento das organizações e movimentos sociais que atuam na área da saúde, que pela militância na área e participação nas instâncias de democracia participativa (conselhos, conferências, etc.) adquirem saberes e experiência na solução dos conflitos, bem como o domínio dos conceitos e estratégias jurídicas, políticas, econômicas e administrativas para efetivação do direito à saúde.

A exposição dos conceitos desenvolvidos por Niklas Luhmann (2016) e Jürgen Habermas (2012) apresentados neste tópico, serão posteriormente retomados, em especial, quando da conclusão desse trabalho para analisar as experiências concretas que serão a seguir apresentadas a partir do relatório do CNJ (2015) sobre a judicialização da saúde pública e demais artigos.

Para além da juridicização apresentada na sua origem teórica (WEBER, 2000; LUHMANN, 2016; HABERMAS, 2012), bem como a descrição sociológica da generalização de seu uso como um fenômeno vinculado ao acesso à justiça, imprescindível se faz esclarecer outro fenômeno: o da desjudicialização. Esse fenômeno se apresenta como uma *estratégia judicial* para a resolução da crise do judiciário, caracterizada pela explosão de litigiosidade identificada principalmente a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988 e da legislação que garantiu o reconhecimento dos direitos transindividuais.

Para o combate da litigância em massa foi formulada a Estratégia Nacional de Não Judicialização – ENAJUD, estabelecida pela Portaria Interinstitucional nº 1.186 de 2 de julho de 2014 e assinada pelo Ministério da Justiça, Advocacia Geral da União, Ministério da Previdência Social e o Conselho Nacional do Ministério Público. A portaria apresenta como seus principais objetivos:

Art. 1º Fica instituída a estratégia Nacional de Não Judicialização – ENAJUD, com o objetivo de formalizar **articulação interinstitucional e multidisciplinar** para desenvolver, consolidar e difundir os métodos autocompositivos de solução de conflitos, promover a prevenção e a **redução dos litígios judicializados**, contribuir para a ampliação do acesso à justiça e para a celeridade e **efetivação dos direitos e garantias fundamentais**. (grifo nosso)

Deve ser destacado pelos princípios fixados na mesma portaria pelo ENAJUD os seguintes:

Art. 3º São princípios do ENAJUD: I- (...); II- (...); III- (...); IV- Participação democrática, V- **Soluções dialogadas e consensuais**; VI – Cooperação entre os atores e compartilhamento das responsabilidades; e VII – (...). (grifo nosso)

Segundo a Portaria nº 16 de Fevereiro de 2015 do Conselho Nacional de Justiça que estabeleceu as diretrizes de gestão da presidência deste órgão para o biênio 2015-2016, tem-se em seu art. 1º, VI, que foi estabelecida como uma de suas metas:

Potencializar a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando na medida do possível, com a própria sociedade a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida.

Em que pese o reconhecimento pelo CNJ do fenômeno da desjudicialização a sua conceituação e dimensionamento ainda está por ser feita, visto que na área das ciências políticas e sociais, desde o clássico estudo publicado por Werneck Vianna e outros (1999) o tema da necessidade de se combater a expansão da judicialização vem sendo trabalhado. Nesse sentido, relevante o artigo publicado por Pinho e Stancati (2016) que discorre sobre o fenômeno da judicialização e seus impactos no princípio de acesso à justiça frente ao novo Código de Processo Civil, em especial, ao previsto no art. 3º.

Segundo os autores, em que pese as semelhanças entre o art. 3º do CPC/2015 (não se excluirá da apreciação *jurisdicional* ameaça ou lesão à direito) e o art. 5º, XXXV da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do *Poder Judiciário* lesão ou ameaça à direito), se realizada uma leitura mais atenta, revela-se a sutileza do comando infraconstitucional, que demonstra a oferta de uma garantia mais ampla, não restrita apenas à estrutura do Poder Judiciário, a quem é entregue o dever de prestar a jurisdição, mas não enquanto um monopólio. Ou seja, quando o art. 3º do CPC/2015 se refere à apreciação jurisdicional, vai além do poder judiciário e sua forma imperiosa de resolver o

conflito (PINHO e STANCATI, 2016, p. 3), abrindo portas para outras formas positivas de composição e buscando o dever de cooperação das partes, envolvendo outros atores, de forma que:

A jurisdição, que inicialmente seria entregue exclusivamente ao poder judiciário, pode ser delegada para serventias extrajudiciais ou ser exercida por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais. (PINHO e STANCATI, 2016, p.4)

Desta forma, entende-se o fenômeno da desjudicialização enquanto ferramenta de racionalização da prestação jurisdicional e ajuste ao cenário contemporâneo, levando necessariamente à releitura, atualização, ou ainda a um redimensionamento da garantia constitucional à luz dos princípios da efetividade e da adequação⁷². Nesse sentido, em razão da compreensão da jurisdição em sentido restrito, o fenômeno da desjudicialização não era imaginado pela comunidade jurídica em décadas anteriores.

Todavia, é possível verificar que a desjudicialização já vem ocorrendo de forma sutil na sociedade brasileira desde a edição da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) utilizada para unificar os procedimentos que não necessitavam de cunho decisório judicial para existir, mas que precisavam da ingerência estatal para lhes assegurar segurança jurídica e atribuir-lhes oponibilidade contra terceiros⁷³. Porém, seu uso têm sido difundido sem o devido cuidado:

⁷² Relevante a observação de PINHO e STANCATI. (2016, p.4) ao relembrar que o próprio Cappelletti defendeu o desenvolvimento da justiça coexistencial, mesmo sem a participação e controle do Estado, de acordo com o tipo de conflito.

⁷³ Nesse sentido: Lei nº 8.560/92 que institui formas de reconhecimento da paternidade direto no registro de nascimento pela escritura pública ou escrito particular arquivado na serventia por testamento, mesmo que incidental, destacando-se que hoje esse reconhecimento foi ampliado de tal forma que o pai não precisa sequer comparecer ao cartório onde está registrado o filho, podendo ele reconhecer a paternidade em qualquer cartório de registro de pessoas naturais do Brasil (conforme art. 6º e §§, Provimento 16/2012, CNJ, Programa Pai Presente; Lei nº 8.951/94 na qual passa a ser admitida a consignação extrajudicial de obrigação em dinheiro; com a Lei nº 9.514/97, no tocante a alienação judiciária de bem imóvel foi permitido o registro da mesma em garantia de coisa imóvel e averbação do termo de securitização de créditos imobiliários quando submetidos à regime fiduciário, sendo que na forma do disposto do art. 31 da própria lei, na forma da redação dada pela Lei nº 12.810/2013 o registro desse gravame permite a troca de propriedade do bem sem a necessidade do judiciaria. Já a lei nº 10.931/04 introduziu a averbação da cessão de crédito imobiliário e o instituto da retificação

Contudo, hoje se fala em desjudicialização sem a devida preocupação de se entender o que significa o instituto. Usa-se o vocábulo desjudicializar como sinônimo de retirar do judiciário. Porém o fenômeno é algo maior, próprio em si, caracterizando-se como jurisdição fora do Judiciário, como um meio alternativo de solução de conflitos, dotado de celeridade, eficácia, autenticidade, publicidade e oponibilidade *erga omnes*. (PINHO. STANCATI. 2016. p. 4-5) (grifo nosso)

Pinho e Stancati (2016, p.5) apontam a classificação de Pedroso (2014) como o esquema mais coerente para explicar a desjudicialização, que em um sentido geral pode ser divida em três ramos: a) a deslegalização; b) a informalização da justiça, onde se encontram os ADR⁷⁴s; e c) a desjudicialização, que em um sentido específico pode ser identificada em três formas: c.1) meios informais e recursos a não juristas nos processos em tribunal; c.2) transferência de competência de resolução de litígios para instâncias não judiciais e c.3) transferência de resolução de litígios para velhas (notários e registradores) e novas profissões jurídicas (árbitros e mediadores profissionais).

Assim, o crescimento da desjudicialização foi tanto que se constituiu como categoria própria, saindo da categoria de informalização da justiça e compondo

administrativa, que é o modelo a ser utilizado pela usucapião extrajudicial, ou seja, é permitida a correção de erros com relação ao registro imobiliário sem a necessidade de uma decisão judicial. A lei nº 11.441/2007 ao prever o divórcio e inventário extrajudicial aos maiores capazes sem filhos menores com bens ou não, permitiu essa forma facultativa e célere de regularizar o término da sociedade conjugal ou inventariar e repartir os bens deixados pelo de cujus, a lei nº 11.790/2008 desjudicializou o procedimento de registro de nascimento após transcorrido o prazo legal no local de residência do interessado; a Lei nº 11.977/2009 que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida permitiu aos detentores do título de legitimação de posse registrada após 5 anos a conversão em propriedade pela modalidade de usucapião, sem necessidade de intervenção do judiciário para áreas até 250m²; A Lei nº 12.100/2009 permitiu ao oficial de cartório corrigir os erros que podem ser imediatamente constatados na própria serventia, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador independentemente do pagamento de selos e taxas após manifestação conclusiva do Ministério Público. Ainda segundo os autores, com a entrada em vigor do Novo CPC 2015 novas hipóteses de desjudicialização podem ser constatadas, a saber: O art. 1071 promove a desjudicialização do procedimento de usucapião que pode ser promovido perante o cartório de registro de imóvel; o art. 571 permite que a demarcação e a divisão de terras possam ser realizadas pro escritura pública, desde que maiores capazes e concordes todos os interessados; art. 703 §2º autoriza a homologação do penhor legal pela via extrajudicial; bem como a adequação do novo CPC às hipóteses legais anteriormente referidas e agora incorporadas no texto do próprio CPC pelos artigos 733, 610, §1º, 384.

⁷⁴ O Termo ADR's (Alternative Dispute Resolution) é utilizado no direito americano para explicitar o que no Brasil é chamado de “modelo multiportas de acesso à justiça” (mediação, conciliação, arbitragem, etc).

a categoria da desjudicialização, com a transferência da resolução dos litígios para as instâncias não judiciais e para as velhas profissões.

A desjudicialização continua a ser uma intervenção Estatal nas relações sociais, porém, de forma diversa do judiciário. (...) A expressão desjudicialização, que hoje está em moda é uma velha conhecida do registro público, onde seu exercício se da por meio de jurisdição voluntária extrajudicial. (PINHO e STANCATI, 2016, p. 5) (grifo nosso)

Em complemento a indispensável diferenciação atribuída à juridicização, judicialização e desjudicialização, importante anotar a conclusão que Daniela Olímpio de Oliveira fornece em sua recente e atualizada obra (2015, p.240-241), afirmando que, dentro de uma lógica de teoria sistêmica não há judicialização ou desjudicialização como dentro ou fora do sistema, pois está a se tratar do sistema jurídico e não de um de seus atores: o judiciário. Em outras palavras, se o judiciário é apenas um dos atores do sistema jurídico, ambos os fenômenos são parte integrantes do sistema, de forma que a desjudicialização pode ser compreendida como mais uma das pautas de legitimação das ações pelo procedimento sistêmico, que por sua vez decorre do pluralismo e da maior autonomia dos indivíduos.

Assim, ainda segundo Oliveira (2015, p.241), o acesso à justiça deixa de ser uma questão de acolhimento por um determinado órgão estatal com poder jurisdicional e se extrapola constituindo-se na existência de uma diversidade de *locus* e procedimentos e, mais ainda, de possibilidades efetivas de realização de valores.

Desta forma, no tocante ao combate à judicialização excessiva na área da Saúde, autores como Santos; Monti (2015) tem se manifestado no sentido de adotar no Direito Sanitário o conceito renovado e ampliado de desjudicialização, para além da simples informalização (garantia por via registral e notarial de direitos patrimoniais disponíveis), mas também como forma de garantir e legitimar a atuação dos novos arranjos institucionais como os meios informais e recursos a não juristas nos processos em tribunal (p.ex.

NAT's) ou a transferência de competência de resolução de litígios para instâncias não judiciais (p.ex. Núcleos de Judicialização vinculados às Secretariais Estaduais e Municipais de Saúde). Dessa forma, a utilização do instituto da mediação como instrumento de abertura ao diálogo entre os poderes judiciários e executivos e dentro de uma estratégia para a desjudicialização da Saúde, será adiante analisado em detalhes por meio da descrição de experiências institucionais concretas, pois atuariam predominantemente como fenômenos de desjudicialização tal como são classificados por PINHO e STANCATI (2015) supracitados, como *meios informais e recursos a não juristas nos processos em tribunal e transferência de competência de resolução de litígios para instâncias não judiciais* .

4.2 Experiências bem sucedidas de efetivação das políticas públicas de saúde por meio do diálogo institucional

De várias mudanças institucionais que se iniciaram após a Audiência Pública nº 04 do STF, bem como dos encontros, Jornadas Jurídicas e das recomendações e fóruns do CNJ, é possível identificar algumas práticas que se tornam mais representativas do processo de gestação e inauguração de espaços de diálogo institucional. Assim, após pesquisa sobre as experiências atuais espalhadas pelo Brasil, selecionaram-se quatro delas para demonstrar o processo de construção dos arranjos institucionais e suas conquistas: o Núcleo de Apoio Técnico - NAT de Araguaína/TO (2011), o Núcleo de Conciliação de Medicamentos – NCM de Lages/SC (2012), a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde – CAMEDIS de Brasília/DF (2013) e o Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde – NAJS de Belo Horizonte/MG (2013).

Ao reunir tais experiências não se espera ranqueá-las a fim de verificar qual funciona mais ou menos (até porque em alguns casos a estratégia foi aplicada a nível judicial, outras extrajudiciais, outras ambas), mas sim de identificar nessas experiências as concepções, as estratégias e os arranjos institucionais que permitiram tal sucesso. O principal documento utilizado para realizar esta

análise é o Relatório Justiça em números do CNJ, que reuniu três casos paradigmáticos para profunda análise (TO, SC, DF). Além do relatório do CNJ, outros artigos acadêmicos sobre os casos também foram utilizados.

Importante ressaltar que, conforme já apontado no capítulo anterior, os dados da judicialização da saúde no Brasil ainda são em sua grande maioria de difícil acesso, exemplo disso é o fato do relatório publicado pelo CNJ/2015 apresentar como seus números mais recentes dados de 2012. A mesma dificuldade de registro, sistematização e publicação de dados aparece neste tópico. Por essa razão, das quatro experiências bem sucedidas selecionadas, apenas a Secretaria Municipal de Saúde de Araguaína possuía disponível os números para realização de comparativos. Todavia, mesmo sem os números para chancelar as outras três experiências, os relatos e resultados alcançados demonstram a instauração de um ambiente de diálogo institucional que promove um acesso à saúde mais efetivo, observando os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e prevenindo o aumento dos números de demandas excessivas em saúde.

4.2.1 O caso de Araguaína/TO

Com a segunda maior população de Tocantins, Araguaína possui 153.123 habitantes (Censo IBGE/2012) e está localizada na região norte do Estado do Tocantins, na Mesorregião Ocidental. O município compõe a regional de saúde denominada Médio Norte Araguaia, possuindo uma complexa rede de assistência pública à saúde⁷⁵ e se constituindo como referência para diversos municípios vizinhos, inclusive para usuários de outros estados.

⁷⁵ Unidades Básicas de Saúde, Unidade de Pronto Atendimento (UPA/24h), Unidade de Atendimento Móvel de Urgências (SAMU 192), Hospital Municipal, Centro de Controle de Zoonoses, Vigilância Epidemiológica, Vigilância Sanitária Municipal, Centro de Referência em Saúde do Trabalhado (CEREST), além dos serviços prestados sob gestão estadual, como o Hospital Regional Público de Araguaína e o Ambulatório de Especialidades Estadual.

Atingido igualmente pelo fenômeno da excessiva judicialização do setor sanitário, especialmente pelo impacto econômico e administrativo das decisões judiciais e da falta de apoio dos governos federal e estadual (CNJ, 2015, p.70), Araguaína, consciente dos desafios para efetivação do direito à saúde, desenvolveu novas formas de pensar a atuação do poder público e das demais instituições jurídicas nesse cenário. A partir da criação de um NAT – Núcleo de Apoio Técnico combinado à inauguração de uma Ouvidoria municipal, caminhou-se rumo a uma prática extrajudicial de intenso diálogo interinstitucional dando à litigiosidade em saúde um caráter residual de todo esse projeto implantando.

Os NAT's tradicionalmente foram implementados nos diversos Tribunais do país com um propósito consultivo, ou seja, um auxílio ao juiz na formação de sua convicção nos litígios em saúde. No caso específico de Araguaína, as funções do NAT foram além do aspecto consultivo, englobando também aspectos de prevenção e de gestão. Ou seja, além de ferramenta de apoio ao judiciário ao proferir pareceres técnicos quanto ao direito sanitário e às políticas públicas de saúde verifica-se igualmente: i) um caráter preventivo, que diz respeito à atuação como meio de solução administrativa de conflitos, estimulando a interlocução entre as instituições jurídicas e políticas, prevenindo sua judicialização e, ii) um caráter de gestão, que diz respeito à identificação da maior incidência das demandas para ações e estratégias de planejamento em saúde, com o objetivo de otimizar o atendimento prestado aos usuários, e de acompanhamento do cumprimento das ações judiciais e a pertinência de utilização de medicamentos e insumos de trato sucessivo (CNJ, 2015, p.58).

Neste último aspecto (caráter de gestão), verifica-se aderência com o pretendido pelo Enunciado nº 2 do CNJ, na qual as demandas continuativas que se encontrarem judicializadas devem ser periodicamente acompanhadas. O relato abaixo de um assessor jurídico do NAT de Araguaína demonstra quão importante é o acompanhamento e avaliação da saúde ao longo do cumprimento da sentença judicial, evitando inclusive o desperdício no caso de morte:

Às vezes são medicamentos de uso contínuo. O juiz fica em processo infinito, pois o paciente pode vir a falecer. O NAT acompanha mensalmente os processos de uso contínuo e enviam relatórios aos juízes. Assim que funciona. Às vezes é pedida uma reavaliação para o caso do paciente já ter tido melhora de 100% ou caso o medicamento que o paciente esteja usando não esteja fazendo mais efeito. Por isso a equipe do NAT tem de acompanhar os pacientes. Toda essa mentalidade tem de estar imbuída no secretário (CNJ, 2015, p.62)

Assim, apesar de estar presente dentro da estrutura física da Secretaria Municipal de Saúde o NAT não é uma extensão dela, mas uma equipe independente para auxiliar as instituições políticas e jurídicas. De acordo com a Portaria nº 52 de 23 de julho de 2013 da Secretaria Municipal de Saúde, o NAT de Araguaína é formado por uma equipe multidisciplinar, composto por especialistas em saúde pública e profissionais como assessor jurídico, enfermeiro, farmacêutico, assistente social, assistente técnico administrativo e assistente do departamento de compras da Secretaria Municipal de Saúde. Somado a esta equipe, sempre que necessário à elaboração de parecer técnico especializado há o apoio eventual de profissionais da Rede SUS municipal, como médicos, cirurgiões-dentistas, nutricionistas e fisioterapeutas.

O NAT, em que pese já fortemente recomendado pelo CNJ foi idealizado na cidade pela Juíza titular da 2^a Vara da Fazenda e Registros Públicos, em conjunto com a coordenadora da Ouvidoria do Município, com o Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins e executado pela Secretaria de Saúde de Araguaína (HENRIQUE; BRITO, MEL, 2013, p. 323). Seu objetivo foi atuar em parceria para apoiar e subsidiar nas resoluções de demandas em saúde, bem como prevenir novos conflitos.

A experiência parte da premissa de que as instituições jurídicas podem fazer muito mais pela saúde do que a propositura e decisão de ações judiciais, abrindo-se espaço para diversas estratégias extrajudiciais e dialógicas de efetivação da saúde (CNJ, 2015, p.47). Para tal, institui-se o projeto de criação de novas práticas com a realização de um diagnóstico situacional pelos atores políticos e jurídicos e criadas estratégias de diálogo permanente.

Todavia, antes mesmo de se instituir o projeto, o desafio foi construir sua confiabilidade perante as instituições jurídicas e políticas, bem como garantir o compromisso e adesão destas às iniciativas que mais tarde seriam propostas. Para alcançar tal objetivo foram realizadas inúmeras reuniões de trabalho com representantes da Secretaria Municipal de Saúde, Secretaria Estadual de Saúde, Defensores Públicos, Promotores de Justiça e Juízes que atuavam diretamente com a efetivação da Saúde. Nestas ocasiões, muitas conversas foram desenvolvidas no sentido de que cada um desses órgãos tivesse a oportunidade de esclarecer sua realidade uns aos outros (CNJ, 2015, p.57), tornando-os sensíveis à complexidade das demandas em saúde.

Assim, estipulou-se a criação de um núcleo técnico que tomasse medidas para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência a saúde. Foi então criado então o Núcleo de Apoio Técnico (NAT), através da Portaria n.66 de 18 de maio de 2011⁷⁶ da Secretaria Municipal de Saúde, que definiu as competências e o fluxo operacional a ser desenvolvido em parceria com a Ouvidoria, tendo como principais objetivos a mediação de conflitos, o alcance de soluções administrativas para as demandas em saúde e a democratização das informações e da gestão.

No mesmo ano de instalação do NAT foi firmado Termo de Parceria entre o TJTO e o município, com a previsão das obrigações dos signatários através de abordagem inovadora de gestão compartilhada, fazendo com que própria rotina da gestão em saúde passasse a ser compartilhada entre o Executivo e o Judiciário (respeitando suas funções típicas), e posteriormente incorporando atores como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Havia, em sua origem

⁷⁶ O NAT de Araguaína foi legitimado pela fundamentação legal: Constituição Federal do Brasil de 1988; Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Portaria nº 52, de 23 de julho de 2013, da Secretaria Municipal de Saúde de Araguaína/TO – Regulamenta o funcionamento do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) na Secretaria Municipal de Saúde de Araguaína e dá outras providências; Termo de Cooperação Técnica entabulado entre o Município de Araguaína e o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins; Política Nacional de Gestão Estratégica e Participativa no SUS (Participa SUS), aprovada pela Portaria nº 3.207, de 26 de novembro de 2007, que orienta as ações de governo na promoção e aperfeiçoamento da gestão democrática no Sistema Único de Saúde e institui a Ouvidoria do SUS como um de seus componentes fundamentais.

a seguinte expectativa de entrosamento entre os diversos órgãos envolvidos diretamente no processo:

Quadro 11 – Atores envolvidos no projeto, segundo prioridade, papel, participação e resultados esperados.

Prioridade	Autor	Condição	Participação	Resultados esperados
Alta	TJTO	Signatário	Assinatura do Termo de Cooperação	Diminuição das demandas
Baixa	Comarca	Usuário	Uso do parecer técnico	Embasamento das decisões
Baixa	Ouvidoria SUS	Interveniente	Solução do conflito	Pró-atividade
Baixa	MP/TO	Usuário	Solução do conflito	Entrega da tutela pretendida
Baixa	DF/TO	Usuário	Solução do conflito	Entrega da tutela pretendida
Alta	Prefeitura	Signatário	Assinatura do Termo de Cooperação	Diminuição de cumprimento

Fonte: HENRIQUE, BRITO, MEL. (2013, p. 329).

Em 2011, de acordo com o estudo de HENRIQUE, BRITO, MEL (2013), o NAT recebeu da Defensoria Pública 82 demandas e 167 do Ministério Público Estadual totalizando 249 encaminhamentos.

Tabela 5– Evolução do atendimento de 2011 a 2013

Administrativos	2011*		2013*		Variação
Defensoria Pública	82	33%	45	38%	-45%
Ministério público	167	67%	74	62%	-56%
Total	249	100%	119	100%	-52%
Judicializados	40	16%	21	18%	-48%

Fonte: HENRIQUE. BRITO. MEL. (2013, p. 332). *Os dados apresentados no exercício de 2011 são referentes à maio e a dezembro de 2011 (período pós-instalação do NAT). Os dados de 2013 são referentes aos meses de janeiro à junho.

Verifica-se que entre 2011 e 2013 houve uma clara redução no número de demandas solicitadas, com 45% de redução total de demandas da Defensoria Pública e 56% das provenientes do Ministério Público. Tal redução pode ter sido potencialmente motivada pelo fato de que os referidos órgãos passaram a orientar os usuários a fazer prévia tentativa de ver seus pleitos atendidos pelas vias administrativas do Poder Executivo antes do ingresso formal no judiciário.

Importante destacar que esta orientação da Defensoria Pública e do Ministério Público para a tentativa prévia de resolução da demanda nas vias administrativas é objeto do já anteriormente citado Enunciado nº 3 do CNJ: “Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”. Todavia, imprescindível ter uma estrutura para receber essa demanda e dar a ela seguimento. No caso de Araguaína, a Ouvidoria realizou esta tarefa, juntamente com o NAT, tornando-a relevante na efetivação extrajudicial das políticas públicas de saúde.

De fato, a Tabela 2 (abaixo) comprova a relevância da Ouvidoria do SUS ao demonstrar a sua influência no processo de reduzir a judicialização. Em 2013 houve um aumento de 153% quando comparado à 2011, resultado da procura do usuário diretamente à Secretaria Municipal de Saúde. Assim, Araguaína conseguiu um relevante decréscimo de 48% de demandas judicializadas desde a implantação do NAT comprovando sua resolutividade administrativa: enquanto em 2011 foram judicializadas 40 demandas, em 2013 o número foi de apenas 21. O movimento de aumento de procura ao Executivo, por sua vez, reduziu o número de procura e consequente interferência na gestão em saúde de outros órgãos.

Tabela 6 – Comparativo dos requerimentos solicitados em 2011/2013

Administrativos	2011*		2013*		Variação
Ouvidoria do SUS (Espontâneas)	189	43%	479	80%	153%
Defensoria Pública	82	19%	45	8%	- 45%
Ministério Público	167	38%	74	12%	- 56%
Total	438	100%	598	100%	37%
Judicializados	40	9%	21	4%	- 48%

Fonte: CNJ, 2015, p.75

Nesse sentido, conforme aos números abaixo (Tabela 3), é possível evidenciar a resolutividade administrativa da quase totalidade dos processos

encaminhados pela Defensoria Pública (95,%) e da grande maioria dos encaminhados pelo Ministério Público (82,4%). Os dados apontam importante redução dos números da judicialização em saúde no município desde a implantação do NAT e participação da Ouvidoria Municipal, que recepcionou e encaminhou as demandas aos setores responsáveis.

Tabela 7 - **Demandas, janeiro-junho 2013**

Origem	Ofícios recebidos e respondidos administrativamente	Processos Judicializados	Resolutividade administrativa
Defensoria Pública	45	2	4,44%
Ministério Público	74	13	17,57%
Ações Judiciais sem prévia consulta ao NAT	-	6	-
Total	119	21	17,65%

Fonte: CNJ, 2015, p.75

Verifica-se então que das 119 demandas registradas, apenas 15 casos foram judicializadas, por tratarem-se de situações que excediam a competência de gestão da rede Municipal ou de procedimentos não padronizados pelo SUS (HENRIQUE, BRITO, MEL, 2013, p. 334). Para as outras 6 judicializações não houve consulta prévia ao NAT, seja via Defensoria ou Ministério Público. Outrossim, destaca-se igualmente os efeitos pedagógicos da medida, que ao incentivar, educar e conscientizar, educa o cidadão no sentido de acessar diretamente o sistema de saúde gerido pelo Poder Executivo local, desconstruindo a ideia de que para ver sua demanda resolvida é preciso se encaminhar ao judiciário. Verifica-se claramente neste movimento estabelecido em Araguaína: acesso ao judiciário não é sinônimo de acesso à justiça.

Constata-se então a importância da atuação do NAT e Ouvidoria, tanto para os usuários envolvidos, que veem a possibilidade de atendimento mais rápido de sua demanda quanto para a própria Defensoria e Ministério Público, que verificam uma grande redução no volume de ações. O CNJ coloca em destaque cinco fatores primordiais de inovação responsáveis pela conquista da redução da judicialização excessiva em saúde de Araguaína, dentre os quais

em três casos se faz importante citação na íntegra pela aderência ao objeto da presente dissertação:

- “Criação de uma equipe que, além de **emitir pareceres técnicos**, informa sobre todas as especificações, relata a existência ou não de políticas públicas ou sobre diretrizes terapêuticas e da previsão de substituição de medicamento ou serviços, a posologia, duração do tratamento.
- Integração entre o NAT e a Ouvidoria, atuando em uma perspectiva resolutiva administrativa, evitando a judicialização ou, quando ajuizada a ação, emitindo parecer potencializando os resultados e **fomentando o diálogo entre as instituições políticas e jurídicas**, e até com a população, mediante o contato direto com os usuários e visitas domiciliares.
- A vontade política e o diálogo institucional potencializaram a organização de fluxos de atendimento aos usuários, a disseminação de informações sobre o direito à saúde e sobre o funcionamento dos programas de saúde locais, e a própria **efetivação do direito à saúde judicial e extrajudicialmente a partir do diálogo institucional.**” (CNJ, 2015, p.76) (grifo nosso)

Verifica-se então que Araguaína apenas alcançou tal cenário com a construção de um espaço específico de diálogo institucional para esta finalidade, de forma que os principais beneficiários da implantação do NAT, além de obviamente o próprio usuário, foi a Presidência do Tribunal de Justiça do Tocantins, a Diretoria Judiciária, a Comarca de Araguaína, as Varas das Fazendas Públicas, Secretaria Municipal de Saúde o Ministério Público e a Defensoria Pública.

4.2.2 O caso de Lages/SC

Lages, município de Santa Catarina, possui 158.846 habitantes (Censo IBGE/2014) e faz parte da mesorregião serrana do estado - sede da Região Metropolitana de Lages. O município é um dos principais centros clínicos de Santa Catarina⁷⁷, de forma que além da Serra Catarinense, a estrutura de saúde de Lages atende pacientes do Oeste, Meio-Oeste e do Alto Vale do Itajaí. Os municípios da região enfrentam desafios de estruturação do sistema

⁷⁷ A estrutura de saúde da cidade é composta por: 30 unidades de atendimento, sendo 25 na área urbana e 5 rurais, 5 hospitais, sendo 3 públicos e 2 particulares, 1 Policlínica Municipal e 1 Pronto Atendimento Municipal.

de saúde, sobretudo porque estão distantes da capital (Florianópolis) bem como porque seus recursos são frequentemente direcionados para o fornecimento de serviços e insumos.

As raízes da experiência de diálogo institucional na cidade tem origem em 1997, antes da Audiência nº 04 da saúde ou mesmo das primeiras resoluções do CNJ terem sido pensadas. Neste ano foi criado um consórcio intermunicipal que englobou 25 municípios (e que existe até hoje) visando definir uma rotina de procedimento para os processos judiciais referentes às prestações de saúde, processo decisivo para oferecer as bases institucionais desta experiência. (CNJ, 2015, p.76). Isto porque o consórcio realizou a assinatura de um Termo de Cooperação Técnica com o Judiciário em 2008 com o objetivo de estabelecer estratégias conjuntas de efetivação da saúde, buscando-se definir uma rotina de procedimentos para os processos judiciais referentes às prestações de saúde. Dessa busca, nasce em 2012, resultado das atividades do termo de cooperação, o Núcleo de Conciliação de Medicamentos.

O projeto é oriundo da constatação de que os atores políticos e jurídicos podem atuar de maneira integrada na efetivação do direito à saúde e independentemente da existência de processos judiciais (ASENSI, PINHEIRO, 2015, p.55). Mediante a instauração de um caos administrativo que se intensificou a partir da proliferação de mandados judiciais e da falta de padronização em seu cumprimento pela gestão, a experiência de Lages teve como uma de suas primeiras premissas a padronização de procedimentos e a racionalização da atuação dos atores políticos e jurídicos.

De fato, da mesma forma que ocorreu em Araguaína, à frente da organização e instalação do núcleo se encontrava um juiz que demonstrava uma preocupação constante com uma efetiva solução das demandas em políticas públicas em saúde, mais do que “apenas a contabilização de um dado” (ASENSI E PINHEIRO, 2015, p.55), fazendo referência ao número de decisões proferidas. A relatar as origens da iniciativa desse processo, o juiz afirma que:

Acredito que foi entre 2004 e 2005, em razão dos processos judiciais. E no programa de qualidade, entre 1994 e 1995, pela

saúde dos meus funcionários. Eu estava no tribunal de justiça e participei de um projeto em função da saúde do trabalhador do Judiciário. Então aquela minha experiência como juiz de direito em 1994 e 1995 num programa de qualidade onde você começa a trabalhar o gerenciamento numa questão mais global, e não só uma visão muito específica você tem que olhar o todo. Essas duas experiências e a do tribunal foram bastante ricas nesse sentido. Quando eu tive esses primeiros processos eu já senti essa questão da saúde. Então eu comecei a não verificar unicamente a consequência, mas trabalhar com a causa dessas questões pra poder dar efetividade ao processo de saúde. O diferencial que eu vejo hoje do Judiciário e alterar o procedimento que o Judiciário tem com relação a essas demandas pra buscar efetividade. Porque, se não buscar efetividade, você está contabilizando apenas um dado, e não uma vida com qualidade. (ASENSI, PINHEIRO, p.55).

É relevante verificar na experiência de Lages, e não se incide em erro ao estendê-la ao resto do país, que mensurar a produtividade do magistrado pelo número de sentenças proferidas pode construir uma visão reduzida dos limites e possibilidades da atuação de um juiz na efetivação do direito à saúde. Da mesma forma que a saúde não pode ser pensada como mera ausência de doença, também a atuação do judiciário não poderia ser concebida somente a partir do modelo adversarial do processo judicial (CNJ, 2015, p.82) Na saúde, é necessário criar novas formas de atuação de um magistrado, buscando-se superar o modelo adversarial e estabelecer uma nova forma de atuação menos formalista e mais no viés da humanização do direito à saúde vez que, como afirma o juiz de Lages, “na saúde é diferente”. (CNJ, 2015, p.80).

Assim, se em Tocantins a figura representativa do diálogo institucional no município foi o NAT – Núcleo de Assessoria Técnica instituído de 2011, em Lages, esta figura é o NCM – Núcleo de Conciliação de Medicamentos. Composto por uma equipe multidisciplinar que conta com psicólogo, terapeuta ocupacional, assistente social, farmacêutico, médico e os próprios agentes comunitários de saúde o projeto proporcionou uma alternativa a um modelo prejudicial da judicialização sendo que, desde a sua criação, verificou-se a redução da litigiosidade e a ampliação de arranjos institucionais dialógicos, conforme se verificará adiante.

O Núcleo tem o propósito de atender com efetividade e eficácia as solicitações de medicamentos pelos usuários do SUS ainda não judicializadas por meio de uma central de conciliação pré-processual, servindo ainda como órgão consultivo e deliberativo sobre a adequação técnica da dispensação de medicamentos no município. Esta dinâmica fortalece a promoção do uso apropriado de medicamentos e se coloca como instrumento pedagógico ao instruir os cidadãos quanto aos seus direitos.

Se em um primeiro momento o projeto surge num viés de tratamento exclusivo de medicamentos, atualmente o Núcleo de Conciliação de Medicamentos ampliou suas atividades para os casos de tratamentos e próteses, trabalhando não apenas com a produção de pareceres, mas com mediação de conflitos. Não obstante, enquanto em Araguaína a atuação do núcleo se dava a nível tanto judicial quanto extrajudicial, pré e pós a demanda ter sido judicializada, em Lages a experiência alcança apenas nível extrajudicial.

Todavia, importante destacar que tal estratégia não foi muito bem compreendida pelos órgãos jurídicos à época, de forma que a dedicação do juiz idealizador do Núcleo não foi muito bem interpretada pelo Ministério Público, que alegou sua suspeição no julgamento de demandas em saúde por entender que tais medidas estavam sendo tomadas para beneficiar o estado em detrimento do indivíduo. O juiz recorreu, mas a suspeição foi posteriormente julgada procedente pelo Tribunal de Justiça no Estado de Santa Catarina. De fato, caso essa interpretação por parte de alguns atores jurídicos (Judiciário e MP) não seja reavaliada, essas experiências inovadoras podem continuar a proporcionar estranhamento por parte da Justiça Brasileira (mesmo que com reiteradas orientações do Conselho Nacional de Justiça neste sentido). O relato do juiz é revelador:

O tribunal declarou a minha suspeição. Eu tenho um acordão aqui do tribunal, eu não posso trabalhar com processo de saúde, porque ao longo desse período eu tomei a iniciativa de criar esse espaço e o promotor arguiu a minha suspeição porque o entendimento dele, no primeiro momento, era que isso estava sendo feito para beneficiar o estado em detrimento do indivíduo. **Na realidade, se você perceber o protocolo que foi criado, esse trabalho foi criado em prol do cidadão.**

(...) Agora se eu tenho o poder de fazer mais, como e que eu não vou fazer mais? Só por que eu sou juiz? Então não posso ter aquela conduta? Então isso foi entendido: que eu estava ultrapassando as minhas atividades, eu estava me tornando parcial. Na verdade não, **isso é uma questão de humanizar o atendimento.** (ASENSI, PINHEIRO, p.60-61).

A declaração da suspeição não impediu que fossem estabelecidas estratégias extrajudiciais entre o Executivo e o Judiciário, obtendo efeito contrário e agindo como “elemento motor” (CNJ, 2015, p.100) para que fossem criados diversos projetos com foco no dialogo institucional e na efetivação do direito a saúde. Atualmente, o mesmo Ministério Público que alegou a suspeição do juiz em 2009, trabalha de maneira mais integrada e colaborativa nos projetos desenvolvidos extrajudicialmente.

O CNJ destaca que a construção do espaço de diálogo institucional de Lages foi formada basicamente de uma vivência pessoal entre o juiz e os gestores, se traduzindo em estratégias eminentemente extrajudiciais de promoção, prevenção e recuperação da saúde. Assim, destaca como fator de inovação:

- **Diálogo do Judiciário com os gestores de saúde em prol de medidas efetivas de melhoria da comunicação** formal/informal, que contribuiu para o estabelecimento de diversos **projetos institucionais.** (CNJ, 2015, p.107).

Desta forma, em que pese o referido juiz estar impedido de agir nas demandas de saúde do município, as atividades do NAT continua a ocorrer através dos diversos atores da saúde pública local, que continuam os trabalhos.

4.2.3 O caso de Brasília/DF

A capital do Brasil possui segundo o Censo/IBGE/2016 uma população de 2.977.216 habitantes e conta com uma ampla estrutura de saúde. De acordo

com levantamento realizado também pelo IBGE⁷⁸ em 2009, Brasília possuía um total de 1.756 estabelecimentos de saúde, sendo 148 públicos e 1.608 privados, totalizando 5.294 leitos para internação, sendo que aproximadamente 3.700 são públicos.

Brasília instituiu em primeiro de fevereiro de 2013 a Portaria Conjunta nº 01 entre a Secretaria Municipal de Saúde e a Defensoria Pública Federal, o CAMEDIS – Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde. Segundo seu art. 2º o CAMEDIS possui como missão institucional buscar solução às demandas pro serviços e produtos em saúde, com o intuito de evitar ações judiciais ou propor soluções para aquelas em trâmite, competindo ao órgão i) a promoção da mediação em demandas por serviços ou produtos em saúde a serem fornecidos pelo SUS no DF, ii) buscar conciliação e propor soluções para demandas judiciais em trâmite, iii) propor aos órgãos e entidades da Administração Pública no DF responsáveis pela elaboração e execução de políticas públicas associadas à saúde, medidas para melhorias e cooperação.

Segundo o CNJ foram duas concepções principais construídas pelos atores jurídicos e políticos do distrito federal que tornaram possível seu desenvolvimento: a visão do direito à saúde relacionada ao que é oferecido pelo SUS (princípios e diretrizes), sendo este o limite do que deve ou não ser concedido; e a adoção de uma postura pró-ativa por parte dos atores jurídicos e políticos responsáveis pela saúde na busca de uma mútua capacitação entre os atores políticos e jurídicos (CNJ, 2015, p. 109).

As origens e os protagonistas desse projeto, diferente da experiência de Araguaína e Lages na qual havia fortemente a presença da liderança de um juiz, foram a Defensoria Pública e a Secretaria de Saúde. Anteriormente à criação do CAMEDIS, a experiência de diálogo institucional foi iniciada a partir da criação de um Comitê Distrital de Saúde, produto das recomendações do CNJ para a realização de monitoramento de demandas judiciais em Saúde, e de propositura de medidas concretas de aperfeiçoamento do judiciário da

⁷⁸ IBGE, Assistência Médica Sanitária 2009. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=530010&idtema=5&search=districto-federal%7Cbrasil%7Cservicos-de-saude-2009>>. Acesso em 28/11/2016.

efetivação desse direito. Cria-se então um cotidiano colaborativo e compartilhado de efetivação do direito à saúde sob o pressuposto de que os atores políticos e jurídicos podem atuar de maneira integrada e dialogada na efetivação do direito à saúde (ASENSI, PINHEIRO, 2016, p.21).

Tabela 8 - Composição do CAMEDIS – Portaria Conjunta nº 1

COMPOSIÇÃO	INSTITUIÇÃO	ATRIBUIÇÕES
1 membro 1 suplente	Secretaria de Saúde/DF	<ul style="list-style-type: none"> a) elaborar e enviar respostas aos ofícios enviados à Camedis, dentro do prazo estabelecido de 21 dias; b) elaborar pauta para as sessões de conciliação; c) fornecer suporte administrativo e material para realização das sessões; d) participar das sessões de conciliação por meio de seu integrante titular ou suplente; e) cumprir os acordos nos prazos estabelecidos nos termos de mediação.
1 membro 1 suplente	Defensoria Pública/DF	<ul style="list-style-type: none"> a) receber as demandas de pacientes do SUS e elaborar ofícios destinados à Camedis, a serem apreciados por sua coordenação (realizada pela secretaria); b) participar das sessões de conciliação por meio de seu integrante titular ou suplente; c) elaborar os Termos de mediação resultantes das manifestações de pacientes e da secretaria durante as sessões de conciliação; d) fazer o acompanhamento dos ofícios e do cumprimento dos termos de mediação por parte da secretaria.

Fonte: Regulamento Camedis.

Assim como se constatou no caso de Lages/SC, em Brasília também houve uma desconfiança inicial das instituições jurídicas, mas dessa vez do sob o argumento principal de que o comitê estaria intervindo no cotidiano da gestão. Assim sendo, após um trabalho de conscientização mútua é que foi possível a mudança do posicionamento dos gestores, que passaram a entender o novo espaço dialógico como forma de auxiliar a população e não como “mais uma ordem do judiciário para atrapalhar a vida deles” (CNJ, 2015, p.116), de forma que entre a sua instituição, feita por portaria que institui o CAMEDIS, e seu efetivo funcionamento, o lapso temporal foi de mais de seis meses.

Em que pese a resistência inicial, a experiência de Brasília conquistou uma relação de união entre os atores institucionais envolvidos na busca de estratégias extrajudiciais de promoção, prevenção e recuperação da saúde.

Assim, dentre os cinco destaques de fatores de inovação elencados pelo CNJ, duas delas são especiais para a presente dissertação:

- Diminuição do número de ações judiciais relacionadas aos casos apreciados pela Camedis, pois há um algo grau de êxito nas sessões de mediação, tanto com o atendimento integral das demandas, quanto com a oferta de soluções mediante o consenso.
- Fortalecimento do diálogo e cooperação entre Defensoria e Secretaria de Saúde, já que ambas as instituições têm que atuar conjuntamente no sentido de promover o direito à saúde aos pacientes do SUS de forma individualizada, sem perder de vista a perspectiva coletiva da saúde. (CNJ, 2015, p.128)

4.2.4 O caso de Belo Horizonte/MG

A experiência de Belo Horizonte não foi uma das três escolhidas para compor o relatório do CNJ (2015). Todavia, por se tratar de uma experiência que se demonstra bem sucedida, bem como por se tratar da capital de Minas Gerais, estado na qual a presente Faculdade de Direito se situa, entende-se relevante compô-la na presente dissertação. Para reunir tais informações foi utilizado um artigo acadêmico e informações dos próprios atores da judicialização que trabalham com o caso de Belo Horizonte.

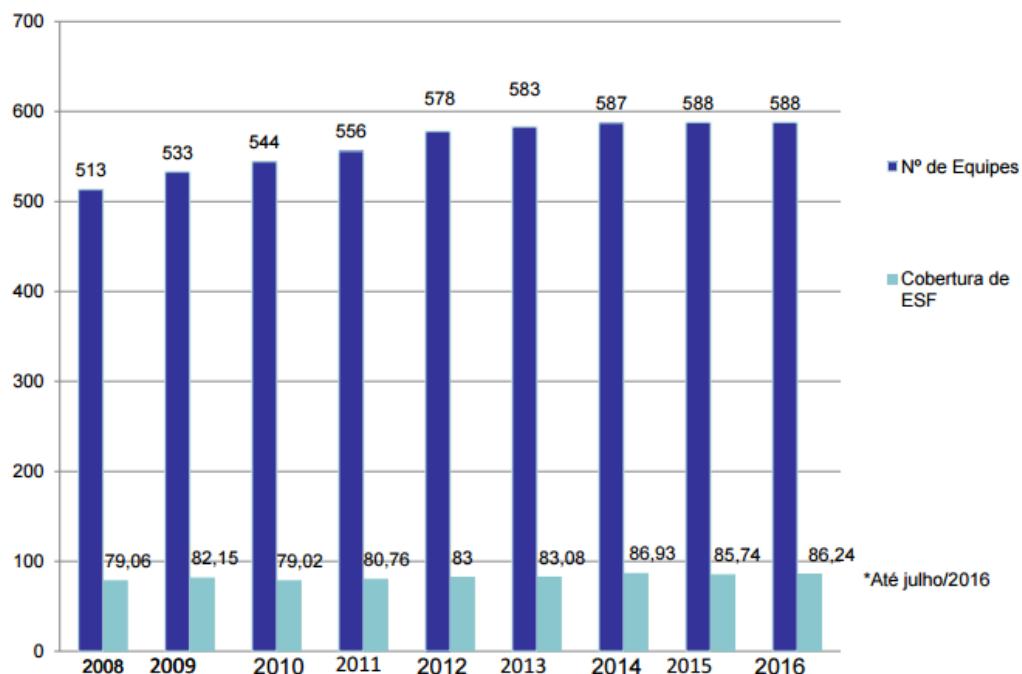
A cidade de Belo Horizonte possui segundo o Censo IBGE/2016 2.513.451 habitantes, mas sua rede de saúde atende toda a chamada região metropolitana⁷⁹, que chega à 5.873.841 habitantes. A rede está dividida em

⁷⁹ A região metropolitana de Belo Horizonte é composta por 34 municípios: Baldim, Belo Horizonte, Betim, Brumadinho, Caeté, Capim Branco, Confins, Contagem, Esmeraldas, Florestal, Ibirité, Igarapé, Itaguara, Itaiaiuçu, Jaboticatubas, Juatuba, Lagoa Santa, Mário Campos, Matheus Leme, Matozinhos, Nova Lima, Nova União, Pedro Leopoldo, Raposos, Ribeirão das Neves, Rio Acima, Rio Manso, Sabará, Santa Luzia, São Joaquim de Bicas, São José da Lapa, Sarzedo, Taquaraçu de Minas, Vespasiano e 16 municípios do “Colar Metropolitano”: Barão de Cocais, Belo Vale, Bom Jesus do Amparo, Bonfim, Fortuna de Minas, Funilândia, Inhaúma, Itabirito, Itaúna, Moeda, Pará de Minas, Prudente de Morais, Santa Bárbara, São Gonçalo do Rio Abaixo, São José da Varginha, Sete Lagoas.

Atenção Básica, Atenção Especializada, Urgência e Emergência, Regulação da Atenção Hospitalar, Regulação da Alta Complexidade e Vigilância à Saúde em mais de 180 unidades distribuídas por toda a cidade, dispõe de um total de 36 hospitais, sendo um municipal, dois federais, sete estaduais e o restante filantrópicos e privados e cerca de 6.106 leitos.

O percentual de cobertura da Estratégia de Saúde da Família apresentou uma curva ascendente de 2008 à 2016, alcançando 86,24% de atendimento até julho de 2016, com 588 equipes de Saúde da Família. Abaixo o gráfico completo:

Gráfico 5 – Número de equipes de saúde da família e percentual de cobertura do Programa de Saúde da Família Belo Horizonte 2008 a 2016.



Fonte: Relatório detalhado 2º Quadrimestre de 2016 de Belo Horizonte, p. 17.

Na capital mineira, segundo Araújo (2014, p.74) quem disparou o início das atividades para instalação de um espaço de diálogo institucional foi o ex-secretário estadual de saúde, que, preocupado com o aumento dos números e formas de penalidades aplicadas ao estado e aos seus gestores (multas institucionais e pessoais, sequestro e bloqueio de verbas, caracterização de crime de desobediência e improbidade administrativa e até mesmo prisão) determinou fosse dada maior atenção, reorganizando a área responsável pelo cumprimento das ordens judiciais e fornecimento de subsídios técnicos à

Advocacia Geral do Estado (AGE). Assim, após reunião entre Gabinete da Governadoria com a presença da Secretaria de Estado de Saúde e da AGE, foi proposta a criação de uma assessoria de atendimento à Judicialização da Saúde.

A partir de reuniões semanais realizadas entre a SES/MG e AGE, partindo de uma metodologia de trabalho baseada em PDCA – Act-Plan-Control-Do⁸⁰ (ARAÚJO, 2014,p.74), realizou-se uma pesquisa-ação que observou os problemas junto aos grupos envolvidos, enumerando-os a fim de identificar seus macroprocessos, processos, subprocessos e atividades, de forma que cada servidor envolvido teve suas tarefas catalogadas e tempo de execução medido.

É nesta conjuntura de modificação de processos e fluxos de trabalho, visando a melhora do resultado do trabalho da SES/MG no atendimento às demandas judiciais que se cria o Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde por meio do art. 30 Lei Estadual nº 21.077 de 27 de novembro de 2013⁸¹. Assim, seu principal motor foi a necessidade de se alcançar uma atuação mais eficaz e célere, diminuindo a burocracia interna, e por consequência o número de penalidades aplicadas ao Estado e aos gestores da SES.

No mesmo sentido o núcleo objetivou além de uma maior aproximação entre a SES/MG e a AGE, buscou também facilitar o fluxo de informações tanto técnicas quanto processuais, além de possibilitar a responsabilização única e inequívoca pelo cumprimento das ordens judiciais. Ou seja, o que antes era

⁸⁰ O círculo PDCA, ou ciclo de Shewhart ou ciclo de Deming é um ciclo de desenvolvimento que tem foco na melhoria contínua. O PDCA foi introduzido no Japão após a guerra, idealizado por Shewhart e divulgado por Deming, quem efetivamente o aplicou. Inicialmente deu-se o uso por estatística e métodos de abordagem. O ciclo tem por princípio tornar mais claros e ágeis os processos envolvidos na execução da gestão, como por exemplo, na gestão de qualidade, dividindo-a em quatro passos. Disponível em:< <http://pt.slideshare.net/Javiercofr/aplicao-dos-ciclos-pdca>.> Acesso em 02/12/2016.

⁸¹ Lei nº 21.077 de 27/12/2013 - Altera as Leis Delegadas nº 179, de 1º de janeiro de 2011, que dispõe sobre a organização básica e a estrutura da Administração Pública do Poder Executivo do Estado, e nº 180, de 20 de janeiro de 2011, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. Art. 30 Art. 30 O inciso VI do art. 223 da Lei Delegada nº 180, de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação: Art.223. VI – Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde.

feito de forma pulverizada, como no caso do cumprimento de uma ordem judicial que tinha que tramitar por diversas áreas internas do Poder Executivo Estadual (Diretoria de Compras de Medicamentos, Diretoria de Compras de Procedimento, Regulação Assistencial, Diretoria de Contratos, Diretoria de Finanças, Assessoria Jurídica) passou então para a gestão de um Assessor Chefe do então instaurado Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde, que passou a se responsabilizar e gerir todo o processo de atendimento das ordens judiciais, possuindo a seguinte configuração:

Tabela 9: Composição do Núcleo de Atendimento à Judicialização de Saúde – BH/MG

Composição do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde – BH/MG
Assessora Chefe
Coordenação Administrativa
Coordenação Técnico-Jurídica
Coordenação de Compras de Procedimento
Coordenação de Compras de Medicamentos
Coordenação de Regulação
Coordenação Jurídica
Coordenação de Dispensação de medicamentos e insumos
<i>Núcleo de Direito Sanitário da Procuradoria de Obrigações da Advocacia Geral da União</i>

Fonte: Araújo, 2014, p.76.

Conforme a tabela acima demonstra, o Núcleo, também conta com a presença do Núcleo de Direito Sanitário da Procuradoria de Obrigações da Advocacia Geral do Estado, tendo inclusive ocorrido a mudança de endereço dos procuradores responsáveis para o prédio da SES/MG em maio de 2014, fato este extremamente simbólico da vitória do espaço de diálogo institucional.

Com esta aproximação foi possível verificar, conforme aponta Araújo (2014), um enorme ganho operacional, acelerando o acesso a informações processuais necessárias para o cumprimento de ordens judiciais, bem como

acelerar o acesso da Procuradoria às informações técnicas necessárias a confecção de contestações e recursos, gerando como resultado final “o aporte de maior volume de informações técnicas ao judiciário em tempo hábil, propiciando decisões tecnicamente orientadas e fundamentadas” (ARAÚJO, 2014, p.76). Com menos de um mês de vida, segundo o relato do artigo, já era notável o expressivo aumento da produtividade das áreas absorvidas, além de que, a aproximação inclusive física dos atores contribuiu para a melhoria das relações interpessoais, refletindo diretamente sobre o trabalho final produzido.

Os usuários também figuraram como parte principal dos objetivos a serem alcançados pelo núcleo, vez que os gestores da SES/MG expressaram sua preocupação com a melhoria do atendimento aos autores da ação no momento de entrega dos medicamentos e insumos, de forma que o projeto de criação do núcleo previu o aumento do número de atendentes e trabalhadores para uma triagem prévia da documentação apresentada pelos pacientes, bem como a reorganização do espaço físico da farmácia.

Por fim, como uma das mais relevantes ferramentas citadas para gestão e análise dos resultados alcançados pelo núcleo e ausentes no relato das demais experiências apresentadas, o núcleo de Belo Horizonte adotou a utilização de um sistema informatizado especialmente criado e confeccionado para a realidade da judicialização da saúde no Estado, capaz de controlar de forma mais eficaz os estoques e compras, possibilitando dentre outros ganhos, a geração de relatórios detalhados e específicos sobre o perfil dos demandantes, produtos e serviços mais demandados e regiões de maior incidência da demanda (ARAÚJO, 2014, p.77).

Tais informações permitem ao gestor, através da análise dos dados da judicialização, identificar vazios existenciais e necessidades de atualização da política pública, tornando possível um mapeamento de demandas em saúde, melhorando o atendimento inclusive para as questões não judicializadas.

Por fim, como forma de sistematizar todas as informações apresentadas, é possível a construção do seguinte quadro:

Quadro 12 – Sistematização das experiências bem sucedidas selecionadas

CIDADE/ ESTADO	ESPAÇO DE DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL	ATO NORMATIVO DE CRIAÇÃO
Araguaína/TO	NAT – Núcleo de Apoio Técnico	Portaria nº 52, de 23 de julho de 2013, da Secretaria Municipal de Saúde de Araguaína/TO
Lages /SC	Comitê de Resolução de Núcleo de Conciliação de Medicamentos	Convênio n. 174/2015 (SES/SC e TJSC)
Brasília/DF	CAMEDIS – Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde	Portaria Conjunta nº 01
Belo Horizonte/MG	Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde.	Lei Estadual nº 21.077/2013

Verifica-se que em todos os casos acima expostos, independente do ato normativo de sua criação, nome ou composição de seus membros, todos os arranjos institucionais se assemelham quanto aos objetivos e dinâmica de funcionamento. Todas são constituições de espaços de diálogo institucional agindo diretamente na prevenção e solução de processos judiciais, auxiliando no acesso à saúde pública e na efetivação de suas políticas e diretrizes.

Neste sentido, a referida pesquisa, após finalizar a análise das experiências elencadas emitiu formalmente sete considerações que reúnem suas principais características, sendo que, dentre elas, duas se destacam para os fins que essa dissertação se propõe, ao evidenciar a valorização do diálogo institucional. São elas:

Reconhecimento de que as instituições jurídicas podem influenciar a política pública, então é importante fazer de uma maneira responsável e dialógica: as experiências partem do pressuposto de que a passividade institucional pode ser equilibrada com uma atuação mais ativa e extrajudicial nas políticas públicas de saúde, com foco especial no estabelecimento de pactos e acordos com os gestores para a atuação em conjunto.

Valorização do diálogo institucional: observa-se a aposta das instituições jurídicas em promover e desenvolver radicalmente o diálogo institucional entre si e com a gestão de saúde, o que possibilita o desenvolvimento de estratégias extrajudiciais para a efetivação desse direito e, além disso, possibilita que o diálogo e a alteridade sejam ferramentas essenciais para o agir em saúde. (CNJ, 2015, p. 128).

Além destas duas, foram elencadas as seguintes características comuns às experiências institucionais relatadas: i) compreensão de que o modelo adversarial não é o mais adequado, ii) dependência da vontade política e do compromisso dos atores, iii) atuação preventiva e curativa, iv) resistência inicial e busca por sensibilização interna nas instituições jurídicas e políticas e v) pouca articulação com os conselhos de Saúde. Esta última, se configurando extremamente grave, considerando o papel da sociedade civil e a responsabilidade a ele atribuída na lei orgânica da saúde.

4.3 O comitê interinstitucional de resolução em demandas de Uberlândia/MG: uma proposta em construção

Uberlândia⁸² possui a maior população do interior de Minas Gerais, perdendo apenas para a capital, Belo Horizonte, com 669.672 habitantes (Censo/IBGE 2016). A cidade é referência em saúde para macrorregião do Triângulo Norte⁸³ (por volta de 1.2 milhões de habitantes conforme informação da Diretoria Executiva do Consórcio Intermunicipal de Saúde da Rede de Urgência e Emergência do Triângulo Norte – CISTRI) e conta com mais de uma dezena de hospitais. Neste sentido,

Tabela 10 – Hospitais públicos e privados em Uberlândia/2016.

Hospitais em Uberlândia	
Hospital	Natureza
Hospital e Maternidade Municipal de Uberlândia	Público
Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia	Público
Hospital do Câncer	Público
Hospital Santa Catarina	Privado

⁸² As observações e dados a seguir expostos são relatadas tendo em vista minha atuação como Coordenadora do Núcleo de Execução de Contratos e Serviços na Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Saúde de Uberlândia (Decreto S/Nº - Diário Oficial do Município de Uberlândia Nº 4436 de 8 de julho de 2014, p.10) e são feitas dentro da perspectiva de observação participada.

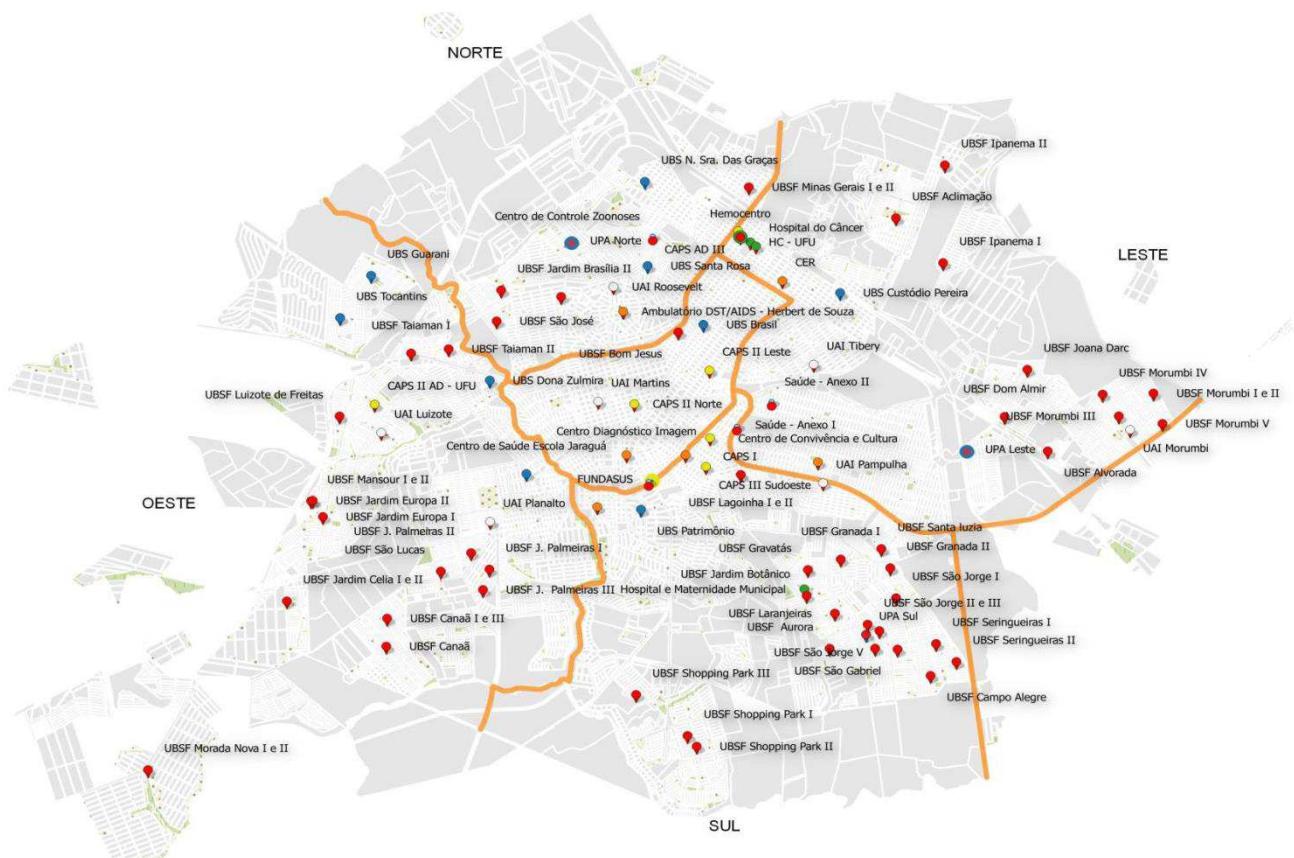
⁸³ A macrorregião do Triângulo Norte é composta pelos municípios de Abadia dos Dourados, Araguari, Araporã, Cachoeira Dourada, Campina Verde, Canápolis, Capinópolis, Cascalho Rico, Centralina, Coromandel, Douradoquara, Estrela do Sul, Grupiara, Gurinhatã, Indianópolis, Ipiaçu, Iraí de Minas, Ituiutaba, Monte Alegre de Minas, Monte Carmelo, Nova Ponte, Patrocínio, Prata, Romaria, Santa Vitória, Tupaciguara e Uberlândia.

Hospital Santa Clara	Privado
Hospital Santa Marta	Privado
Hospital Santa Genoveva	Privado
Hospital Madrecor	Privado
Hospital do Triângulo	Privado
Hospital Infantil Dom Bosco	Privado
UMC – Uberlândia Medical Center	Privado
HCO – Hospital de Cirurgia Ocular	Privado

Fonte: Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde – CNES.

A Rede de Saúde Municipal é dividida em 5 setores sanitários (Centro, Leste, Norte Oeste e Sul) e conta com 52% de cobertura em Atenção Básica e 1274 leitos gerais disponíveis segundo os dados disponíveis no Relatório Detalhado do 2º Quadrimestre de 2016 da Secretaria Municipal de Saúde:

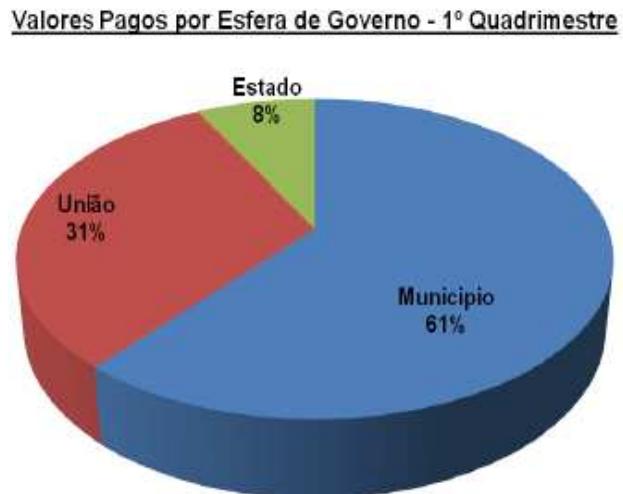
Mapa 1: Distribuição das unidades de saúde da Rede SUS de Uberlândia/MG



Fonte: Relatório Detalhado 2º Quadrimestre 2016- Secretaria Municipal de Saúde de Uberlândia, p.23.

O financiamento da Rede SUS Municipal, mesmo sendo considerado polo de saúde regional e merecer portanto mais recursos estaduais, conta com 61% de seu financiamento proveniente de orçamento municipal, razão esta pela qual, em 2015, 29,7% do orçamento total do município foi gasto apenas em Saúde conforme informações da Diretoria Financeira da Secretaria, ultrapassando largamente o percentual de 15% do mínimo constitucional⁸⁴.

Gráfico 6 – Valores gastos em saúde em Uberlândia por esfera de governo – 1º Quadrimestre de 2016.



Fonte: Relatório Detalhado 2º Quadrimestre 2016- Secretaria Municipal de Saúde de Uberlândia. p.19.

A gestão da Rede SUS do município é exercida através de quatro grandes contratos de gestão/convênios firmados entre o município e organizações sociais, Fundação Pública e Hospital de Clínicas. São eles:

84 Art. 7º. Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal - Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012- Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.

Tabela 11 – Gestão da Rede Pública de Saúde de Uberlândia em Nov/2016.

Instrumento	Instituição	Objeto	Previsão anual de repasse (R\$)
Contrato nº 187/2016	SPDM – Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina	Gestão do Hospital e Maternidade Municipal.	R\$ 101.406.080,04
Contrato nº 250/2014	Missão Sal da Terra	Gestão de 1 UAI, 1 UPA e 21 UAPSF.	R\$ 48.624.403,40
Contrato Estatal nº 02/2014	Fundação Saúde do Município de Uberlândia - FUNDASUS	Gestão de 6 UAI e 1 UPA e 58 equipamentos ⁸⁵ .	R\$ 107.114.194,80
Convênio de Cooperação Técnico Administrativo nº 201/2004	Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia – HC/UFU	Integração de serviços do HC/UFU na Rede SUS municipal.	R\$ 115.200.967,92

Fonte: Dados fornecidos pela Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Saúde de Uberlândia.

Segundo dados partilhados em eventos de judicialização promovidos pelo Município em conjunto com a administração estadual, Uberlândia é a cidade com maior número de demandas judicializadas do estado de Minas Gerais. Existem 1645 casos ativos em Novembro/2016, tendo entre seus objetos o fornecimento de medicamentos, transferências e o pedido para a realização de procedimentos médicos.

⁸⁵ UAI Luizote, UAI Martins, UAI Morumbi, UAI Planalto, UAI Roosevelt, UAI Tibery, UPA Norte – Dr. Helder Castro de Bastos, UBSF Aclimação, UBSF Alvorada, UBSF Bom Jesus, UBSF Canaã I e III, UBSF Canaã II e IV, UBSF Cruzeiro dos Peixotos, UBSF Dom Almir e Jardim Sucupira, UBSF Ipanema I, UBSF Ipanema II, UBSF Jardim Brasília I, II e III, UBSF Jardim Brasília II (ESF Maravilha, ESF Maria Rezende e ESF Jardim Brasília IV), UBSF Jardim Célia I e II, UBSF Jardim Das Palmeiras I, UBSF Jardim Das Palmeiras II, UBSF Jardim Das Palmeiras III, UBSF Jardim Europa I, UBSF Jardim Europa I, UBSF Joana Darc I e II, UBSF Mansour I, II e Jardim Europa II, UBSF Martinésia, UBSF Minas Gerais I e II, UBSF Miraporanga, UBSF Morumbi I e II, UBSF Morada Nova I e II, UBSF Morumbi III, UBSF Morumbi IV, UBSF Morumbi V, UBSF São José, UBSF São Lucas, UBSF Taíaman I, II e III, UBSF Tapuirama, UBSF Tangará e Rio das Pedras, UBS Brasil, UBS Custodio Pereira, UBS Dona Zulmira, UBS Guarani, UBS Nossa Senhora Das Graças, UBS Patrimônio, UBS Santa Rosa, UBS Tocantins, CAPS Oeste, CAPS Norte, CAPS Leste, CAPS I, CAPS AD, Centro de Convivência e Cultura, Centro de Saúde Escola Jaraguá, Unidade de Apoio Sobradinho, Unidade de Apoio Tenda do Moreno, Centro de Atenção ao Diabético, Ambulatório de Oftalmologia, Ambulatório de Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS, Centro de Reabilitação Municipal, UBSF Luizote de Freitas, Centro Radiológico Municipal, Centro Especializado em Reabilitação, Centro de Referências Práticas Integrativas em Saúde, Centro Municipal de Diagnóstico, UPA Norte – Dr. Helder Castro de Bastos.

Tabela 12 – Número de processos de Saúde judicializados ativos no Município de Uberlândia (Nov. 2016)

JUDICIALIZAÇÃO ATIVA NO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA – NOV/2016		
Medicamentos	Transferências/Cirurgias	Total
994	651	1645

Fonte: Dados fornecidos pela Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Saúde de Uberlândia.

Devido ao baixo número de leitos disponíveis no município, existe ainda alta recorrência de judicialização pela transferência de pacientes que se encontram internados em Unidades de Atendimento Integrado (UAl) ou Unidade de Pronto atendimento (UPAs) para um leito de hospital ou UTI, sendo que, demandas dessa natureza chegam quase diariamente ao Secretário Municipal de Saúde. De acordo com dados fornecidos pela assessoria jurídica da Secretaria Municipal de Saúde em novembro de 2016, existiam 994 casos judicializados apenas de medicamentos, e por volta de 651 casos de cirurgias e transferências.

Desta forma, a preocupação com a desorganização institucional compartilhada pelo gestor local do SUS, bem como dos demais gestores citados nas demais experiências acima mencionadas, impulsionou a necessidade de se instalar na comarca de Uberlândia um espaço de diálogo interinstitucional para auxiliar no combate à judicialização excessiva. Desta forma, através dos assessores jurídicos da Secretaria Municipal de Saúde iniciaram-se as primeiras reuniões, para definir uma estratégia a ser adotada. A primeira reunião, realizada no prédio da Justiça Federal contou com a participação do Ministério Público Federal, Juízes Federais, Assessoria Jurídica e representante da Central de Abastecimento Farmacêutica (CAF) da Secretaria Municipal de Saúde, e membros da Comissão de Saúde e Bioética da OAB de Uberlândia.

Nessa reunião decidiu-se sobre a criação de um comitê que pudesse assumir esse papel de apoio profissional e especializado, que posteriormente resultou oficialmente no Comitê Interinstitucional de Resolução em Demandas de Saúde - CIRDS em dezembro de 2014, que contou com a assinatura de três convenentes (Superintendente Regional de Saúde, Secretário Municipal de

Saúde e representante do Ministério da Saúde) e inicialmente quatro “canais de comunicação” (Juiz Federal, Defensor Público Federal, Membro da Comissão de Direito de Saúde e Bioética da OAB, e Procurador da República).

Observa-se no caso de Uberlândia/MG, uma importante inovação referente às outras experiências analisadas: a inclusão da OAB como um sujeito ativo dentro do diálogo institucional e mesmo indispensável quando se constata que um ação de saúde nasce não apenas da “caneta” do médico, mas também da “caneta” do advogado. Na oportunidade do lançamento do Comitê, a presidente da Comissão de Saúde e Bioética, Ana Cláudia Alves Rosa, destacou a importância dos advogados da 13ª Subseção (Uberlândia) da OAB/MG entrar em contato com o Comitê, principalmente através de e-mails relatando as experiências, resultados positivos e negativos, sugestões e críticas para que o trabalho do Comitê fosse aprimorado, a fim de um desenvolvimento acertado de seu trabalho. Além disso, a presidente delegou a responsabilidade de sucesso da CIRDS aos próprios advogados: “O sucesso do Comitê dependerá de nós, advogados, que representamos o interesse de cada cidadão, do usuário do Sistema Único de Saúde”⁸⁶, chamando os advogados da cidade a assumirem seu importante papel na luta pela efetivação das políticas públicas de saúde.

A CIRDS teve à frente da criação de seu Regimento Interno e como seus grandes articuladores os assessores jurídicos da Secretaria Municipal de Saúde de Uberlândia, que em conjunto com os demais atores aprovaram o texto final do regimento. Assim, conforme consta no texto final do convênio, o Comitê tem como atribuição manifestar-se previamente, ou seja, antes da fase judicial, sobre os pedidos referentes ao fornecimento de medicamentos, tendo por objetivo a resolução extrajudicial nos termos das diretrizes do Sistema Único de Saúde. Ou seja, já em sua regulamentação há a previsão da resolução extrajudicial e limitadas a medicamentos, devendo a mesma ser composta por representantes especialistas em Farmácia do Município, do Estado e da União, a serem nomeados pelos respectivos entes federados, com

⁸⁶ Solicitações de medicamentos do SUS devem ser direcionadas a Comitê. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org.br/oabudia.qps/Ref/SYSK-9RHMWU>> Acesso em 05/11/2016.

previsão de eventual auxílio técnico e logístico de médicos e enfermeiros qualificados, integrantes da rede municipal de saúde.

Importante observação se encontra no estabelecimento de deveres e responsabilidades dos membros: a vedação à composição do comitê por profissionais com relação de qualquer natureza (rendimentos pecuniários de qualquer natureza, prêmios, presentes e assemelhados) com a indústria farmacêutica, laboratórios ou com o profissional prescritor que possa vir a configurar conflito de interesse conforme normatiza o art. 5º do Regimento Interno.

O comitê receberia demandas encaminhadas exclusivamente por meio dos canais institucionais da OAB, DPU, MPF e Justiça Federal e ao emitir suas deliberações ou Notas Técnicas sobre os requerimentos que lhes forem encaminhados, devem o fazer com fundamento nos Protocolos Clínicos, nas diretrizes terapêuticas do SUS e na medicina baseada em evidências, além dos elementos organizadores da atenção farmacêutica, das competências do SUS definidas em lei, no funcionamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica (Art. 9º - Regimento Interno da CIRDS). Assim, o parecer deve contar com as seguintes informações:

- I - Informações sobre a enfermidade ou problema de saúde, com indicação do CID que acomete o requerente da ação judicial;
- II - Tratamentos possíveis e tratamentos realizados;
- III - Informações sobre o(s) medicamento(s) solicitado(s), especialmente sua indicação terapêutica, dosagem, eficácia, se tem caráter experimental, efeitos adversos e imprescindibilidade no tratamento da patologia, se é a única opção; sua classe medicamentosa e seu registro na ANVISA;
- IV – Necessidade do medicamento para o tratamento do paciente;
- V - Se o paciente está sendo atendido pela rede pública de saúde local ou se a procurou anteriormente;
- VI - Se o pedido do autor é disponibilizado pelo SUS, em qualquer esfera, considerando especialmente os Programas de Medicamentos do SUS e seus Protocolos Clínicos e a eficácia dos remédios disponibilizados na rede pública;
- VII – Se há medicamentos similares, com a mesma composição química e indicação disponibilizados pelo SUS; (Regimento Interno – CIRDS, Art. 10º).

É possível verificar que as informações mínimas a serem incluídas no laudo a ser emitido pela CIRDS garantem a observação de alguns dos Enunciados do CNJ já trabalhados no capítulo anterior. É o caso a alínea V que informa ao solicitante do laudo se já houve procura anterior do demandante pelas vias administrativas do SUS, em referência ao do Enunciado nº 3 “Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”. As alíneas VI e VII também apresentam relação com o Enunciado nº 59, que aponta como fundamento das decisões a medicina baseada em evidências, sendo necessária tal informação estar explícita no laudo. No mesmo viés, o Enunciado nº 50 e a alínea 3 demonstram similaridade na insistência da prova de evidência científica e registro na ANVISA.

O CIRDS de Uberlândia se apresenta então, conforme analogia possível com as experiências já apresentadas acima, como um autêntico espaço de diálogo institucional no âmbito municipal, reunindo todas as características previstas e propostas pelas resoluções do CNJ, mostrando-se similar ao experimentado por outros municípios analisados no Relatório do CNJ de 2015. No entanto, atualmente, se por uma lado podemos constatar que por motivos burocráticos e políticos o CIRDS encontra-se desativado e sem previsão de retomada de funcionamento, por outro lado, seu arranjo institucional, caso retomado ou reformado em Uberlândia, apresenta um grande potencial para a prática do diálogo institucional, conforme pensado, recomendado e desejado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Segundo a Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Saúde não se identifica um motivo cabal para o não desenvolvimento das atividades do comitê, sendo sua última reunião realizada em março de 2015. O que se verifica de fato foi a combinação de dificuldades pontuais que acabaram por inviabilizar o trabalho do Comitê. Analisando de um ponto de vista interno, na própria administração municipal faltou a compreensão e o engajamento das secretarias que poderiam contribuir com a desburocratização no atendimento das demandas judiciais, como por exemplo, a Procuradoria Geral do Município,

que mesmo solicitada pelo Secretário Municipal de Saúde alegou não poder ceder procuradores por falta de pessoal.

Igualmente, a Secretaria Municipal de Saúde colocou a atividade do Comitê simultânea aos atendimentos dos altos números de demandas judiciais que incidem do município. Ou seja, a mesma pessoa que seria a responsável pelas respostas e cumprimento dos prazos judiciais seria também pelas atividades e atendimento ao comitê. A prioridade foi dada às demandas judiciais e aos prazos, e o comitê se configurou em segunda prioridade.

O congelamento das atividades se configurou como a perda de uma grande oportunidade para o município. Assim, mesmo sem funcionamento institucional, a experiência demonstra que essa pluralidade de instituições unidas para uma mesma finalidade, parece demonstrar a compreensão de seus integrantes, quando da sua instituição, em trabalharem cooperativamente por uma saúde melhor e por um direito melhor através do diálogo institucional.

5 CONCLUSÃO

1. O atual Estado Constitucional de Direito é o produto de um longo percurso histórica iniciada com o aparecimento da própria ideia de Estado de Direito decorrentes do constitucionalismo revolucionário e das revoluções burguesas inglesa (1688), americana (1776) e francesa (1789) nos séculos XVII e XVIII. Após a vitória das revoluções, o paradigma jurídico instituído foi o do Estado Legislativo de Direito, que se caracterizava pelo *princípio da supremacia da legislação*. Após a segunda guerra mundial, no entanto, consolidou-se um novo paradigma: o Estado Constitucional de Direito, tendo os países que o adotaram como características principais o fato de possuírem constituições analíticas e com amplo catálogo de direitos sociais, bem como modelos de jurisdição constitucional, isto é, garantidos por tribunais constitucionais ou equivalentes, que consagraram o *princípio da supremacia da constituição*.
2. A figura do juiz ao longo da história do direito no ocidente assistiu a grandes transformações, em especial após o advento da modernidade. A partir da idade moderna e da vitória das revoluções burguesas, o ideal proposto por Montesquieu, visando a neutralização do poder judiciário se impôs: cabia ao juiz ser apenas “*la bouche que prononce les paroles de la loi*”. Não havia liberdade aos juízes para interpretar ou criar direito, restringida a sua atuação a mera aplicação.
3. No atual Estado Constitucional de Direito, no entanto, o judiciário exerce poder político inegável, pois em virtude de exercer a função do Estado em dizer o direito (*juris dicere*) em uma sociedade cada vez mais complexa e multicêntrica, sua atuação assume novos contornos: não está restrito à aplicação mecânica do direito mas à própria criação e desenvolvimento do mesmo a partir dos preceitos constitucionais. Por outro lado, em uma sociedade caracterizada pelo pluralismo de fontes jurídicas nacionais, internacionais e transnacionais, ao judiciário não cabe mais o monopólio de dizer o direito. Dessa forma, o aumento da procura pelo Judiciário a fim de garantir os novos direitos sociais, deve ser reconhecido como um fato legítimo, a par de suas consequências políticas.

4. A generalização do modelo político de democracias constitucionais a partir de 1945 motivou a partir dos anos 70 do século passado, o desenvolvimento de um movimento internacional de luta pelo acesso à justiça visando tornar efetivos os direitos sociais, sendo o principal marco de sua articulação o Projeto Florença, um grande projeto internacional de pesquisa coordenado por Mauro Cappelletti. Ultrapassando as concepções jurídicas meramente individualistas que caracterizavam o antigo Estado liberal-burguês frente ao novo Estado Social de Direito, Cappelletti reconheceu a necessidade de mudanças por meio de três ondas renovatórias de acesso à justiça: o acesso aos pobres; o reconhecimento dos direitos difusos e coletivos como novos direitos na sociedade de massa (consumidor, ambiental, etc); e a renovação do ensino, das instituições e da cultura jurídica, privilegiando a chamada justiça coexistencial e os meios alternativos ao judiciário para a resolução de conflitos (conciliação, mediação).

5. Dentro do cenário descrito de pluralismo jurídico e reconhecimento de novos direitos sociais, bem como a ampliação do acesso ao judiciário, manifestam-se as críticas ao denominado ativismo judicial e judicialização da política. Segundo Ran Hirschl, a judicialização é *um fato inegável* do pós-segunda guerra e natural decorrência da extensão de direitos individuais e coletivos, bem como do controle judicial de políticas públicas. No entanto, nos casos de judicialização de temas que o autor denomina de megapolítica (discussão de valores e crenças estruturantes de uma sociedade), o julgamento realizado por tribunais constitucionais ou equivalentes não teria a legitimidade suficiente para se sobrepor às deliberações dos órgãos de representação direta da vontade popular, pois prescindem tais tribunais de legitimidade decorrente da escolha direta dos cidadãos.

6. Uma grande contribuição ao debate da “judicialização da política” decorre do desenvolvimento da *teoria do diálogo institucional*, surgida em 1997 no Canadá em decorrência da adoção no direito consuetudinário canadense da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) de 1982, que se configurou como um autêntico texto constitucional. Para enfrentar os conflitos entre os poderes do Estado, e em especial as

dificuldades de legitimidade entre o poder legislativo e o judiciário surgiu a denominada teoria da “Charter Dialogue” (diálogo institucional) que identificou no diálogo entre o judiciário e o legislativo a construção de leis que realizem de maneira mais eficaz as garantias da Carta.

7. O Estado Constitucional de Direito no Brasil somente pode ser plenamente caracterizado a partir da Constituição de 1988, aprovada ao fim de um longo período ditatorial de 21 anos. O processo constituinte de sua elaboração e construção teve uma participação popular sem precedentes em nossa história constitucional, justificando a adjetivação de constituição cidadã. Dentre outras conquistas, a atual constituição trouxe pela primeira vez um inédito capítulo sobre seguridade social, onde se destacam como seus integrantes a saúde, a previdência e a assistência social.

8. Durante o processo constituinte (1987/1988) foram grandes os embates ideológicos sobre os grandes temas sociais. No tocante à saúde, visando influir em seu desenho constitucional, enfrentaram-se as correntes conservadoras, modernizantes e socializantes, sendo que o resultado final do debate resultou em uma composição e aliança entre os setores modernizantes e socializantes, garantindo o inédito perfil da saúde pública como “um direito de todos e uma obrigação do Estado”, caracterizando o conceito constitucional de saúde como um direito universal, gratuito e com cobertura integral para todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

9. A efetivação e garantia do direito fundamental à saúde, tal como previsto na constituição de 1988, tem se configurado o produto de uma luta coletiva dos militantes populares e dos profissionais de saúde, principalmente a partir da organização do Sistema Único de Saúde – SUS e da aprovação das Leis Orgânicas da Saúde nº 8.080/90 e 8.142/90, porém, marcada por dificuldades de todo tipo: econômico financeiras, organizacionais e de cultura institucional dentre outros.

10. A adoção dos princípios da universalidade (atendimento a todos) e da integralidade (acesso a todos os níveis de complexidade disponíveis no sistema), trouxe uma ampla demanda de serviços e ações de saúde pública,

nem sempre passíveis de atendimento imediato pelo poder público. Em consequência, a frustração das expectativas trazidas após a aprovação da Constituição e das Leis Orgânicas da Saúde, gerou a inevitável procura do poder judiciário na busca de garantir o direito fundamental à saúde.

11. Ao mesmo tempo, a falta de conhecimento e compreensão dos princípios e diretrizes do SUS por parte dos agentes públicos encarregados de executá-los, bem como da população em geral, integrantes do judiciário e das instituições auxiliares da justiça (Ministério Público e Defensoria), bem como da própria advocacia em geral, resultaram em uma explosão de litigiosidade que ocasionou uma judicialização excessiva das questões vinculadas à saúde pública.

12. Consciente da judicialização excessiva, o Conselho Nacional de Justiça (instituído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 no bojo da denominada reforma do judiciário), decidiu implementar as conclusões e recomendações da Audiência Pública nº 4, de 28 de abril de 2009, realizada pelo STF, onde diversos especialistas das áreas técnicas da saúde, da administração pública, das universidades, do Ministério Público, Defensoria e da Ordem dos Advogados do Brasil além de e principalmente dos próprios gestores de saúde, promoveu amplo diagnóstico da questão da judicialização da saúde, apresentando propostas de solução. De posse desse diagnóstico preliminar, decidiu o CNJ editar a Resolução nº 31 de março de 2010, que recomendou 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, e posteriormente em abril de 2010, publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde, que passou a promover as Jornadas de Direito da Saúde, onde se aprovam enunciados de orientação aos juízes.

13. Na discussão sobre o acesso à saúde precisam ser destacados dois fenômenos distintos: a *juridicização* e a *desjudicialização*. Como *juridicização* deve-se compreender a generalização pela sociedade do ponto de vista jurídico como forma de elaborar estratégias, análises e apresentar demandas

ligadas à saúde por parte dos distintos atores sociais envolvidos. Já a *desjudicialização*, deve-se compreender como o conjunto de distintas iniciativas de política judiciária motivadas pelo desejo de combater a explosão de litigiosidade e que tem como estratégias principais desde a informalização de procedimentos (como a transferência aos cartórios e registros de notas de procedimentos anteriormente realizados em sede judicial) e a apostila em medidas extrajudiciais como a mediação, conciliação ou arbitragem para a resolução dos litígios.

14. Dessa forma, para além da mera *judicialização* da questão da saúde, o melhor seria reconhecer que além desse fenômeno, a atuação dos movimentos e organizações sociais em provocar a atuação de instituições auxiliares da justiça como o Ministério Público e a Defensoria, demonstram o empoderamento dos usuários do sistema de saúde e dos movimentos e organizações sociais das razões jurídicas, característica do fenômeno da *juridicização*, apesar da evidenciada pouca participação dos conselhos de saúde nas atividades dos Núcleos/Comitês descritas.

15. Os resultados das pesquisas da judicialização da saúde identificaram a existência de distintos *arranjos institucionais* que, com características distintas, mas finalidades comuns, atuaram para de garantir o acesso à saúde. Da análise dessas experiências pode-se constatar as características de um verdadeiro *diálogo institucional*, assinalando uma forma de desjudicialização caracterizada geralmente por soluções extrajudiciais.

16. As experiências relatadas nas cidades de Araguaína/TO, Lages/SC, Brasília/DF e Belo Horizonte/MG apresentaram como características fundamentais a diminuição do número de demandas propostas ao judiciário e o aumento da resolutividade dos conflitos por meio da consulta e diálogo às equipes dos Núcleos/Comitês anteriormente à decisão judicial, garantindo dessa forma, não só o respeito aos princípios e diretrizes do SUS, bem como a qualidade e eficácia do provimento jurisdicional.

17. Para além da própria desjudicialização a prática do diálogo institucional, conforme observado, resultou na reorganização das próprias políticas de saúde, aperfeiçoando e racionalizando diversas estratégias públicas como a do

fornecimento de medicamentos, criação de canais para manifestação individual dos usuários como a ouvidoria municipal e a auspíciosa mútua formação dos atores envolvidos no processo de diálogo.

18. Além dos ganhos institucionais derivados da prática do diálogo institucional pelos diversos atores envolvidos (judiciário, ministério público, defensoria, administrações públicas) o fato é que o principal beneficiário identificado foi o próprio usuário do Sistema Único de Saúde, através de uma prestação jurisdicional adequada. Pelo exame dos casos concretos foi constatado que uma decisão judicial que determinasse apenas o mero fornecimento de um medicamento, por exemplo, não realizaria plenamente o direito à saúde, mas o acompanhamento simultâneo em programas de assistência continuada com acompanhamento clínico é que garantiria o verdadeiro atendimento *integral* de saúde previsto pela Constituição cidadã de 1988.

19. Todavia, o *diálogo institucional* ainda não é uma realidade presente em grande parte do Brasil em que pese orientação formal de sua instalação por parte do CNJ. Verifica-se que há um desejo de realizar a prática, como é o caso, por exemplo, da comarca da Uberlândia/MG que já instalou seu núcleo, porém, ainda não alcançou seu pleno funcionamento, estando com as atividades paralisadas desde março de 2015.

20. Por fim, após todas as pesquisas, análises e interpretações desenvolvidas ao longo da presente dissertação constata-se que as hipóteses iniciais apontadas no projeto foram comprovadas: o diálogo institucional instaurado em espaços interinstitucionais de fato auxiliam da mitigação de demandas judiciais excessivas de saúde. Todavia, vez que diálogo se faz através pessoas, o sucesso do núcleo/comitê depende do permanente engajamento dos atores e instituições envolvidas.

6 REFERÊNCIAS

a) Bibliográficas

ALVES, Cândice Lisboa. **Direito à Saúde: Efetividade e proibição de retrocesso social.** Belo Horizonte: D'Placido, 2013.

AMARAL, Maria Lúcia. Revisitar Carl Schmitt: a defesa da Constituição. In MORAIS, Carlos Blanco de; COUTINHO, Luis Pereira (org.). **Carl Schmitt revisitado.** Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas/ Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/icjp_ebook_carlschmittrevisitado.pdf> Acesso em: 13.ago.2016

ARAUJO, Aline Fernanda da Silva. Judicialização da saúde em Minas Gerais: novas estratégias de enfrentamento: a criação do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde. Brasília: **Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.** Brasília. V. 3, n. 2, p. 73-79. jul/set. 2014. Disponível em: <www.cadernos.prodisa.fiocruz.br> Acesso em: 25.mai.2016.

AROUCA, Sergio. **O Dilema preventista:** contribuição para a compreensão e crítica da Medicina Preventiva. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physys: Revista de Saúde Coletiva.** Rio de Janeiro, V.20, n.1, p.33-55, 2010. Disponível: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pt>> Acesso em: 25.ago.2016.

BALEIRO, Aliomar. SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras:** 1946. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BAILYN, Bernard. **As origens ideológicas da Revolução Americana.** trad. Cleide Rapucci; revisão técnica Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 2003

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **O Governo João Goulart:** as lutas sociais no Brasil 1961-1964. 7. Ed. Rio de Janeiro: Revan, EdUnB, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective.** NELLCO Legal Scholarship Repository: New York, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes:** Sobre modernidade, pós modernidade e intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro, Zahar, 2010.

BILLINGSLEY, Barbara. **Section 33: The Charter's Sleeping Giant.** Ontario: Windsor Yearbook Access to Justice, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade.** Trad. Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, 2008. Vol. I.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Sebastião. **Impacto deslocativo no Orçamento Público Estadual em face de Decisões Judiciais.** Belo Horizonte: Concurso Prêmio SOF de Monografias, 2011.

CONSELHOS atuam em comitês do CNJ: Representantes de CRM's contribuem na análise de demandas da saúde que tramitam no judiciário. **MEDICINA.** Conselho Federal: Ano XXXI. nº 256. p. 12, Maio/2016.

CIOCCI, Deborah. I Jornada da Saúde: Apresentação e comentário dos enunciados aprovados. in SANTOS, Lenir. TERRAZAS, Fernanda (ORG). **Judicialização da Saúde no Brasil.** Campinas: Saberes, 2014, p.221-251.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo Solidário: A responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. in SANTOS, Lenir. TERRAZAS, Fernanda (ORG). **Judicialização da Saúde no Brasil.** Campinas: Saberes, 2014.

ESCOREL, Sarah. Origens da Reforma Sanitária e do SUS. in SANTOS, Lenir. TERRAZAS, Fernanda (ORG). **Judicialização da Saúde no Brasil.** Campinas: Saberes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In ZOLO, Danilo e COSTA, Pietro. (org.) **O Estado de Direito:** história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza et. Ali. São Paulo: RT, 2015.

FERREIRA, Jorge. **João Goulart:** uma biografia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

FICO, Carlos. **O golpe de 1964:** momentos decisivos. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. A produção do direito entre lei e juiz: a relação entre democracia e jurisdição. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 14, n.76, p. 161-166, nov./dez.2012.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antiguedad a nuestros días**. Madrid. Editorial Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Editorial Trotta/Univserdidad Carlos II de Madrid, 1995.

FLEURY, Sonia. FARIA, Mariana. A Judicialização como ameaça e salvaguarda do SUS! in SANTOS, Lenir. TERRAZAS, Fernanda (ORG). **Judicialização da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol.I e II

HABERMAS, Jurgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HAIGH, Richard. SOBKIN, Michael. **Does the Observer Have an Effect?**: An Analysis of the Use of the Dialogue Metaphor in Canada's Courts. Osgoode Hall Law Journal, 1997.

HENRIQUE, Milene de Carvalho. BRITO, João Ornato Benigno. MEL, Musa Denaise de Sousa Morais. Eficiência na solução das demandas de judicialização da saúde na comarca de Araguaína – TO. **Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.** Brasília. V. 2, n. 2, p. 320-338. jul/dez. 2013. Disponível em: <www.cadernos.prodisa.fiocruz.br> Acesso em: 25.mai.2016.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: síntese de um milênio. 3. ed. Sintra: Fórum da História, 2003.

HESPANHA, António Manuel. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional? **Ius Gentium**. Uninter. V. 12, n. 6. 2015. Disponível em: <<http://www.grupouninter.com.br/iusgentium/pdf>> Acesso em: 16. Jun. 2016

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do Direito**: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, António Manuel. ¿Habrá vuelto los jueces al centro del derecho? Justicia e Democracia. **Revista de la Academia de la Magistratura**. Lima, Peru. nº 10, p. 277-295, 2011.

HESPANHA, António Manuel. Leis bem feitas e leis boas. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro- RIDB**. Lisboa. Ano 2, n. 1, p. 619-642, 2013. Disponível em:<<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb.pdf>>Acesso em: 06. ago.2016.

HESPANHA, António Manuel. **Poder e instituições na Europa do Antigo Regime**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

HIRSCHL, Ran. O novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política. In: MOREIRA, Luiz (org.) **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: MA, Harvard University Press, 2007.

HISAYASU, Alexandre. Polícia Investiga médicos por fraude na Saúde. **Estado de São Paulo**. São Paulo. 9 de nov. de 20015. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,policia-investiga-medicos-por-fraude-na-saude>> Acesso em: 05.nov. 2016.

HOGG, Peter. BUSHELL, Alison. The charter dialogue Between Courts and Legislatures (Or perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**. York Université/University. V. 35, n.1. p. 65-124, 1997. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode>> Acesso em: 10.out.2016.

HOGG, Peter. BUSHELL, Alison. Charter Dialogue Revisited – Or Much To Do About Metaphors. **Osgoode Hall Law Journal**. York Université/University. V. 45, n.1. p.1-65, 2007. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode>> Acesso em: 10.out.2016.

HOGG Peter. **Constitutional Law of Canada**. Student Edition: Carswell/Thomson Reuterus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. (coord.) in **O controle jurisdiccional de políticas públicas**. 2. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e Revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LIMA, João Alberto de Oliveira. PASSOS, Edilenice. NICOLA, João Rafael. (ORG) **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Vol. I

LIMA, Nísia Trindade; FONSECA, Cristina. HOCHMAN, Gilberto. A Saúde na Construção do Estado Nacional no Brasil: Reforma Sanitária em perspectiva

histórica in LIMA, Nísia Trindade. et all (ORG). **Saúde e democracia:** história e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005.

LIMA, Nísia Trindade. GERSCHMAN, Silvia. EDLER, Flávio Coelho et all (ORG). **Saúde e democracia:** história e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I.** Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II.** Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MADISON, James. Hamilton, Alexander. Jay, Jhon. **Os artigos federalistas:** 1787-1788. edição integral. Apresentação Isaac Kramnick; trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MACHADO, Gustavo Castagna. Entrevista com Michael Stolleis: Os caminhos da história do Direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS.** Porto Alegre. Vol. 9, nº 2, p. 540-562, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/>> Acesso em: 03.out.2016.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MACHIAVELLI, Niccolò. **Opere.** a cura di Ezio Raimondi. Milano: U.Mursia editore, 1966.

MATHEN, Carissima. Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A comment on “Charter Dialogue Revisited”. **Osgoode Hall Law Journal.** York Université/University. V. 45, n.1. p. 125-146, 2007. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.ca/>> Acesso em: 10.out.2016.

MÉDICI, André. 26 anos de SUS: Avanços e Desafios. **CEBES – Centro Brasileiro de Estudos em Saúde.** (Publicado em 29.07.2014). Disponível em: <<http://cebes.org.br/2014/07/26-anos-de-sus-avancos-e-desafios-andre-medici/>> Acesso em: 22/11/2016.

MONTESQUIEU. **Esprit des lois.** Livro XI, Capítulo VI, p.327. Paris: Garnier, 1777. Disponível em <<https://fr.wikisource.org>> Acesso em: 16 jun. 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual.** São Paulo: Saraiva, 2004.

NETO, Eleutério Rodriguez. **Saúde:** promessas e limites da constituição. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003.

NEVINS, Allan. COMMAGER, Henry Steele. **Breve história dos Estados Unidos.** Trad. Luiz Roberto de G. Vidal. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1986.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio. **Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo.** Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informação sobre a Assembleia Nacional Constituinte de 1987:** quais são, onde busca-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas: 1993

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica.** Trad. Vergínia K. Pupi São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do Art. 3º do CPC/2015. **Revista de Processo.** Vol. 254, p.17- 44. abr. 2016.

PLATÃO. **A República.** Trad. e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1987.

REIS, Daniel Aragão. RIDENTI, Marcelo. MOTTA, Rodrigo Patto Sá (ORG). **A ditadura que mudou o Brasil:** 50 anos do golpe de 1964. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

RIBEIRO, José Geraldo. Centrão espera romper impasses na constituinte. **Correio Braziliense.** Brasília. 17 de Fevereiro de 1988, p.3.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A corte Warren (1953-1969):** Revolução Constitucional. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1986.

ROACH, Kent. **The supreme court on trial:** judicial activism or democratic dialogue. Canada: Irwin Law, 2001.

SANTOS, Lenir. MONTI, José Fernando Casquel. É preciso desjudicializar a saúde como uma das medidas de salvação do SUS. **CEBES – Centro Brasileiro de Estudos em Saúde.** (Publicado em: 22/06/2015). Disponível em: <<http://cebes.org.br/2015/06/e-preciso-desjudicializar-a-saude-como-uma-das-medidas-de-salvacao-do-sus/>> Acesso em: 22.nov.2016.

SEGATTO, Cristiane. Os falsos doentes de 9,5 milhoes: Os bastidores de uma das maiores fraudes já descobertas no Brasil envolvendo ações judiciais para fornecimento de remédios de alto custo. **ÉPOCA.** 26.06.2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/os-falsos-doentes-de-r-95-milhoes.html>>. Acesso em: 05.nov.2016.

SILVA, José Afonso da. O processo de formação da Constituição de 1988. In LIMA, João Alberto de Oliveira. PASSOS, Edilenice. NICOLÁ, João Rafael. (ORG) **A gênese do texto da Constituição de 1988.** Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Vol. I

SOUZA, Jorge Munhós. **Diálogo Institucional e Direito à Saúde**. Dissertação do Programa de Mestrado da UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na transição do antigo regime ao constitucionalismo. **Cadernos de Pós-graduação Direito/UFRGS**. Porto Alegre. Vol.9, n.2, p.1-20, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/>> Acesso em: 03.out.2016.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

TAVARES, Fávio. **1964: O golpe**. Porto Alegre: L&PM, 2014.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calpuste Gulbenkian, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice. MELO, Manuel Palacios Cunha et all. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: **O debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a Interpretação da Constituição**. Tese do Programa de Doutorado da USP- Universidade de São Paulo, 2013.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino, MOREIRA, Luiz (org.) **Legitimidade da Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

WANNMACHER, Lenita. Quanto é evidente a evidência na Saúde? **Uso racional de medicamentos: Temas selecionados**. Brasília. Vol.3. n. 5, p. 1-6, abr. 2006.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2000. Vol. I e II

WHITAKER, Francisco. COELHO, João Gilberto Lucas. MICHILES, Carlos et all. **Cidadão Constituinte: A saga das emendas populares**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

b) Documentais

BACKES, Ana Luiza. AZEVEDO, Déborah Bitiah de, ARAUJO, José Cordeiro (ORG). **Audiências Públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na Tribuna**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BRASIL. **Assistência de média e alta complexidade no SUS/ Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Brasília: CONASS, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília,DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Intervenção Judicial na Saúde Pública**: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos nas searas das Justiças Estaduais. Brasília: AGU, 2013.

BRASIL. **Justiça Pesquisa**: Judicialização da saúde no Brasil – Dados e experiências. Brasília: CNJ, 2015.

BRASIL. **Programa Atenção Básica/ Ministério da Saúde, Secretaria Executiva**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

UBERLANDIA. **Relatório Detalhado: Segundo quadrimestre**. Prefeitura Municipal de Uberlândia. Secretaria Municipal de Saúde. Conselho Municipal de Saúde: Uberlândia, 2016.