



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro Biomédico

Instituto de Medicina Social

Aline do Nascimento Pereira

Judicialização da saúde e a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do município do Rio de Janeiro: uma análise teórica a partir de perspectivas de diálogos institucionais

Rio de Janeiro

2019

Aline do Nascimento Pereira

Judicialização da saúde e a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do município do Rio de Janeiro: uma análise teórica a partir de perspectivas de diálogos institucionais
Direito e judiciacilização da saúde: uma análise teórica a partir de perspectivas de diálogos institucionais

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Política, Planejamento e Administração em Saúde.

Orientador: Prof. Felipe Dutra Asensi

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/CB/C

P436 Pereira, Aline do Nascimento

Judicialização da saúde e a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do município do Rio de Janeiro: uma análise teórica a partir de perspectivas de diálogos institucionais / Aline do Nascimento Pereira – 2019.

76 f.

Orientador: Felipe Dutra Asensi

Dissertação (mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Medicina Social.

1. Direito à saúde – Legislação e jurisprudência – Teses. 2. Judicialização da saúde – Teses. 3. Sistema Único de Saúde – Legislação e jurisprudência – Teses. 4. Controle social formal – Teses. 5. Pesquisa qualitativa – Teses. 6. Rio de Janeiro (RJ). I. Asensi, Felipe Dutra. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Medicina Social. IV. Título.

CDU 614:342.7(815.3)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Aline do Nascimento Pereira

Judicialização da saúde e a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do município do Rio de Janeiro: uma análise teórica a partir de perspectivas de diálogos institucionais

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Política, Planejamento e Administração em Saúde.

Aprovada em 28 de Fevereiro de 2019.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Dutra Asensi
Instituto de Medicina Social - UERJ

Banca Examinadora: _____
Prof.^a Dra. Roseni Pinheiro
Instituto de Medicina Social - UERJ

Prof. Dr. Ronaldo Teodoro dos Santos
Instituto de Medicina Social - UERJ

Prof. Dr. Marcelo Luciano Vieira
Pontifícia Universidade Católica

Rio de Janeiro

2019

DEDICATÓRIA

Ao meu pequeno Arthur!

AGRADECIMENTOS

O momento de agradecer revela o quanto somos dependentes uns dos outros, e como esta deliciosa dependência nos possibilita superar dificuldades, alcançar objetivos, e nos construir e reconstruir como seres viventes. Sem o apoio de algumas pessoas não seria possível seguir em frente e alcançar este objetivo.

Agradeço ao Professor Felipe Asensi, pela confiança e orientação ao trabalho, que permitiu superar incidentes e acidentes, e chegar até aqui.

Gratidão ao Laboratório de Pesquisas e Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS), em especial a professora Roseni Pinheiro e aos colegas, que me receberam no grupo e contribuíram com esse trabalho. Parte desse trabalho foi escrito a partir das oficinas de escrita de textos.

Agradeço ao Professor Ronaldo, pela generosidade de ser o leitor desse trabalho, mesmo com o avançar do prazo.

Gratidão aos membros da banca examinadora por aceitarem participar da defesa final na véspera do carnaval (risos).

Agradeço aos professores do Instituto de Medicina Social, pela formação sólida recebida e pelo incentivo e as ricas oportunidades de construção e reconstrução de muitas das ideias aqui desenvolvidas.

Sou grata as moças da secretaria acadêmica Eliete, Aline e Silvia, por estarem sempre prontas a nos atender. Gratidão também aos colegas de turma, que tornaram os dias mais leves e os finais de semestre mais alegres.

À CAPES pela bolsa de mestrado e ao Departamento de Política, Planejamento e Administração em Saúde pelo financiamento de eventos.

Chegando ao fim, agradeço à minha família e, com todo afeto, ao meu filho Arthur, que da sua maneira suportou minhas ausências e me acariciou quando precisava.

E, certamente, sem a sustentação de uma força e energia maior e Divina nada disso seria possível. Escrever sobre o direito à saúde num contexto no qual o direito à vida é constantemente ameaçado foi desafiador, as vezes torturante. Parecia que estava viajando e a vida, em tempo real, me mostrava outras coisas no contexto político econômico e social do país, mas sigamos resistindo.

RESUMO

PEREIRA, Aline do Nascimento. **Judicialização da saúde e a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do município do Rio de Janeiro:** uma análise teórica a partir de perspectivas de diálogos institucionais. 2019. 76 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Com o processo de democratização e resultado de intensas reivindicações de uma pluralidade de grupos sociais e políticos, a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental na Constituição Brasileira de 1988, cujo ditame é a prestação positiva do Estado. Para a viabilização deste direito foi criado o Sistema Único de Saúde, a ser implementado conjuntamente pela União, Estados e Municípios. No entanto, após aproximadamente três décadas da universalização do direito à saúde e legitimação de princípios constitucionais basilares, a efetivação desse direito ainda enfrenta desafios de diversas naturezas como culturais, políticos, sociais e econômicos gerando uma tensão entre direito garantido e direito usufruído. Isso permite a inserção das instituições jurídicas nessa tensão, como ator importante no processo de efetivação de direitos, seja na judicialização ou na juridicização da saúde. Tais instituições desenvolveram a capacidade institucional de criar um espaço de diálogos ao possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. Nessa lógica, o objetivo deste trabalho foi destacar a importância do diálogo institucional entre as instituições políticas e jurídicas para efetivação do direito à saúde. Para tanto fizemos um estudo teórico e destacamos a experiência da Câmara de Resolução dos Litígios de Saúde do município do Rio de Janeiro, entendendo que esta experiência se apresenta como potente estratégia de diálogo institucional que busca a efetivação do direito à saúde. O estudo nos demonstra que a Câmara tem ampliado sua capacidade de resolução dos litígios pela via administrativa, no entanto, também nos alerta para algumas questões que são demandadas à Câmara, dentre elas a busca por informação. Os dados nos alertam para um possível problema no sistema de saúde e sugere que haja ainda mais diálogo entre as instituições jurídicas e políticas para atenuação e resolução dos mesmos.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Juridicização da saúde. Diálogos institucionais.

ABSTRACT

PEREIRA, Aline do Nascimento. **Judicialization of health and the Health Disputes Relocation Chamber of the city of Rio de Janeiro:** a theoretical analysis based on the perspectives of institutional dialogues. 2019. 76 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

With the process of democratization and the result of intense demands from a plurality of social and political groups, health was elevated to the category of fundamental right in the Brazilian Constitution of 1988, whose dictate is the positive provision of the State. To make this right viable, the Unified Health System was created, to be implemented jointly by the Union, States and Municipalities. However, after approximately three decades of the universalization of the right to health and legitimation of basic constitutional principles, the realization of this right still faces challenges of diverse nature such as cultural, political, social and economic generating a tension between right guaranteed and right enjoyed. This allows the insertion of legal institutions in this tension, as an important actor in the process of effecting rights, whether in the judicialization or in the juridicization of health. These institutions developed the institutional capacity to create a space for dialogues by enabling communication among the main actors that make up the process of formulating, managing and supervising public health policies. In this logic, the objective of this work was to highlight the importance of institutional dialogue between political and legal institutions for the realization of the right to health. For that, we did a theoretical study and we highlight the experience of the Health Dispute Resolution Chamber of the city of Rio de Janeiro, understanding that this experience presents itself as a powerful strategy for institutional dialogue that seeks to achieve the right to health. The study shows that the Chamber has increased its ability to resolve disputes by administrative means, however, it also alerts us to some issues that are demanded of the Chamber, among them the search for information. The data alerts us to a possible problem in the health system and suggests that there should be even more dialogue between legal and political institutions to alleviate and resolve them.

Keywords: Right to health. Judicialization of health. Juridicization of health. Institutional dialogues.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AB	Atenção Básica
CER	Central Estadual de Regulação
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRLS	Câmara de Resolução de Litígios de Saúde
DPGE	Defensoria Pública Geral da União
DPU	Defensoria Pública da União
MS	Ministério da Saúde
PCDT	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
SES	Secretaria Estadual de Saúde
SISREG	Sistema de Regulação
SMS	Secretaria Municipal de Saúde
SPA	Serviço de Pedido Administrativo
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	09
1	DIREITO À SAÚDE E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS – A JUDICIALIZAÇÃO E A JURIDICIZAÇÃO	15
1.1	Aspectos históricos do direito à saúde no Brasil	16
1.2	O Sistema Único de Saúde (SUS) – princípios e diretrizes	21
1.3	A judicialização e a juridicização da saúde	27
1.3.1	<u>A judicialização da saúde</u>	27
1.3.2	<u>Iniciativas das instituições jurídicas para a judicialização da saúde</u>	32
1.3.3	<u>A juridicização da saúde</u>	34
2	PERSPECTIVAS DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	37
2.1	Síntese de propostas de diálogos institucionais	37
2.2	Diálogos institucionais – a quem cabe a decisão final?	45
2.3	Direito e Discursividade	50
3	A EXPERIÊNCIA DA CÂMARA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE SAÚDE	56
3.1	Dados sobre atuação da Câmara na resolução dos litígios de saúde	57
3.2	Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – Uma estratégia de Diálogo Institucional?	66
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
	REFERÊNCIAS	73

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo XXV, define que todo ser humano tem direito a uma qualidade de vida capaz de garantir-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Ou seja, o direito à saúde é indissociável do direito à vida, que tem por inspiração o valor de igualdade entre as pessoas.

No contexto brasileiro, a saúde nem sempre foi concebida como um direito de todos, tendo sido tratada como favor, ou seja, uma benesse do Estado às pessoas, como um serviço associado a um vínculo empregatício ou custeado diretamente e como direito de todos a partir da Constituição Federal de 1988 (ASENSI, 2012). A referida Constituição, dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurado mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação. E para a viabilização deste objetivo criou o Sistema Único de Saúde (SUS) a ser implementado de forma solidária e participativa pela União, Estados e Municípios (BRASIL, 1988).

O SUS insere-se em um contexto mais amplo da política pública, a seguridade social, que abrange, além das políticas de saúde, as políticas de previdência e assistência social. E possui como princípios a universalidade, a equidade e a integralidade e como diretrizes a descentralização, a regionalização e hierarquização e a participação da comunidade. A rede que compõem o SUS é ampla e abrange tanto ações como serviços de saúde. Ela engloba a atenção básica, média e alta complexidades, os serviços de urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária, do trabalhador e ambiental e assistência farmacêutica.

A partir desses marcos legislativos compreende-se saúde é um direito fundamental e constitucionalmente garantido a todos, inerente à vida, bem maior do homem, portanto o Estado tem o dever de prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Apesar da garantia constitucional, a positivação da saúde enfrenta desafios de diversas ordens como, por exemplo, financiamento e gestão, para sua efetivação, o que gera uma tensão entre o que está assegurado em lei e o que de fato é efetivado pelo Estado.

Tal tensão inerente ao direito à saúde consiste na dicotomia existente entre os direitos garantidos constitucionalmente e os conflitos implícitos à sua efetivação no cotidiano dos serviços de saúde e dos atores sociais (ASENSI, 2011). Conflitos esses, que se intensificam

quando o usuário não tem sua necessidade de saúde atendida. Necessidades essas que podem ser de diversas ordens, como consultas, medicamentos, tratamentos, próteses, dentre outras. Nesse contexto, de acordo com Asensi e Pinheiro (2017), o Judiciário se apresenta como um ator importante no processo de efetivação de direitos, cuja proeminência, de fato, advém de suas competências e atribuições constitucionais, ou seja, o dever de ser fazer cumprir a lei. As instituições jurídicas podem atuar independentemente da existência de processos judiciais, a este fenômeno dá-se o conceito de juridicização, ou seja, conflitos que são tratados do ponto de vista jurídicos, mas que não são ajuizados (ASENSI, PINHEIRO, 2017, p. 67).

De acordo com ASENSI (2011) a juridicização da saúde desempenha papel fundamental em ao menos 5 dimensões: a) no reconhecimento do processo de entendimento, pactuação e concessão mútua entre os diversos atores cujo fruto é construído consensualmente; b) no esforço de estabelecer estratégias de execução proativa de políticas públicas, de modo a fixar recursos, diretrizes e compromissos; c) na incorporação da sociedade civil como requisito para a formulação de acordos efetivamente plurais; d) na diversidade de atores e instituições no processo de interpretação constitucional; e) no estabelecimento de um cenário que busca considerar as características dos contextos em que as demandas estão inseridas para compor estratégias mais efetivas para sua satisfação.

Atrelados a ampliação do papel das instituições jurídicas, os processos de efetivação do direito à saúde têm estimulado discussões sobre: o que seria legítimo de reivindicar como demanda de saúde; quais são os pressupostos sociais e políticos na efetivação desse direito; os desafios acerca do custeio de recursos econômicos para sua efetivação, dentre outros (ASENSI, 2011).

No contexto brasileiro, as instituições jurídicas receberam destaque no processo de efetivação da saúde enquanto direito. Tais instituições desenvolveram a capacidade institucional de criar um espaço de diálogos ao possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. Isso tem estimulado esforços positivos na criação de novos arranjos institucionais e *co-gestão* que não necessariamente conduzem à judicialização das demandas em saúde.

Nessa perspectiva, as teorias dos “Diálogos Institucionais” ganham destaque. Bateup (2006) define que diálogos institucionais são mecanismos que implicam na interação e cooperação de duas ou mais instituições pertencentes a poderes estatais distintos para fins de resolução de controvérsias legais e provedoria de direitos e garantias fundamentais sem que haja a predefinição da supremacia da atividade decisória de uma dessas instituições em face da outra.

Bateup (2006), defende em suma, que o Judiciário não pode, sob o ponto de vista empírico e, não deve, sob o ponto de vista normativo, deter o monopólio da interpretação constitucional, almejando, que a decisão final deve ser construída com a participação dos demais atores, além do Judiciário, de modo a obter representatividade e, sobretudo, legitimidade. De acordo com a autora o mais importante não é quem dará a palavra final, mas sim, como se chegará a esta conclusão. Para tanto a sociedade e as instituições deverão criar formas dialógicas de decisão.

A leitura de Habermas (1997), apesar de não ser considerada uma teoria de diálogo institucional, nos fornece elementos para compreender a necessidade de abertura à interpretação dos preceitos constitucionais. Uma vez que o autor considera que no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado de intérpretes da Constituição.

Apesar de não propor uma teoria de diálogo institucional, as contribuições de Habermas nos ajudam a pensar elementos que são importantes para perspectivas dialógicas, pois para o autor o procedimento capaz de dar um curso para a tensão entre as normas, principalmente as constitucionais, é aquele que envolve a racionalidade discursiva. No contexto do Estado democrático de direito, devemos procurar solucionar os impasses gerados nos discursos de aplicação sem abrimos mão, na medida do possível, do maior número de princípios. Só assim uma sociedade pluralista terá sua autoidentidade, também pluralista, preservada (MARTINS 2014).

Apesar de partirem de elementos diferentes para explicar suas análises, os autores nos apresentam como ponto comum a preocupação com a representatividade e legitimidade nos processos decisórios e interpretativos. Ambos estão preocupados com a pluralidade de vozes envolvidas nesses processos e com a legitimidade desses atos, o que nos sugere uma tentativa de decisões mais justas a partir da participação de mais atores com elas implicados.

Seguindo na lógica de espaços de gestões e decisões compartilhadas, a Câmara da Resolução de Litígios de Saúde¹ (CRLS) do Município do Rio de Janeiro se apresenta como um arranjo que visa diminuir a judicialização das demandas de saúde no Rio de Janeiro, por meio do diálogo entre as instituições que atuam na efetivação do direito à saúde. Esta é um espaço de diálogo entre os entes e suas respectivas secretarias de saúde, procuradorias e defensoria pública na busca de resolução extrajudicial dos problemas de saúde. O objetivo

¹ A CRLS é subordinada a Gerência de Atendimento a Mandados Judiciais (CDI/SMS-RJ) e integra o convênio tripartite entre União, Estado e Município do Rio de Janeiro.

deste convênio entre as instituições é promover o atendimento de partes assistidas pela Defensoria Pública da União (DPU) e pela Defensoria Pública Geral do Estado (DPGE) que demandem prestação de serviços de saúde e, por meio de soluções consensuais, administrativas e rápidas, evitar o ajuizamento de ações, o que desburocratiza e agiliza a resolução dos litígios em saúde. Assim, câmara se coloca como espaço importante na garantia do direito, por ser um espaço de negociação estratégica entre os entes o que permite respostas rápidas aos usuários que reivindicam e a possível garantia de direitos.

Asensi e Pinheiro (2017) destacam que as concepções construídas pelos estudos de judicialização podem possuir limitações de diversas naturezas para pensar o Judiciário no Brasil e em outros países. A assunção do juiz como a referencial preferencial na efetivação do direito pode propiciar a supervalorização da dinâmica judicial. Tal valorização tem sido empregada em detrimento de reflexões sobre outras formas jurídicas e não jurídicas de aplicação e efetivação de direitos.

Tão importante quanto o estudo dos fins de uma ação judicial, é o dos meios utilizados pelas diversas instituições para efetivar direitos. Isso permite pensar uma nova forma de atuação das instituições jurídicas que vai além da mera judicialização, o que fortalece ainda mais as reflexões sobre seu protagonismo no que se refere à efetivação de direitos e implementação de políticas públicas.

Nessa direção, o problema que orientou nossa pesquisa foi seguinte: **“Como o diálogo institucional pode colaborar para efetivação do direito à saúde?”**, partindo do pressuposto que este se coloca como uma alternativa ponderada favorável ao equilíbrio entre a efetividade das disposições constitucionais e o desempenho adequado das funções jurídicas em políticas em relação ao direito a saúde.

O objetivo geral deste trabalho foi destacar a importância do diálogo institucional entre as instituições políticas e jurídicas para efetivação direito a saúde. Para o alcance desse objetivo maior propomos os seguintes objetivos específicos: discutir do direito à saúde no Brasil e a participação das instituições jurídicas na efetivação desse direito; apresentar algumas perspectivas de diálogo institucional e analisar a experiência da CRLS no município do Rio de Janeiro a partir de dados secundários.

Como hipóteses buscamos corroborar que o judiciário pode atuar na área da saúde como ente dialógico e não apenas conclusivo; que os poderes apesar de suas competências típicas devem dialogar entre si na formulação e implementação da política pública de saúde, fomentando a interação entre eles; que as políticas públicas são elaboradas de forma genéricas e sem caráter vinculativo para o Poder Executivo comprometendo a sua concretude, então um

espaço que contenha as três secretarias de saúde pode propiciar uma decisão mais adequada sobre qual ente responsável de executar determinado litígio.

A atuação da CRLS vem sendo reconhecida e no ano de 2014, um ano após a pactuação do convênio, ganhou “*o prêmio innovare*”. Tal prêmio tem como objetivo identificar, divulgar e difundir práticas que contribuam para o aprimoramento da Justiça no Brasil. De acordo com a descrição na página do concurso, a principal inovação na prática da CRLS é a criação de uma via consensual e extrajudicial na solução de conflitos envolvendo a tutela do direito à saúde, como um instrumento efetivo para diminuição da judicialização da saúde.

Insta mencionar que todo paciente que busca uma das vias judiciais para pleitar a garantia de um produto ou serviço de saúde é encaminhado para a Câmara. Logo, esta além de ser um meio de efetivação do direito a saúde é, no Rio de Janeiro, a “porta de entrada” para o pleito via judicial.

Para o alcance dos objetivos propostos, fizemos um estudo teórico de natureza qualitativa e utilizamos dados secundários da pesquisa realizada por Soares (2017) sobre “a atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde na resolução extrajudicial dos conflitos sanitários nos anos de 2014 a 2016” para ilustrar a atuação da Câmara como estratégia de diálogo institucional, e sustentar nossos argumentos quanto a necessidade de estratégias semelhantes para efetivação do direito à saúde, e por consequência, diminuição de processos judiciais na saúde. Corroboramos com Gil (2008) que, na análise qualitativa, a interpretação dos resultados precisa ir além da leitura dos dados, com o objetivo de integrá-los num extenso universo em que poderão ter algum sentido. “Esse universo é o dos fundamentos teóricos da pesquisa e dos conhecimentos já acumulados em torno das questões abordadas” (GIL, 2008, p.178)

A pesquisa ora apresentada pretende contribuir na compreensão do entrelaçamento dos elementos jurídicos, médicos e sanitários, nos processos judiciais individuais, que envolvem o direito a saúde no sistema público de saúde.

Deste modo, dividimos essa dissertação em três capítulos mais as considerações finais e apresentação que ora fazemos. No primeiro capítulo, intitulado “direito á saúde e instituições jurídicas – a judicialização e a juridicização” trabalharemos o direito à saúde no Brasil e a contribuição das instituições jurídicas na efetivação desse direito, para tanto o mesmo foi dividido em três tópicos: o primeiro, “aspectos históricos do direito a saúde no Brasil”, que demonstra como a saúde foi avançando no Brasil até conquistar o status de direito de todos; o segundo, “O Sistema Único de Saúde – princípios de diretrizes”, cujo

objetivo é demonstrar como a saúde pública está organizada no Brasil e alguns desafios; e, por último, teremos o tópico sobre “A judicialização e a juridicização da saúde” no qual apresentamos como as instituições jurídicas vêm atuando no direito à saúde.

No segundo capítulo, nomeado “perspectivas de diálogos institucionais” apresentamos leituras de diálogos institucionais que destacam a importância de gestão e decisão compartilhada. Este capítulo está subdividido em três partes, na primeira apresentamos as principais teorias de diálogos institucionais destacadas por Bateup (2006); na segunda buscamos justificar a importância do diálogo institucional para questões que envolve direitos fundamentais; na terceira, e última parte, trazemos a contribuição habermesiana sobre direito e discurso.

No terceiro capítulo, intitulado “a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde”, trazemos dados secundários sobre a atuação da Câmara de Litígios de Saúde do Rio de Janeiro e os analisamos a partir das leituras estabelecidas nos capítulos anteriores. Os dados nos estimulam a pensar o quanto estratégias de diálogos institucionais são importantes na efetivação do direito, mas que não podem ocorrer desvinculadas de um processo de ampliação e qualificação das políticas de saúde. Entendemos, que a atuação de espaços como o da Câmara, além de fazer frente a judicialização podem funcionar como um termômetro para a política de saúde e indicar necessidades de aprimoramento.

Espera-se que este trabalho represente uma abertura de diálogo efetivo entre os diferentes saberes em disputa na demanda judicial que envolve o direito à saúde. Diálogo este que vá além da compreensão mútua, mas siga rumo à (re)construção de discursos e ações conjuntas e efetivas da concepção da saúde como um direito.

1 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL – A JUDICIALIZAÇÃO E A JURIDICIZAÇÃO DA SAÚDE

A saúde, enquanto expressão das interações que o ser humano estabelece com a natureza das coisas e o seu corpo, impõe-se e expõe-se nas diversas variáveis biológicas e psíquicas que se relacionam com a vida em sociedade, mediadas pelas condições presentes no trabalho, no meio ambiente, na moradia, na alimentação, no transporte e nas instâncias que de algum modo dão suporte à vida. Na instância privilegiada das relações entre as pessoas, a saúde pode ser entendida como o equilíbrio entre o corpo e a natureza das coisas que, garantida, traça o caminho da vida. (VASCONCELOS e OLIVEIRA (2009); DALLARI, 1998)

O direito, por sua vez, é o construto humano que, historicamente, circunscreve as relações entre as pessoas e regula de forma mais ou menos condizente com as necessidades os interesses individuais e gerais das populações, buscando harmonizar conflitos pelo braço institucional da justiça. Embora nem sempre a justiça seja feita da forma mais justa, o direito é a construção permanente do equilíbrio, externado para construir objetos de harmonia da vida, aplicados à natureza das coisas e às relações sociais. (VASCONCELOS e OLIVEIRA (2009));

Corroborando com isso, Dallari (1988) explica que a palavra direito refere-se a um ramo do conhecimento humano, a ciência do direito, cujo objeto de estudo, o direito em si, constitui um sistema de normas que regulam o comportamento dos homens em sociedade. Muitas vezes se emprega a palavra direito em sentido axiológico como sinônimo de justiça e muitas outras em sentido subjetivo, como um direito individual. Assim sendo, a saúde, definida como direito, deve inevitavelmente conter aspectos sociais e individuais.

Para Vasconcelos e Oliveira (2009), saúde e direito, coincidem na história do homem e sua trajetória no mundo é reflexo do direito ou sua ausência e do seu estado de saúde ou sua ausência. Direito e saúde são, portanto, dependentes da humanidade no seu andar histórico. Este capítulo está dividido em três tópicos, no primeiro registamos aspectos históricos do direito à saúde no Brasil; no segundo apresentamos o Sistema Único de saúde e destacamos seus princípios e diretrizes; e, no último tópico, fazemos uma análise do direito à saúde e sua relação com as instituições jurídicas, na qual destacamos a judicialização e juridicização da saúde.

1.1 Aspectos históricos do direito à saúde no Brasil

Ao resgatar algumas interfaces do direito à saúde no Brasil, Machado (2005) destaca que a ideia desse direito tem-se resumido a uma concepção de acesso aos bens e serviços de saúde. E tal redução está relacionada, em parte, à histórica definição de direitos sociais pautada na prestação de alguns serviços a população.

Até se fixar como direito na Constituição de 1988, atual constituição brasileira, a saúde auferiu diversas conotações ao longo da história e desenvolvimento da sociedade brasileira do ponto de vista político, social e jurídico. No estudo dos sentidos atribuídos a saúde, Asensi (2012) identifica três concepções que se manifestaram no caminhar da história: como um favor; como um serviço decorrente de um direito trabalhista ou custeado diretamente; e na qualidade de direito. De acordo com o autor tais concepções possuem uma forte institucionalidade no campo do Estado e das instituições jurídicas, e, também, permitem refletir sobre a cultura política que se cristalizou no Brasil em relação à efetivação dos direitos sociais e coletivos (ASENSI, 2012).

A saúde na qualidade de um favor do Estado a população é uma característica que marca o período do Império a República Velha. Nesse período a saúde se apresentava como uma benfeitoria do Estado, significativamente marcada por relações patrimonialista de poder. Por conta dessa natureza, a assistência a saúde poderia ser retirada ou restringida em qualquer momento, sem qualquer garantia para sua manutenção (ASENSI, 2012; BAPTISTA, 2007).

Esse período é marcado por iniciativas de saneamento e urbanização e foram seguidas de ações específicas na saúde, sobretudo no combate a algumas doenças epidêmicas. Foram tomadas medidas importantes, algumas drásticas, mas que representaram avanços no combate às epidemias, as quais se espalhavam facilmente pelas cidades. Nesse contexto, em 1904, nasceu um Código Sanitário que previa a desinfecção inclusive domiciliar, o arrasamento de edificações consideradas nocivas à saúde pública, a notificação permanente dos casos de febre amarela, varíola e peste bubônica, e a atuação da polícia sanitária (BAPTISTA, 2007).

As instituições de saúde organizavam suas ações baseadas no modelo campanhista e curativista, e a partir delas a saúde foi alçada a assunto de Estado, porém sua exigibilidade pelos cidadãos ainda estava submetida a discricionariedade do poder público (ASENSI, 2012; BAPTISTA, 2007). Por isso, não é de se estranhar o teor autoritário das práticas de saúde. Para desinfetar, percorriam ruas e visitavam casas, inclusive promovendo a queima de roupas e colchões. Exigiam limpeza, reformas, interditavam prédios, removiam doentes. Naturalmente, os alvos preferidos das visitas eram as áreas mais pobres e de maior densidade

demográfica. Também constava, nessa estratégia sanitária, a campanha de vacinação obrigatória, que foi estopim de uma revolta popular, pelo caráter autoritário do processo. Este movimento ficou conhecido como a Revolta das Vacinas, ocorrida no Rio de Janeiro, em 1904 (BAPTISTA, 2007).

Dando seguimento, após, principalmente a partir da década de 1920 até o período de redemocratização na década de 1980, alguns acontecimentos e mudanças se fizeram importantes para a transformação na concepção da saúde enquanto favor. Entre eles, Asensi (2012) cita: “a ampliação dos direitos dos trabalhadores, a criação das caixas de assistência, a reforma política desenvolvida no período e o advento dos planos privados de saúde” (p. 3) que possibilitaram uma reconfiguração nas relações de poder no campo da saúde, nesse período a saúde é vista como um serviço, decorrente de um direito trabalhista ou como um serviço privado.

De acordo com o autor, nesse período ocorreu um crescente movimento de mercantilização da saúde, de modo que seu acesso estava diretamente atrelado a predisposição do indivíduo de pagar pelos planos privados ou a sua condição de trabalhador formal. Tratando-se, assim, de uma concepção de saúde limitada a um grupo de pessoas, cujo critério é o vínculo empregatício. Os que não se encontravam nessa condição, ou seja, os que não podiam pagar pelos planos privados ou não eram trabalhadores formais com carteira assinada não possuíam nenhuma possibilidade de acesso aos serviços fornecidos pelos seguros, o que, segundo o autor, reforçou o papel decisivo das Santas Casas na assistência aos desempregados (ASENSI, 2012).

Em oposição a essa concepção restrita de saúde, ganhou força, a partir da década de 1970, o movimento da Reforma Sanitária, cuja principal bandeira defendia uma saúde universal, ou seja, uma saúde como direito de todos (ASENSI, 2012). Os reformistas buscavam a universalização do direito à saúde, a unificação dos serviços prestados pelos seguros voltados para os trabalhadores e Ministério da Saúde em um mesmo sistema e a integralidade das ações, com a garantia do acesso a ações de prevenção e assistência médica. A partir desse momento, ampliava-se o debate sobre o direito à saúde no Brasil, a começar pela própria concepção de saúde (BAPTISTA, 2007).

Mattos (2005), destaca em seu texto a primeira parte do relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde, sobre o tema “Saúde como direito”, no qual consta a definição de direito à saúde, fruto dos ideais da Reforma Sanitária:

direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, p.4).

O mesmo documento especifica o que viria a ser o “pleno exercício do direito à saúde”, envolvendo outras políticas setoriais:

“Deste conceito amplo de saúde e destinação de direito como conquista social, emerge a ideia de que o pleno exercício do direito à saúde implica em garantir:

- trabalho em condições dignas, com amplo conhecimento e controle dos trabalhadores sobre o processo e o ambiente de trabalho;
 - alimentação para todos, segundo suas necessidades;
 - moradia higiênica e digna;
 - educação e informação plenas;
 - qualidade adequada do meio-ambiente;
 - transporte seguro e acessível;
 - repouso, lazer e segurança;
 - participação da população na organização, gestão e controle dos serviços e ações de saúde;
 - direito à liberdade, à livre organização e expressão;
 - acesso universal e igualitário aos serviços setoriais em todos os níveis”
- (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, p.4)

A partir desse desenho a saúde passava a assumir um sentido mais abrangente, sendo resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso a serviços de saúde, dentre outros condicionantes. Portanto, o direito à saúde significava a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação, em todos os níveis, de todos os habitantes do território nacional (BAPTISTA, 2007).

Nesse sentido, a proposta de reforma para a saúde era também uma proposta de reforma do Estado, Estado este que havia se constituído sob uma base fundada no patrimonialismo, política de clientela, centralização decisória e exclusão social modos de fazer política que se reproduziam não só no âmbito de organização do setor saúde como em outros setores, mas que foram explicitados no debate da saúde. O ideal da Reforma Sanitária pretendia, nesse contexto, uma revisão do modo de operar do Estado, da lógica burocrática que concentrava poder e uma disposição social para redistribuir a renda e participar ativamente da construção desse novo Estado, agora de intenção democrática (BAPTISTA, 2007).

Em sua análise sobre como a saúde foi tratada no processo constitucional brasileiro, Dallari (2012) identifica que direito à saúde não foi tema das constituições brasileiras anteriores a 1988, a não ser acidentalmente. De acordo com a autora, em toda a história constitucional apenas o texto da Constituição de 1934, sugere sua possibilidade ao atribuir competência simultânea à União e aos estados para cuidar da saúde. Ele conferia, às três esferas de governo, a responsabilidade de adotar medidas legislativas e administrativas para restringir a mortalidade e a morbidade infantis, e de higiene social para impedir a propagação das doenças transmissíveis; e de cuidar da higiene mental e lutar contra os venenos sociais. Essa mesma Constituição, ao tratar da ordem econômica e social adicionou entre os preceitos a serem observados pela legislação trabalhista a assistência médica e sanitária. Os demais textos constitucionais se limitaram a atribuir responsabilidade à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica e sanitária (DALLARI, 2012).

Com o processo de democratização e as intensas reivindicações de uma pluralidade de grupos sociais e políticos, a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental na Constituição Brasileira de 1988, cujo ditame é a prestação positiva do Estado no sentido de efetivá-la a todos os cidadãos (ASENSI, 2012). Em seu artigo 196 consta que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. E para a viabilização deste objetivo criou o Sistema Único de Saúde (art. 198 C.F.) a ser implementado conjuntamente pela União, Estados e Municípios.

Segundo o autor, neste contexto, atribuiu-se às ações e serviços de saúde o caráter de relevância pública, o que implica dizer que a alteração de tal preceito depende de amplo e rígido processo legislativo. Esta condição solidificou sem precedentes a relevância jurídica, política e social da saúde no ordenamento brasileiro, sobretudo a partir de sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à saúde ainda se constituiu como cláusula pétrea no âmbito constitucional, uma vez que, em virtude de sua associação direta com o direito à vida, não pode ser excluído do resguardo que lhe foi dado pela Constituição e pelas legislações posteriores (ASENSI, 2012).

Machado *et al.* (2005) esclarecem que no cenário internacional a noção de direito à saúde assume um nexos constituinte de direitos humanos, reforçando sua relevância como direito universal. Os instrumentos internacionais de direitos humanos, em especial, o Pacto

Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, reconhecem expressamente o direito de toda pessoa ter garantido o acesso à “assistência e serviços médicos em caso de enfermidades”, e de “desfrutar do progresso científico e suas aplicações”. Este é um aspecto considerado fundamental para a garantia da dignidade humana, nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos. Contudo, no plano prático, constata-se, que mesmo nos países com grande poder econômico e altos investimentos na assistência pública à saúde, os sistemas públicos não são capazes de oferecer tudo para todo. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas que trata do monitoramento deste Pacto entende que o direito à saúde não significa garantir que todos estejam sempre saudáveis, mas sim, um sistema de proteção à saúde, que dê oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis (WHO, 2000).

A Convenção de 2000, do Comitê Internacional em Direitos Econômicos, Social e Cultural (CISDEC), definiu a saúde como um direito humano fundamental indispensável para o exercício dos outros direitos humanos. Todo ser humano tem o direito de usufruir o mais alto padrão de saúde que o leve a viver uma vida digna.

No entanto, cabe uma ressalva, pois apesar dos termos “direitos humanos” e “direitos sociais” ou “direitos fundamentais” serem utilizados frequentemente de forma indiferenciada, é necessário distingui-los em razão de sua construção histórica, assinala Machado (2005). Conforme Sarlet (2002, p.37), os direitos fundamentais caracterizam-se por serem precisos e restritos, pois são constituintes do conjunto de direitos e liberdades reconhecidos institucionalmente pelo Estado e garantidos pelo direito positivo, referindo-se, portanto, a direitos determinados no espaço e no tempo, “cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”. Já o termo “direitos humanos” se refere a uma noção internacional que reconhece o ser humano como tal – a partir da concepção de humanidade –, independentemente de sua vinculação constitucional, referindo-se, portanto, a todos os povos e tempos. Machado (2005) destaca que a principal vinculação entre os dois termos está no fato de que o titular dos direitos fundamentais sempre será um ser humano.

É mister que a Constituição Federal de 1988 foi um divisor de águas na consolidação da saúde enquanto direito. Embora ainda existam relações de favor e prestação por meio de contribuição prévia, a saúde é um direito de todos cuja responsabilidade de efetivação pertence ao Estado. Alçada, a condição de direito a Carta Magna estabeleceu as bases para construção de um Sistema Único de Saúde (SUS), a ser detalhado no próximo tópico.

1.2 O Sistema Único de Saúde (SUS) – princípios e diretrizes

O SUS insere-se em um contexto mais amplo da política pública, a seguridade social, que abrange, além das políticas de saúde, as políticas previdência e assistência social. A definição do modelo de seguridade social no Brasil significou a formulação, pela primeira vez na história do país, de uma estrutura de proteção social abrangente, pois prevê a universalidade da cobertura e do atendimento, justa na medida em que pretende a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, equânime, pois estabelece equidade na forma de participação do custeio e com caráter democrático e descentralizado na gestão administrativa, na qual cabe ao Estado a provisão e o dever de atenção (BRASIL, 1988; BAPTISTA, 2009, MATTA, 2009).

A base legal do SUS é constituída fundamentalmente por três documentos que expressam os elementos básicos que estruturam e organizam o sistema de saúde brasileiro. São eles:

- A Constituição Federal de 1988, na qual a saúde é um dos setores que estruturam a seguridade social (Brasil, 1988).
- A lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, também conhecida como a Lei Orgânica da Saúde e que dispõe principalmente sobre a organização e regulação das ações e serviços de saúde em todo território nacional (Brasil, 1990a).
- A lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que estabelece o formato a participação popular no SUS e dispõe sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde (Brasil, 1990b).

Além disso, há diversas normatizações, decretos, portarias e medidas provisórias que atualizam, alteram ou revisam aspectos organizacionais e operacionais do sistema. Mas a estrutura formal do SUS está disposta nesses três documentos basilares.

Os princípios e diretrizes do SUS constituem as bases para o funcionamento e organização do sistema de saúde em nosso país, afirmando direitos conquistados historicamente pelo povo brasileiro e o formato democrático, humanista e federalista que deve caracterizar sua materialização.

Neste sentido, os princípios e diretrizes do SUS devem ser compreendidos a partir de uma perspectiva histórica e epistemológica, constituindo-se como um produto resultante de um processo político e que expressa concepções sobre saúde e doença, direitos sociais, gestão, as relações entre as esferas de governo do país, entre outros.

Na leitura de Matta (2009) podemos considerar os princípios do SUS como aquilo que serve de base, alicerce, para o sistema de saúde brasileiro. Em contrapartida e ao mesmo tempo, tais princípios representam os valores, os preceitos e as bandeiras de luta que sustentam o sistema de saúde. Ou seja, os valores que escolhemos para orientar as ações e políticas de saúde em nosso país.

Já as diretrizes são aquilo que define os rumos, dinâmicas e estratégias que organizam o SUS. São linhas gerais, portanto determinam rotas e são estratégicas, pois apontam caminhos e meios para atingir objetivos, que estão articulados com seus princípios (MATTA, 2009).

Os princípios doutrinários seriam o núcleo comum de valores e concepções que servem de base para os SUS: Universalização, Equidade, Integralidade. Já os princípios organizativos retratam a forma de organização e operacionalização do sistema, são eles: Descentralização, Regionalização e Hierarquização, e Participação da comunidade. Ou seja, a partir dos princípios doutrinários, os princípios organizativos delinearão as estratégias, os meios para cristalizar os valores fundamentais do SUS (BAPTISTA, 2009; MATTA, 2009).

Em sua argumentação Matta (2009), considera como equivalentes os significados de princípios e princípios doutrinários, e diretrizes e princípios organizativos. Considerando a denominação de princípios' para a base filosófica, cognitiva e ideológica do SUS e de diretrizes para a forma, as estratégias e os meios de organização do sistema para sua concretização.

A universalidade consiste na garantia de que todos os cidadãos, sem privilégios ou barreiras, devem ter acesso aos serviços de saúde públicos e privados conveniados, em todos os níveis do sistema. Todo o cidadão é igual perante o SUS e será atendido conforme suas necessidades até o limite que o sistema pode oferecer para todos. É o princípio fundamental da reforma, que pressupõe uma relação em que os cidadãos têm um direito que se configura como um dever do Estado, sem qualquer possibilidade de restrição de a sua universalidade (BAPTISTA, 2009; MATTA, 2009; ASENSI, 2012).

Matta (2009) pondera que em decorrência da história da assistência à saúde no Brasil e da hegemonia da cultura do consumo nas sociedades contemporâneas, muitos associam a noção de universalidade à de gratuidade. A universalidade pressupõe a noção de direito, o que torna inadequado o uso de qualquer menção à ideia de pagamento/gratuidade. No Brasil, o direito à saúde é um direito social, coletivo, e não um direito individual garantido mediante pagamento e a respectiva cobertura.

O princípio da equidade expressa à ideia de justiça social é fruto de um dos maiores e históricos problemas da nação: as iniquidades sociais e econômicas. Essas iniquidades levam a desigualdades no acesso, na gestão e na produção de serviços de saúde. Portanto, o princípio da equidade, para alguns autores, não implica a noção de igualdade, mas diz respeito a tratar desigualmente o desigual, atentar para as necessidades coletivas e individuais, procurando investir onde a iniquidade é maior (BAPTISTA, 2009; MATTA, 2009; ASENSI, 2012).

A noção de equidade não está presente nos textos fundacionais do SUS e apenas algum tempo depois se apresenta como um norteador das políticas nos documentos legais e nos textos acadêmicos (Escorel, 2001). Na base constitucional que legitima o SUS apresenta-se a igualdade. Igualdade na concepção de cidadania, uma vez que todos os brasileiros teriam o direito político, legitimado pelo Estado, de acesso ao sistema de saúde, como descrito anteriormente. Mas ao confrontar-se com os condicionantes sociais da saúde, o espaço da igualdade, do exercício da liberdade, não seria suficiente para fazer frente às diferenças entre as diversas regiões e entre os diversos grupos populacionais. O princípio da equidade identifica o espaço da diferença, não o espaço da igualdade. Isto é reconhecer a pluralidade e a diversidade da condição humana nas suas necessidades e nas suas potencialidades (MATTA, 2009).

A integralidade, em seu sentido legal e institucional, diz respeito à garantia do acesso a um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade, devendo o sistema de saúde proporcionar ao indivíduo ou à coletividade, as condições de atendimento, de acordo com as suas necessidades (BAPTISTA, 2009; MATTA, 2009; ASENSI, 2012).

De acordo com Pinheiro (2008), a integralidade, ao ser constituída como um ato em saúde nas vivências cotidianas dos sujeitos nos serviços de saúde, tem germinado experiências que produzem transformações na vida das pessoas, cujas práticas eficazes de cuidado em saúde superam os modelos idealizados para sua realização. Assim, a autora entende a integralidade em um sentido mais amplo ao de sua definição legal, ou seja, “como uma ação social que resulta da interação democrática entre os atores no cotidiano de suas práticas na oferta do cuidado em saúde, nos diferentes níveis de atenção do sistema”.

No SUS, a diretriz da descentralização é vista como uma estratégia para o enfrentamento das desigualdades regionais e sociais, pois corresponde à distribuição de poder político, de responsabilidades e de recursos da esfera federal para a estadual e municipal. Ou seja, estamos falando de uma desconcentração do poder da União para os estados e municípios, tendo como objetivo a consolidação dos princípios do SUS. Em cada esfera de

governo há uma direção do SUS: na União, o Ministério da Saúde (MS); nos estados e Distrito Federal, as secretarias estaduais de saúde ou órgão equivalente; e nos municípios, as secretarias municipais de saúde (BAPTISTA, 2009; MATTA, 2009).

A descentralização também se colocou como uma estratégia de democratização porque possibilitou à população um maior controle e acompanhamento das ações públicas. Desse modo, a população poderia interferir de forma mais efetiva no processo de formulação da política. Por trás dessa concepção há uma noção de organização do sistema de saúde que tem como pressuposto que quanto mais próximo o gestor está dos problemas de uma comunidade, mais chance tem de acertar na resolução dos mesmos (BAPTISTA, 2009; MATTA, 2009).

O princípio da descentralização exige um novo formato na condução e organização da política. Nesse sentido, apresentam-se as diretrizes de regionalização e hierarquização dos serviços, com a organização de um sistema de referência e contra-referência, incorporando os diversos níveis de complexidade do sistema (primário, secundário, terciário). Regionalizar implica um melhor conhecimento, por parte de estados e municípios, dos problemas sociais e de saúde de suas localidades para que se possa então implementar uma política de saúde condizente. A hierarquização dos serviços segue a mesma lógica, organizando a rede de saúde a partir dos diferentes níveis de complexidade dos serviços e de acordo com as realidades local e regional. A referência e contra-referência funcionam como os elos de ligação dessa rede (BAPTISTA, 2009)

Com o princípio da descentralização e as diretrizes de regionalização e hierarquização apresenta-se uma proposta de organização e gestão do sistema de saúde bastante diferente da prática adotada durante toda a história das políticas de saúde no Brasil. A proposta só se concretiza com sucesso se há solidariedade e cooperação entre governantes das três esferas, transparência e democratização decisória (BAPTISTA, 2009).

A participação da comunidade trata da garantia constitucional que a população, por meio de suas entidades representativas, poderá participar do processo de formulação das políticas e do controle de sua execução. A participação social foi enunciada na Constituição de 1988 e regulamentada na lei 8.142/1990, onde se definem a configuração dos conselhos de saúde em cada esfera de governo e a realização periódica, a cada quatro anos, das conferências de saúde, também em cada esfera de governo (BRASIL, 1990b).

Os conselhos têm como função, dentre outras, exercer papel de formulação, acompanhamento e controle permanente das ações do governo nos seus três níveis. O principal avanço foi o estabelecimento de um canal permanente de relação entre o gestor e a

população representada de forma paritária nos conselhos, possibilitando maior transparência no processo decisório (BRASIL, 1990b).

Já as conferências de saúde têm por objetivo avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, podendo ser convocada pelo poder executivo ou, extraordinariamente, pelo conselho de saúde (BRASIL, 1990b).

No Brasil, protagonizamos uma experiência inovadora de construção de direitos e cidadania, ao adotarmos políticas sociais e universais na Constituição de 1988, nas quais a saúde ganhou destaque. Considerando as características das políticas de saúde do estado brasileiro, o SUS, que busca efetivar a ordenação legal de garantir o direito à saúde como direito de cidadania, Pinheiro *et al*(2005) discutem como são constituídas as demandas no cotidiano das instituições de saúde e sua relação com o direito à saúde, entendendo seus elementos como nexos constituintes das práticas de integralidade em suas fronteiras, ou seja, na produção do cuidado em saúde.

Isto significa entender o direito à saúde como prática social intrínseca à condição humana, que exige a garantia de elementos fundamentais para sua concretização, cujos autores sintetizam da seguinte maneira: “o direito a saúde é ter acesso universal aos cuidados em saúde, com recursos necessários para provê-los, sendo oferecidos por serviços de qualidade, nos quais as práticas culturais são consideradas, e a educação e a informação sejam meios de sua produção e reprodução social” (PINHEIRO *et al*, 2005, p.37/38).

Telles (1999) baseando-se nos escritos de Arendt, ressalta que a noção de direitos não diz respeito às necessidades, interesses ou demandas individuais. Faz referência, primeiro, a uma forma de sociabilidade política e, nesse caso, o direito só pode existir no exercício efetivo de direitos. Ou seja, para garantir direito no Estado Moderno, torna-se necessário criar e ampliar espaços públicos, nos quais as regras de sociabilidade sejam fundamentadas na democracia e suas instituições sejam permeáveis aos valores democráticos.

Com esses espaços, os movimentos sociais ampliam os meios de vocalização de suas demandas, que, no efetivo exercício do direito a outros direitos, qualificam sua estratégia política de inclusão social, na medida em que, por um lado, fazem surgir novos sujeitos, identidades e interesses, e de outro, forjam uma gramática civil capaz de a um só tempo coletivizar e socializar suas reivindicações, institucionalizando-as no interior do Estado.

A partir da leitura de Telles (1999), compreendemos que é justamente a partir desse exercício da cidadania e da afirmação de novos direitos que se redefinem as relações sociais e o próprio espaço público dentro da ordem democrática. Na modernidade, tal espaço se

configura como arena política que tem a capacidade de inspirar e reinventar significados novos para a igualdade, a liberdade e para o próprio sentido do público.

Quando observamos a experiência brasileira na construção do direito à saúde, assim como da própria política de saúde, no Estado brasileiro podemos perceber um processo de ampliação e multiplicação de sujeitos, identidades e interesses, que conformam um novo estágio na relação entre Estado e sociedade, cujas transformações se dão, muitas vezes, na capilaridade do nível das relações cotidianas institucionais. Segundo Pinheiro *et al* (2005) é justamente nessas relações que encontramos os nexos constituintes das práticas de integralidade, pois nela reside uma postura de escuta ativa das demandas, por meio de vozes que têm por implicação ética a produção da saúde como direito de cidadania. Essa escuta se faz com o reconhecimento da legitimidade da alteridade com os usuários, sendo exercida como prática emancipatória dos sujeitos que interagem na produção de saúde (PINHEIRO *et al*, 2005).

Os autores acreditam que há uma polifonia de diferentes demandas na produção do direito à saúde, por meio das quais os movimentos civis em determinadas áreas têm avançado de forma avassaladora e inovadora. Propõem a tese de que a demanda e o direito a saúde devem ser concebidos como concepções renovadoras de sentido, significados e vozes dos sujeitos, identidades e interesses em um determinado momento histórico. Acrescentam que as demandas, configuram-se como práticas sociais com correspondência em diferentes planos políticos e institucionais, como exercício democrático e legítimo de afirmação da cidadania, no sentido da igualdade e liberdade em contextos sociais, históricos e culturais, nos quais a diferença se coloca como direito definitivo (PINHEIRO *et al*, 2005).

Seguindo a lógica dos autores, uma relação dialógica deve ser estabelecida entre demandas e necessidades, cujas negociações produzam efeitos de polifonia de práticas eficazes de integralidade na produção do direito à saúde. Para eles, o caminho para se compreender as demandas em relação a construção do direito à saúde requer considerar a linguagem como uma das mais importantes mediações na produção do que se reconhece como necessidades. Isso porque as necessidades em saúde são forjadas na polifonia dos encontros da atividade do trabalho em saúde, no embate de muitas vozes sociais que se colocam como enunciadoras de demandas. Quando essas vozes se deixam escutar, o processo de produção das necessidades tende a ganhar dialogicidade.

As demandas podem ser então compreendidas como solicitações dirigidas aos serviços de saúde, no sentido do direito. Sua definição como necessidade seria um efeito do diálogo entre os saberes técnicos e populares, posto que não se trata de incorporá-las diretamente, já

que elas também são socialmente construídas. Nesse sentido, seria preciso desconstruir o caráter naturalizado que a necessidade tem nas teorias do campo da saúde, para afirmá-la como construção compartilhada, desde que o diálogo seja efetivamente possível.

1.3 A judicialização e a juridicalização da saúde

1.3.1 A judicialização da Saúde

Conforme já descrito a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é fruto de exaustivos debates entre diversos atores. A nova Constituição é um importante instrumento de alteridade e emancipação social, com o intuito de buscar a igualdade concreta entre as pessoas. Em virtude de o regime democrático ter se instituído antes da própria Constituição, foi possível a expressiva participação de diversos os atores sociais e políticos no processo de sua formulação. O direito à saúde recebeu destaque no texto constitucional ao ser construído como um serviço de relevância pública, que se caracteriza como essencial para o exercício de outros direitos, sobretudo o direito à vida (PINHEIRO, 2012)

Após aproximadamente três décadas da universalização do direito a saúde e legitimação de princípios constitucionais basilares a efetivação desse direito ainda enfrenta desafios de diversas naturezas como culturais, políticos, sociais e econômicos gerando uma tensão entre direito garantido e direito usufruído. Tal tensão inerente ao direito à saúde consiste na “dicotomia existente entre os direitos garantidos formalmente e os conflitos implícitos à sua efetivação no cotidiano das práticas dos atores sociais” (ASENSI, 2011, p. 78).

De acordo com Asensi (2011), isso permite a inserção das instituições jurídicas nessa tensão, como ator importante no processo de efetivação de direitos, cuja proeminência, de fato, advém de suas competências e atribuições constitucionais, ou seja, o dever de ser fazer cumprir a lei, seja na judicialização ou na juridicalização da saúde. O referido autor conceitua juridicalização como conflitos que são tratados do ponto de vista jurídicos, mas que não são ajuizados e judicialização como conflitos que são levados ao judiciário na forma de uma ação (ASENSI, 2011, 2013).

Corroborando com a leitura do autor, no Brasil foi constituído um modo de sociabilidade em que a centralidade do Estado influenciou significativamente a forma por meio da qual os atores sociais concebem o seu direito e o reivindicam. Essa centralidade do Estado no Brasil foi fundamental para a constituição de uma cultura política via

reivindicação da saúde pelas vias formais estatais, atribuindo cada vez mais destaque o Judiciário, isso ajuda a explicar a forte judicialização dos direitos. A legitimidade da atuação do judiciário em termos de direitos à saúde no Brasil permite este Poder, inclusive, a sentenciar a prisão de gestores públicos quando uma de suas ordens for descumprida ou quando há negligência na observância dos deveres de probidade administrativa (ASENSI, 2013).

De acordo com a literatura, Wang (2009), Pepe, V.L.E. et al (2010) e Machado e Dain (2012), o marco da intervenção das instituições jurídicas na saúde no Brasil foi a década de 1990, quando portadores do vírus HIV/AIDS reivindicaram do poder público medicamentos e procedimentos médicos por meio de processos judiciais. As ações interpostas por Organizações Não Governamentais (ONG) trouxeram ganhos históricos para o segmento, como o avanço nas políticas públicas de saúde e garantia do acesso universal e gratuito aos medicamentos antirretrovirais, tendo como marco a estruturação do Programa Nacional de DST/Aids. De acordo com os estudos, as ações encaminhadas à justiça eram, em sua maioria, negadas, ao passo que a partir desse movimento, de reivindicação de direitos dos portadores do Vírus HIV/AIDS e de instituições representativas, todos os pedidos passaram a ser aceitos pelo Judiciário.

Com o avançar dos anos e com o reconhecimento pela sociedade dos direitos garantidos em lei, judicializar tornou-se um hábito comum dos brasileiros. A inserção crescente da política no mundo do direito ensejou transformações nos sentidos, ações, competências e atribuições das instituições jurídicas. Para Asensi (2013) no Brasil, observa-se o fortalecimento da intervenção judicial nos mais diversos domínios da vida social e política, inclusive no âmbito da saúde. Na análise de Marcos Castro (1997) houve três grandes e interrelacionados fatores que facilitaram a expansão do judiciário no país, são eles: “a) a crescente mobilização social, canalizada através do processo judicial, contra as reformas políticas que buscaram superar o populismo econômico dos governos passados; b) a performance mais assertiva e ativista dos juízes e c) as mudanças institucionais introduzidas pela Constituição de 1988. Esse conjunto de elementos possibilitou o fortalecimento do Judiciário e deu este Poder à qualidade de ator privilegiado no processo de resolução de conflitos e reivindicação de direitos, especialmente no que tange o direito a saúde (ASENSI, 2013).

Para Maciel e Koener (2002), o estudo sobre a realidade brasileira requer que este termo tenha uma definição mais clara que permita identificar mais precisamente as

características desse fenômeno no Brasil, para tanto propõem uma diferenciação da a judicialização a partir de duas matrizes teóricas sobre o tema no cenário nacional.

A primeira utiliza da ideia de judicialização para referir-se ao ativismo voluntarista do Ministério Público e suas implicações negativas para a integridade das funções políticas das instituições representativas ou para a própria independência funcional da instituição, essa matriz é representada por Rogério Arantes. A segunda matriz, representada por Werneck Vianna, trata a judicialização como fenômeno que amplia os instrumentos judiciais como mais uma arena pública a propiciar o acesso do cidadão à agenda das instituições públicas.

Na análise de Machado e Dain (2012) a conquista de novos direitos na saúde é um processo viável, e vem acontecendo porque o conteúdo das leis nessa área é amplo e geralmente indeterminado. O direito a saúde que compõe o texto da Constituição de 1988 criou no Brasil um duplo movimento: se em um primeiro momento os conceitos jurídicos eram insuficientes para garantir bens e serviços de saúde à população, essa mesma indeterminação, posteriormente, foi usada como artifício para garantia de direitos a população. Nesse meio tempo, é clara a mudança de postura do Poder Judiciário, que deixou de ser uma tímida instituição para assumir um papel de destaque na efetivação do direito à saúde, cuja responsabilidade de execução é do poder Executivo.

A partir de Tate e Vallinder (1995), é possível pensar a Judicialização como um termo pluridimensional. Os autores construíram um tipo ideal com oito condições para caracterizar esse fenômeno. São eles:

“1) existência de um regime de governo democrático com a separação efetiva dos três poderes; 2) existência de uma política de direitos, inscrita ou não em uma declaração constitucional de direitos fundamentais; 3) existência de grupos de pressão que tenham identificado nos tribunais judiciais possíveis arenas para a veiculação de seus interesses; 4) uso eventual das cortes como instrumento político manejado pela oposição para impedir a edição de leis que ela, pelos canais de representatividade tradicionais, não conseguiria obstar; 5) existência de instituições majoritárias incapazes de reunir em torno de si apoio público suficiente para defender suas políticas, havendo, portanto, a necessidade de buscar no Poder Judiciário a efetivação destas políticas; 6) uma percepção geral negativa quanto às instituições originalmente responsáveis pela formulação de políticas públicas; 7) inércia proposital do legislativo quanto ao trato de certas questões; 8) uma postura dos juizes no sentido de aceitarem o desafio de opinar sobre questões políticas” (TATE E VALLINDER 1995 apud MACHADO E DAIN, 2012, p. 472).

Importante salientar que algumas dessas condições são necessárias e outras facilitadoras, mas nenhuma delas isolada seria suficiente para garantir a existência do fenômeno da judicialização. Ao nos debruçarmos sobre outros estudos sobre o tema, defrontamo-nos com diversas perspectivas sobre o ele, cada qual enfatizando uma ou várias

das condições necessárias para caracterização do fenômeno (ASENSI E PINHEIRO, 2015; ASENSI, 2013; PANDOLFO, DELDUQUE E AMARAL, 2012; PEPE, VENTURA E OSÓRIO-DE-CASTRO, 2011; PEREIRA, 2010; PEPE et al., 2010; SANTOS, 2010; VENTURA et al, 2010; WANG, 2009; VIEIRA E ZUCCHI, 2007).

As análises, em sua maioria, são feitas tendo a judicialização como positiva ou negativa dependendo do ponto de vista e das consequências para do fenômeno para o direito em si, para o sistema de saúde e para a população que judicializa.

Vianna et al. (1999) discutem a judicialização a partir de dois eixos interpretativos. O primeiro deles, o procedimentalista, parte do princípio que este fenômeno favorece a diminuição (ou privatização) da cidadania. Nessa interpretação, a noção de justiça assumida é a de autonomia e não de bem-estar, logo, os cidadãos teriam que se reconhecer como autores de seu direito, e não como seus destinatários. Nessa lógica ocorreria uma privatização da cidadania, uma vez que o direito não seria igual para todos e sim para aqueles que o pleiteassem judicialmente. (VIANNA et al, 1999 apud MACHADO E DAIN, 2012)

No segundo eixo, o substancialista, a judicialização é tratada como o oposto, ou seja, como uma extensão da democracia e uma ampliação da cidadania. Numa perspectiva mais ampla, nos termos dos autores, “a política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição” (VIANNA et al, 1999, p.40 apud MACHADO E DAIN, 2012, p.475).

O avanço da política de DST/Aids pode nos ajudar a ilustrar, em um mesmo caso, os dois eixos interpretativos acima desenhados. A judicialização para obtenção de medicamentos estimulou o Legislativo na criação da lei e o Executivo na incorporação das orientações da política, o que serviu para o alargamento da cidadania, uma vez que todos passaram a usufruir o direito ao tratamento das DST/Aids. Entretanto, por outro lado, não podemos deixar de pensar que isso foi estimulado por uma parcela da sociedade que tinha acesso à justiça na época. Insta mencionar que o Judiciário não tem a capacidade de obrigar o Legislativo a criar leis da mesma forma que ele obriga o Executivo a executá-las.

Asensi (2013) argumenta que a judicialização da saúde pode ser pensada como uma “faca de dois gumes” para o SUS. Por um lado, as instituições jurídicas podem potencializar e qualificar as deliberações nos espaços de participação – inclusive participando deles – e contribuir para intensificação das estratégias de efetivação do direito a saúde. De outro, tais instituições podem contribuir para o “apequenamento” ou “sufocamento” dos mecanismos participativos ou podem promover um relativo “abalo” na gestão continuada do SUS. (ASENSI, 2013, p.56)

Outra dimensão da judicialização possível de ser pensada tendo em vista o aspecto pluridimensional do termo é a demanda. Machado e Dain (2012) consideram que ao menos quatro fatores são fundamentais na geração das demandas judiciais em saúde, são elas: 1) insuficiência do sistema; 2) vazios assistenciais; 3) conflitos entre evidência científica e opinião médica; 4) mercantilização da saúde. Estes últimos referem-se à prescrição de medicamentos ainda não incorporados pelo SUS e a indução de incorporação tecnológica por grupos empresariais, respectivamente. Diante do quadro de múltiplas causalidades, a análise das demandas judiciais é complexa e requer cuidado para não ser extremista ou vazia de solução e pouco contributiva. Para cada ator envolvido as demandas são atribuídas de diferentes sentidos.

Para o cidadão que tem sua demanda atendida, a judicialização tem um valor positivo e isso pode repercutir em novas demandas judiciais e estimular a pleito judicial a outras pessoas. A questão que se coloca diante disso é a criação de mais uma via de acesso a saúde, na qual, passa ter acesso a saúde quem tem acesso a justiça. Associada a análise dessas demandas, segundo Machado e Dain (2012), outro fator tem chamado atenção: o fato de a concepção de direito estar se aproximando cada vez mais da ideia de acesso a serviços e ao consumo de medicamentos, reduzindo-se a ações curativas e paliativas, sem considerar o caráter essencial da promoção e prevenção de doenças.

Para o gestor que é obrigado a cumprir o mandado judicial, a judicialização provoca importante impacto no planejamento e financiamento. Machado e Dain (2012) destacam a importância de o gestor não trabalhar apenas nos mandados, mas de utilizar as demandas judiciais como indicadores de acesso da população para planejamento e organização dos bens e serviços de saúde. De acordo com os mesmos, deve-se ter cuidado ao observar os gastos com demandas judiciais para não corroborar com análises que veem essas demandas como empecilhos para o sistema de saúde.

Como já destacado nesse capítulo, compreendermos a partir da leitura de Pinheiro *et al* (2005), que demanda é sempre contextualizada e historicamente datada. Em um sentido amplo, a mesma se constrói no cotidiano e é fruto de um inter-relacionamento entre normas e práticas que orientam os diferentes atores envolvidos (indivíduo, profissional e instituição), que formulam, implementam e vivenciam as políticas de saúde de um determinado local. Deste modo, no próximo tópico descrevemos algumas iniciativas adotadas pelo Judiciário na intenção de mitigar a judicialização da saúde.

1.3.2 Iniciativas do Judiciário para a Judicialização da saúde

Entre abril e maio de 2009 o então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, convocou a audiência pública nº 4 para tratar da judicialização da saúde, visando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde, admitindo em sua fala de abertura 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).

O panorama da judicialização da Saúde hoje não se distancia muito do cenário apresentado em 2009. O problema do acesso aos bens e serviços de saúde se apresentam de forma complexa e atingem a sociedade brasileira, direta ou indiretamente, e conforme fala do 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, Sr. Alberto Beltrame afirmaria “Quanto às ações judiciais propomos criar os mecanismos necessários para oferecer ao Judiciário assessoria técnica em centros de referência, por profissionais ad hoc, sem conflito de interesses e sem relação com a assistência e prescrição aos pacientes” (BELTRAME, 2009).

Um dos principais resultados da Audiência Pública nº 04, foi a constituição de um Grupo de Trabalho, publicado pela Portaria nº 650 de 20 de novembro de 2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 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 CNJ, 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, é 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.

Após a Recomendação nº 31, o CNJ publicou ainda a resolução nº 107 de 06 de abril de 2010, 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.

Assim, em 12 de julho de 2011, o CNJ lança a Recomendação 36 com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais, agora envolvendo a assistência à saúde suplementar. O CNJ deu mais um passo na coordenação de estratégias judiciais para as decisões sobre saúde. ao reforçar a importância de oficial à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ao Conselho Federal de Medicina (CFM) e ao Conselho Federal de Odontologia (CFO) para se expressarem sobre a questão debatida dentro das atribuições de cada órgão e a necessidade de incluir representantes das operadoras de planos de saúde suplementar nos Comitês Estaduais de Saúde.

Outra iniciativa do CNJ foi o Fórum Nacional do Judiciário, regulamentado por meio da Portaria nº 40 de 25 de março de 2014, que criou o Comitê Organizador do Fórum, que realizou neste mesmo ano a I Jornada de Direito da Saúde na cidade de São Paulo. Desta jornada multidisciplinar resultaram 45 (quarenta e cinco) enunciados interpretativos sobre o Direito à Saúde, que proveriam subsídio ao juiz ao emitir sua sentença.

Em maio de 2015, foi realizado então a II Jornada de Direito à Saúde cujo slogan foi “A justiça faz bem a saúde”. A abertura foi realizada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski que declarou que “o judiciário vive um momento de diálogo”. O evento foi dividido em três grupos de trabalho, a saber, Grupo I – Saúde Pública, Grupo II – Saúde Suplementar e Grupo III – Biodireito. O papel destes grupos é o de deliberar sobre os novos enunciados a serem aprovados.

Fazem 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 de qualificação técnica dos discursos ali apresentados.

Essas iniciativas são de suma importância e demonstram uma iniciativa, por parte das instituições jurídicas, em busca de respostas para judicialização da saúde. Como podemos observar, todas as iniciativas demonstram que as instituições jurídicas reconhecem suas fragilidades de conhecimento das questões que envolvem saúde e abrem espaço para que os atores que vivenciam os desafios dessas questões discutam e apresentem seus pontos de vistas, limites e possibilidades. Essa abertura e iniciativas que envolvam em algum grau possibilidades de diálogos entre os atores, ensejam o que Asensi (2010) denomina de juridicização da saúde, que trabalharemos no próximo tópico.

1.3.3 A Juridicização da saúde

O acesso à justiça, para além do acesso ao Judiciário, demanda a invocação de diversificadas frentes de atuação, tanto judiciais quanto extrajudiciais. A legislação brasileira vem sendo atualizada e revisada com o propósito de acompanhamento do dinamismo e complexidades das relações sociais e dos novos modelos de configuração dos conflitos postos. O que se observa no cenário contemporâneo é uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos. O Judiciário, portanto, se apresenta somente como mais um desses atores, porém, é preciso considerar que há outras formas de envolvimento de instituições jurídicas que não necessariamente ensejam a judicialização de conflitos (ASENSI, 2010).

A partir das considerações de Asensi (2010) e considerando que a estratégia privilegiada da Câmara de Litígio é o diálogo, podemos inferir que as questões apresentadas a Câmara podem sofrer muito mais uma juridicização que, conforme já descrito, são conflitos que não são levados ao Judiciário, mas que são discutidos sob o ponto de vista jurídico, do que uma judicialização, ou seja, conflitos que são levados ao Judiciário na forma de ação civil pública ou algum outro instrumento processual. Na medida em que na composição da Câmara, além das instituições políticas há diversas instituições jurídicas, tais como defensorias e procuradorias que não se utilizam necessariamente do Judiciário para realizar suas ações, observa-se um contexto em que os conflitos são discutidos sob o prisma do direito, mas evita-se levar o conflito ao Judiciário, isto é, evita-se a judicialização do conflito.

Deste modo, o autor caracteriza a atuação das instituições jurídicas no contexto de judicialização e de juridicização:

- Num contexto de judicialização o Judiciário é chamado a decidir de forma polarizada no sentido da resolução definitiva de um determinado conflito; num contexto de juridicização predomina a ideia de consenso pelo diálogo, ou seja, a ênfase num processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores cujo resultado é construído consensualmente.
- O que está em pauta num contexto de judicialização é o monopólio do poder de legislar, ao passo que num contexto de juridicização também se objetiva estabelecer estratégias de execução pró-ativa de políticas públicas, de modo a consolidar recursos, diretrizes e compromissos a serem implementados num dado tempo pactuado.
- A judicialização da política possibilita a proeminência do Judiciário na definição de direitos sem incorporar critérios sociais substantivos, pois pode configurar uma relação entre Judiciário e Estado de moldes providenciais; ao passo que na perspectiva de juridicização a incorporação da sociedade civil se constitui como pressuposto para a formulação de consensos que sejam efetivamente plurais.
- Num contexto de judicialização da política, cujo principal indicador no Brasil é o controle de constitucionalidade, há uma ampliação da comunidade de intérpretes, porém ainda muito restrita aos órgãos de cúpula, tais como o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores; ao passo que num contexto de juridicização se observa uma maior porosidade à pluralidade de atores e instituições no processo de interpretação constitucional, que não se restringe somente à interpretação oficial, geral ou abstrata de um tribunal.
- Num contexto de judicialização, se observam demandas que chegam a um Judiciário sob forte influência do princípio da separação de poderes e da adesão ao direito sob forma de códigos; ao passo que num contexto de juridicização se observa um cenário que busca, por princípio, considerar as especificidades dos contextos em que as demandas estão inseridas para estabelecer estratégias mais efetivas para a satisfação de tais demandas (ASENSI, 2010, p.97/98).

A cultura do litígio tem sido substituída pela cultura da conformação dos interesses. Conformação compreendida não no sentido de resignação, mas sim de conformidade e harmonização. Essa experiência de conformação está sendo implementada por meio de técnicas extrajudiciais de solução de conflitos, tais como: mediação, arbitragem, negociação, etc. Todas elas refletem soluções baseadas na racionalidade, que elevam a capacidade de construir e cumprir acordos pensados em conjunto, evitando o excesso de judicialização.

Em certa medida, a ideia de juridicização permite pensar em alternativas para a efetivação do direito que não necessariamente ensejam a proeminência da figura estatal clássica para a resolução de conflitos e implementação de políticas, isto é, o Judiciário. Discutir sob o ponto de vista do direito, de maneira dialógica, com foco no consenso, buscando estabelecer soluções, indica a possibilidade de construção de direitos e de novos sentidos que não se reduzem à mera atuação legislativa ou judicial (ASENSI, 2010).

Na leitura de Asensi (2010) no campo da saúde, é possível afirmar a constituição de um novo tipo de direito que se diferencia por sua dinamicidade, ou seja, um direito em constante atividade que se cria e recria no cotidiano dos sujeitos. A possibilidade de ultrapassagem dos limites normativos está, fortemente, atrelada à permanente abertura estatal a demandas e necessidades em saúde da população, por um lado, e ao grau de associativismo da sociedade civil, de outro. Nas palavras do autor:

o arcabouço jurídico -institucional que se configurou na saúde brasileira permite a incorporação direta de instituições jurídicas e da sociedade civil no encaminhamento de necessidades e demandas, que são mutáveis no tempo e no espaço e, por isso, exigem a consideração de suas especificidades. Em ambos os casos, observa -se uma ampliação da possibilidade da facticidade do direito à saúde se refletir no âmbito da validade, o que reforça a legitimidade de suas ações por meio de diálogo e estabelecimento de consensos (ASENSI, 2010, p. 34).

A partir dessa consideração, de acordo com o autor, é possível afirmar que um elemento intrínseco do processo de construção do direito à saúde é a polifonia, que é compreendida pelo autor como a manifestação de diferentes “vozes” que, por meio de um processo dialógico, alcançam um consenso. Mas para que estas vozes ecoem efetivamente nos serviços de saúde, é indispensável pensar a construção de espaços públicos de participação social, inclusive nas instituições jurídicas. Um dos esforços desse trabalho é compreender como o direito à saúde se constrói enquanto estratégia de diálogo entre os diversos atores que compõem seu processo de efetivação a partir da experiência da CRLS do município do Rio de Janeiro. A teoria dos “diálogos institucionais”, que serão abordadas no próximo capítulo, sugere justamente essa polifonia nos atos decisórios, especialmente aos que requerem uma interpretação da Constituição e tratam de direitos fundamentais.

2 PERSPECTIVAS DE DIÁLOGOS INTITUCIONAIS

Os diálogos institucionais se apresentam como uma estratégia para mitigar o número de processos judiciais por demandas em saúde, buscando a racionalização da judicialização da saúde por meio da diminuição de processos que ensejem do dispêndio exagerado devido à pressão de prazos judiciais, e inobservância dos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. Neste capítulo, buscamos valorizar os diálogos institucionais como uma medida favorável para as questões que envolvem direito à saúde e sua constitucionalidade no contexto brasileiro, para tanto o subdividimos em três tópicos. No primeiro, descrevemos as teorias de diálogos institucionais sistematizadas por Bateup (2006); no segundo buscamos justificar a necessidade de estratégias dialógicas para questões que envolvam interpretação constitucional e direitos fundamentais de interesse individual e coletivo; e, por último, trazemos a contribuição de Habermas sobre direito e discursividade para enfatizarmos a importância dos diálogos institucionais.

2.1 Síntese de propostas de diálogos intitucionais

Bateup (2006) sistematizou as diferentes perspectivas dialógicas dividindo-as em dois grupos: (1) teorias dialógicas quanto ao método judicial (Theories of Judicial Method) que são teorias mais prescritivas, cuja característica é a defesa do uso autoconsciente de certas técnicas de tomada de decisão judicial para permitir aos juízes estimular e encorajar um debate mais amplo sobre o significado constitucional, tanto dentro do judiciário como dentro dos ramos políticos do governo; e (2) teorias estruturais de diálogo (Structural Theories of Dialogue) que baseiam-se no reconhecimento de mecanismos institucionais ou políticos existentes nos sistemas constitucionais que permitem aos atores políticos responder às decisões judiciais em caso de desacordo. Com essa compreensão mais positiva, o diálogo sobre o significado constitucional surge quando esses mecanismos de resposta estão envolvidos, permitindo que um processo dinâmico de ida e volta aconteça entre juízes e outros atores constitucionais.

A partir desses grupos, a autora apontou subdivisões dentro dessas categorias. Assim, quanto ao método judicial, tem-se: a) teorias de aconselhamento judicial (Judicial Advice-giving), b) teorias centradas no processo (Process-Centered Rules) e c) minimalismo judicial (Judicial Minimalism) e, em relação às teorias estruturais: a) a teoria de construção coordenada (Coordinate Construction Theories), b) a teoria do princípio judicial (Theories of

Judicial Principle), c) a teorias de equilíbrio (Equilibrium Theories), d) a teoria de parceria (Partnership Theories) e e) a fusão dialógica (Dialogic Fusion), (BATEUP, 2006).

As teorias de aconselhamento judicial sugerem que os juízes usem uma variedade de técnicas proativas de interpretação e tomada de decisão, a fim de recomendar cursos específicos de ação aos ramos políticos sobre formas de evitar problemas constitucionais. O objetivo principal dessas técnicas é garantir que os ramos políticos aprendam os pontos de vista do Judiciário sobre o significado constitucional, o que os ajudará na elaboração de nova legislação ou na modificação da legislação atual, de modo a que ele possa sobreviver a futuros desafios constitucionais (BATEUP, 2006).

De acordo com Bateup (2006), os teóricos que favorecem o uso do aconselhamento judicial acreditam que a dispensa proativa de conselhos cria condições para um diálogo produtivo entre os tribunais e os ramos políticos sobre o significado e a responsabilidade constitucionais. Um aspecto central deste diálogo é que os ramos políticos podem aprender sobre formas de abordar os problemas constitucionais e são encorajados a elaborar respostas adequadas. Para a autora, o problema dessa teoria consiste na falta de descrição sobre como o diálogo é estabelecido, e que é questionável se o aconselhamento judiciário deve ser descrito como uma teoria do diálogo. Na argumentação dela, ao sugerir que os tribunais devem adotar uma abordagem proativa para aconselhar e orientar os ramos políticos, essa proposta pressupõe que os juízes possuem uma capacidade especial ou podem ser mais confiáveis, para determinar questões de significado e valores constitucionais. A teoria serve, assim, para privilegiar a voz judicial como o gerador chave de discussão e significado constitucional.

Os legisladores são considerados bastante removidos da tarefa de tomar decisões sobre o significado dos valores constitucionais fundamentais, devido à força do interesse político, que muitas vezes os obriga a priorizar as questões de incumbência e a maximização das preferências majoritárias. Neste contexto, o conselho judicial é visto como meio para fornecer aos legisladores os incentivos adicionais que eles precisam para considerar os valores constitucionais seriamente diante de pressões concorrentes (BATEUP, 2006).

À luz dessas considerações, o aconselhamento judicial pode essencialmente ser entendido como uma teoria que encoraja os juízes ativistas a dizer aos ramos políticos do governo como interpretar a Constituição. Embora os juízes não possam abater imediatamente uma legislação que não satisfaça seus entendimentos constitucionais, o seu conselho é uma forma de informar ativamente que eles o farão no futuro se a legislação não for alterada de acordo com padrões aceitáveis. Consequentemente, ao invés de apoiar uma verdadeira troca dialógica de ideias entre iguais, ou mesmo a criação de um maior espaço para que os ramos

políticos deliberem de forma independente sobre questões de significado constitucional, o aconselhamento simplesmente encoraja os ramos políticos a fazer o que o Judiciário diz.

As teorias centradas no processo, a partir da leitura da autora, ao invés de dizer aos legisladores como resolver questões constitucionais, garantem que os atores políticos que decretam estatutos tomem decisões de política pública que considerem questões constitucionais. Nas teorias centradas no processo, os juízes são encorajados a determinar se os atores políticos deliberaram adequadamente sobre os julgamentos políticos que afetam os valores constitucionais fundamentais. Se for determinado que não, o poder judicial pode determinar que os atores políticos reconsiderem suas decisões com o nível adequado de atenção a esses valores.

Os defensores das teorias centradas no processo afirmam que as mesmas permitem aos juízes iniciar um processo de diálogo com e entre os atores políticos, levando à elaboração compartilhada de um significado constitucional. O papel dialógico do Judiciário em tais interações é duplo. Em primeiro lugar, o uso dessas regras permite que os juízes se afastem de decidir conclusivamente os casos, a fim de aumentar o espaço disponível para a deliberação democrática e a escolha. Ao mesmo tempo, a teoria continua a propor um papel ativo para o Judiciário no diálogo constitucional, uma vez que as regras centradas no processo estimulam os juízes a envolver os ramos políticos de forma mais explícita e direta no debate constitucional, onde os atores políticos fizeram julgamentos que não atenderam aos valores constitucionais substantivos. O papel correspondente dos ramos políticos neste diálogo é responder a decisões judiciais de forma aberta, fundamentada e cuidadosa.

Esta abordagem é, na leitura da autora, portanto, uma melhoria na proposta de aconselhamento judiciário, uma vez que reconhece que as legislaturas podem e respondem por questões que envolvem interpretação da Constituição. Esta linha dialógica também minimiza as preocupações de legitimidade democrática devido ao aumento do espaço que é criado para os ramos políticos resolver questões substantivas de significado constitucional. Nessas circunstâncias, os juízes servem a função útil de envolver os ramos políticos em um diálogo sobre a importância de considerar os valores constitucionais de forma racional e consistente. Apesar dessas vantagens, essa compreensão do diálogo tem alguma dificuldade em superar completamente as preocupações sobre a legitimidade democrática da revisão judicial, uma vez que os ramos políticos considerados são aqueles já legitimados pela própria Constituição.

As teorias do minimalismo judicial propõem que os juízes recuem dos casos de decisão, a fim de permitir um maior espaço para consideração e escolha democráticas. Estas

teorias sugerem uma forma de participação judicial passiva no diálogo constitucional, na medida em que permitem aos juízes abrirem um diálogo com os atores políticos do governo, que serve para encorajar a resolução política de questões constitucionais que são o assunto do desacordo. O minimalismo judicial é bem sucedido em responder à dificuldade contramajoritária, uma vez que ao estimular o debate e a deliberação dos atores políticos, o uso de técnicas minimalistas judiciais aumenta o espaço disponível para tais atores concretizarem resoluções democráticas para questões constitucionais, especificamente questões de direitos, que são objeto de desacordo. Ao mesmo tempo, a teoria também responde às preocupações com a distorção da política e a debilitação democrática. A distorção da política é reduzida, incentivando a resolução de questões constitucionais através de canais democráticos, já que os legisladores devem tomar decisões independentes sobre o que a Constituição exige em casos específicos. O problema da debilitação democrática também é reduzido, pois o uso de técnicas minimalistas parte do princípio que às legislaturas não podem delegar aos juízes a resolução de questões constitucionais difíceis e contenciosas.

Embora essas sejam contribuições positivas, a autora considera que o minimalismo judicial não consegue minimizar a legitimidade do Judiciário decidir sobre questões que envolvam significado constitucional. Um problema adicional com essa teoria e as demais de método judicial como visões normativas do diálogo é que elas não estão suficientemente conectadas à maneira como a revisão judicial opera na prática. Mesmo que forneçam prescrições atraentes quanto ao papel que os juízes deveriam desempenhar na revisão judicial em circunstâncias ideais, estas prescrições terão pouco valor se não forem passíveis de serem realizadas à luz da dinâmica real do sistema constitucional em que os juízes operam.

As teorias da construção coordenada consideram que cada ramo do governo deve ser "coordenado e independente" um do outro e que cada ramo tem a responsabilidade pela interpretação da Constituição em relação às suas próprias funções. Com esse entendimento, não apenas cada ramo do governo se envolve na interpretação institucional interpretando suas próprias funções constitucionais, mas eles também têm um papel adicional em relação à interpretação da Constituição de forma mais ampla. De acordo com a autora, uma vantagem dessa abordagem, é que na medida em que envolve um processo mais interativo em que cada ramo do governo é verificado pelos outros, que os três poderes são capazes de expor fraquezas, manter os excessos sob controle, vai forjando gradualmente um consenso sobre questões constitucionais. O resultado desse processo interativo em que nenhum ramo domina os demais e em que o significado constitucional é formalmente formado é o diálogo institucional.

Uma crítica de Bateup (2006) a essa teoria é que a mesma não especifica as áreas da Constituição em relação às quais cada ramo deve ter autoridade interpretativa final. Sem fazer isso, cada ramo pode defender interpretações rivais, nenhum dos quais teria maior autoridade ou "finalidade" do que outro, levando à anarquia interpretativa. E que, apesar de possuir contribuições positivas, não fornece uma prescrição descritiva ou normativa satisfatória do diálogo constitucional.

Uma segunda, crítica feita pela autora a essa linha relaciona-se com sua visão competitiva do diálogo constitucional. O foco da teoria na competição mútua por um significado constitucional, devido à posição central dos controles e equilíbrios na teoria, sugere que o consenso só é alcançado quando o processo político tiver seguido seu curso. No resultado, qualquer ramo é o mais forte institucionalmente e em uma questão constitucional particular prevalecerá na batalha pelo significado constitucional ou, pelo menos, os outros participantes no diálogo concordarão com os pontos de vista desse ramo. O objetivo final do diálogo constitucional sobre esse entendimento é alcançar respostas melhores, mais duráveis e amplamente aceitas sobre o significado constitucional.

Contudo, é questionável se um sistema de concorrência mútua para o significado constitucional é realmente a melhor maneira de alcançar um suporte duradouro e amplamente articulado sobre o significado constitucional. Se as partes simplesmente lutam para que seus pontos de vista sejam aceitos e o partido mais forte vença, parece mais provável que a aquiescência, em vez de um acordo duradouro, seja o resultado.

As teorias do princípio judicial propõem que os juízes desempenhem uma função dialógica única baseada na sua competência institucional especial em relação a questões de princípio. De acordo com a autora, alguns estudiosos afirmam que o diálogo é gerado como resultado dos ramos políticos que verificam as interpretações de princípios do Tribunal em caso de erro judicial. Outros minimizam o papel dos controles políticos no Tribunal e, em vez disso, se concentram em como o diálogo surge através da articulação legislativa dos objetivos políticos quando o legislador responde às decisões judiciais. No entanto, essas teorias também permanecem deficientes, pois ambos, em última análise, resultam em descrições de descendência de aceitação legislativa para os pronunciamentos judiciais de princípio, devido à forma como eles privilegiam o papel judicial (BATEUP, 2006).

As teorias de equilíbrio do diálogo fornecem uma forma alternativa de conceber o papel judicial especial no diálogo institucional que não privilegia as contribuições judiciais. Nessas teorias, a partir da leitura de Bateup (2006) esse papel é descrito como o de promover a discussão constitucional em toda a sociedade que, em última análise, leva a um equilíbrio

estabelecido sobre o significado constitucional. Para ela, embora isso ofereça um relato promissor do diálogo, tal proposta permanece incapaz de fornecer uma descrição completa do papel da revisão judicial no sistema constitucional.

A participação das instituições jurídicas nesta lógica de diálogo é dinâmica, pois não só desencadeia um processo de discussão nacional, mas também é, por sua vez, afetada e moldada por essa conversa. Quando uma decisão é proferida, está sujeita a discussão e debate na sociedade e, ao longo do tempo, se houver um desacordo popular suficiente com a decisão, uma nova legislação pode ser aprovada. Sobre o tempo, um equilíbrio constitucional relativamente duradouro é então produzido, que é amplamente aceito pelos diferentes participantes na discussão nacional. Para a autora, o papel dialógico que o Judiciário executa é valioso, pois ajuda a alcançar a separação dos requisitos constitucionais das preferências políticas imediatas (BATEUP, 2006).

Teorias políticas positivas de interação institucional sugerem que os diferentes atores do governo têm o objetivo de buscar promover a visão de interesse público. E tal visão só pode ser alcançada dentro de um complexo sistema interdependente no qual cada ramo de governo compete e negocia estrategicamente com os outros sobre suas diferentes visões de significado constitucional. Um entendimento do diálogo baseado nessas interações institucionais pode levar a pensar que esta é outra teoria bastante competitiva do diálogo constitucional. No entanto, o foco aqui é menos sobre a forma como diferentes atores institucionais se envolvem em uma disputa para promover seus próprios pontos de vista sobre o significado constitucional, do que é sobre como os atores judiciais e não judiciais aprendem, debatem e adaptam ou modificam seus pontos de vista devido a sua participação interdependente no diálogo constitucional (BATEUP, 2006).

Embora a teoria do equilíbrio, portanto, não resolva completamente as preocupações com a dificuldade contramajoritária, é melhor sucedida do que qualquer uma das teorias previamente examinadas neste artigo, colocando um papel dialógico substancial para o Judiciário que pode justificar seu envolvimento na revisão judicial. O papel da canalização e da promoção da discussão social reconhece que o Judiciário não é simplesmente uma voz adicional no diálogo institucional, mas envolve ativamente uma troca generativa que, em última instância, leva a um equilíbrio estabelecido sobre o significado constitucional (BATEUP, 2006).

Essa discussão, no entanto, aponta para uma razão diferente porque o modelo de equilíbrio continua a ser uma compreensão incompleta do papel da revisão judicial no constitucionalismo moderno. Paradoxalmente, isso também se relaciona com o foco do

modelo em formas de diálogo que envolvem a sociedade como um todo. Embora tenha sido argumentado que alargar o foco ao diálogo em toda a sociedade é um importante contributo teórico, a natureza singular desse foco promove os aspectos institucionais do diálogo institucional. Além disso, existe uma necessidade vital de um relato suplementar de como esse diálogo pode prosseguir a nível institucional entre o poder Judiciário e os ramos políticos do governo, dado que é improvável que o diálogo da sociedade em relação a uma série de questões constitucionais de saliência política relativamente baixa (BATEUP, 2006).

O modelo de diálogo de parceria se baseia no reconhecimento de que os atores políticos nos diversos ramos do governo podem fazer contribuições distintas para o diálogo de forma a não privilegiar o papel judicial. Em vez disso, essa teoria reconhece que cada ramo do governo pode aprender com as características dialógicas específicas dos outros ramos em uma ordem constitucional institucionalmente diversa. Os atores judiciais e não judiciais são assim concebidos como participantes iguais na tomada de decisões constitucionais que podem contribuir tanto dialogicamente para a busca de melhores respostas como resultado de suas perspectivas institucionais únicas (BATEUP, 2006).

Tanto os tribunais quanto os legisladores compartilham a responsabilidade de fazer julgamentos sobre valores constitucionais e de avaliar a razoabilidade de suas próprias ações à luz desses valores. Esse foco na responsabilidade legislativa e judicial é importante, pois reconhece que nem toda a legislação estará sujeita a um desafio perante os tribunais. Se as legislaturas não se envolveram em sua própria interpretação independente dos valores constitucionais, então o objetivo primordial do constitucionalismo, que é garantir que as ações do Estado sejam consistentes com seus valores normativos, pode não ser completamente realizado (BATEUP, 2006).

Em relação ao poder judicial, na visão da autora, essa proposta rejeita a visão de que os tribunais são mais capazes de resolver desentendimentos sobre o significado dos direitos de maneira fundamentada. No entanto, considera que o isolamento relativo dos juízes das pressões políticas e sociais dá-lhes um maior grau de liberdade para identificar circunstâncias em que os objetivos legislativos restringem indevidamente os direitos ou tenham consequências não intencionais que restringem desnecessariamente os direitos (BATEUP, 2006).

Essa linha também oferece uma maneira única de superar a dificuldade contramajoritária no nível institucional, devido ao fato de não privilegiar o papel judicial no diálogo institucional e deixar espaço suficiente para que os atores políticos elaborem resoluções democráticas para questões constitucionais. Esta é, no entanto, uma visão

prescritiva de como o diálogo deve prosseguir, embora este seja firmemente fundamentado nas características positivas do sistema constitucional. No entanto, para tornar-se uma proposta completa, será necessário pensar formas de estruturar os ramos políticos ou as regras em que operam, para aumentar suas habilidades para participar da resolução de questões constitucionais. Ao mesmo tempo, na leitura da autora, essa visão de diálogo também permanece incompleta, devido ao fato de restringir seu foco às formas de diálogo institucional entre os ramos do governo. A incompletude que existe aqui é o inverso do identificado em relação ao modelo de equilíbrio, que direcionou maior atenção aos aspectos do diálogo em toda a sociedade (BATEUP, 2006).

Para Bateup (2006) a visão mais promissora do diálogo institucional e, conseqüentemente, o relato normativo mais forte do papel da revisão judicial no constitucionalismo moderno emerge quando o equilíbrio e o entendimento da parceria do diálogo são combinados. Por um lado, esta síntese ajuda a resolver preocupações de legitimidade democrática persistentes com o modelo de parceria. Mais importante ainda, essa visão combinada permite uma compreensão mais abrangente dos diferentes aspectos institucionais e sociais do diálogo institucional e das várias formas únicas de que diferentes atores participam na busca do significado constitucional.

O valor de incorporar a conta de equilíbrio em uma compreensão abrangente do diálogo constitucional resulta da sua concepção do papel judicial como uma forma de facilitar e promover a discussão e debate constitucional em toda a sociedade. Como descrito, essa teoria tem propostas normativas, pois nos permite entender como respostas mais duradoura e amplamente aceita podem surgir através do processo de discussão constitucional em toda a sociedade. A conta de equilíbrio também é valiosa devido à inclusão das pessoas como parceiros dialógicos e ao reconhecimento da importância de envolver os cidadãos no debate em curso sobre o significado constitucional e a mudança dentro de sua sociedade. Apesar destas características positivas, no entanto, a proposta de equilíbrio não é bem sucedida na resolução das preocupações contramajoritárias associadas à revisão judicial, já que não é provável que casos de relevância política relativamente baixa envolvam discussão em toda a sociedade. Além disso, a teoria permanece incompleta, pois não pode explicar completamente os aspectos institucionais do diálogo (BATEUP (2006).

Essas dificuldades persistentes com o modelo de equilíbrio podem ser superadas ao sintetizar a compreensão de equilíbrio no modelo de parceria. Conforme escrito, a teoria de parceria do diálogo propõe que juízes e legisladores tragam perspectivas institucionais únicas para a consideração do significado constitucional devido aos seus cargos separados, mas

interligados na ordem constitucional. Se os atores ouvem e aprendem uns com os outros, então melhores respostas podem ser encontradas em casos individuais, como resultado da combinação dessas diferentes perspectivas institucionais. A fusão dinâmica desses dois entendimentos nos permite ver que os juízes podem facilitar a discussão constitucional a nível da sociedade e fazer contribuições institucionais únicas para a consideração de valores constitucionais no contexto de casos individuais. Por sua vez, os juízes também podem responder dialogicamente ao nível dos casos individuais às contribuições distintivas da legislatura em relação ao significado constitucional e ao desenvolvimento de pontos de vista da cultura constitucional mais ampla (BATEUP, 2006).

Com essa compreensão de dupla via do diálogo institucional, existem dois aspectos distintos do papel da revisão judicial na sociedade moderna. Primeiro, a revisão judicial auxilia na produção de respostas mais duráveis e amplamente aceitas em relação a questões constitucionais que envolvem o diálogo com a sociedade como um todo. Em segundo lugar, a revisão judicial também ajuda a melhorar a resolução institucional das questões constitucionais ao nível dos casos individuais, devido às perspectivas únicas oferecidas pelos participantes institucionais no diálogo. Por sua vez, essas interações também fazem parte de qualquer diálogo de toda a sociedade que tenha lugar. No contexto de divergências generalizadas mais razoáveis sobre o significado dos direitos, essa compreensão combinada oferece a melhor chance de produzir respostas a questões constitucionais que não são apenas satisfatórias no contexto da resolução de casos individuais, mas que também são satisfatórios para a cidadania como um todo (BATEUP, 2006).

2.2 Diálogos institucionais- A quem cabe a decisão final?

Tendo em vista as transformações introduzidas pela sociedade contemporânea e em virtude da expansão da atuação do Judiciário na efetivação dos direitos, faz-se necessário explorar outras combinações de interseções institucionais cuja responsabilidade seja compartilhada e projetada a partir da elaboração democrática de decisão coletiva convergente com as distintas noções de justiça de uma sociedade pluralista, de modo a ultrapassarmos um monólogo judicial em um legítimo diálogo interinstitucional.

A leitura de Häberle (1997) nos fornece elementos para compreender a necessidade de abertura da interpretação da Constituição, devendo esta ser compreendida como fruto de contribuições de diferentes atores e perspectivas teóricas, o que conduz à ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Assim, “no processo de interpretação

constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado com “*numerusclausus*” de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 13). Para o autor, toda norma jurídica é colocada em seu tempo e integrada a realidade, deste modo se reconhece que a norma não é uma decisão simples e acabada e que a ampliação de seu círculo de intérpretes constituiria uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação. Ou seja, a dinâmica da realidade leva a necessidade de interpretação da norma.

De acordo com o autor, a interpretação constitucional tem sido, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos e aqueles participantes formais do processo constitucional. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. Pensando nessa lógica, as características do Sistema Único de Saúde Brasileiro nos fornecem elementos para pensar uma sociedade pluralista e a necessidade de interpretação e reinterpretação contínua das questões relacionadas à saúde. Um sistema se prevê universal para toda população brasileira e que trás como um de seus princípios a participação da comunidade, por meio do controle social, carrega em sua constituição e realidade toda uma dinâmica que influenciam e tencionam o processo de interpretativo da Constituição.

Na lógica de Häberle o conceito de interpretação reclama um adendo de que quem vive a norma é, por consequência, seu intérprete ou, pelo menos, seu co-intérprete. Ou seja, todo aquele que vive numa conjuntura regulada pela norma é, direta ou indiretamente, um intérprete dessa norma. Uma vez que não são apenas os atores jurídicos que vivem a norma, logo, na interpretação do autor, eles não podem deter o monopólio da interpretação da Constituição. Essa análise demonstra que o ato interpretativo não é evento de exclusividade estatal, mas aberto a todos atores políticos.

Com base na experiência da Reforma Sanitária e de todos movimentos sociais que lutaram pela Constituição Federal de 1988, em especial pelo direito à saúde e todo desenho jurídico e institucional do SUS, podemos considerar vivermos numa sociedade razoavelmente pluralista e democrática, pode-se dizer que, até certo ponto, essa abertura a interpretação constitucional já existe entre nós e que ela se manifesta dispersamente pelo modo como os agentes políticos aplicam a Constituição nas diversas instâncias de decisão, do que resulta minimamente um ampliado círculo de participantes da realização constitucional. Nesse contexto, ganham relevo especial os Conselhos e Conferências de Saúde, como instâncias fiscalizadoras, deliberativas e de maior participação dos atores políticos. O que, em nosso

compreender, se faz necessário e urgente, portanto, é institucionalizarmos procedimentos que estimulem a participação de mais atores no processo de interpretação e aplicação da lei fundamental.

Nessa direção e fortemente atrelada à noção de abertura da interpretação constitucional, ganham relevância às teorias dos diálogos institucionais para a manutenção do equilíbrio institucional. Tal teoria parte da ideia inicial de que é possível a construção de um modelo dialogal, capaz de incentivar uma renovação da atual estrutura institucional, a fim de que se instale um modelo que possibilite uma postura mais cooperativa entre as instituições políticas e as instituições jurídicas, estimulando um amplo debate com a sociedade civil, para que se garanta o atendimento aos princípios e regras constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais. Os diálogos institucionais e sociais são, portanto uma forma de se evitar a estreita e solitária função de decidir de um único Poder (BATEUP, 2006).

De acordo com Bateup (2006) a principal característica das teorias dialógicas aposta na existência de uma verdadeira intenção de colaboração e intercâmbio entre as instituições políticas e as instituições jurídicas, de modo que o Judiciário, o Legislativo e o Executivo se mostrem igualmente dispostos a incorporar no desenvolvimento de suas deliberações essa dinâmica cooperativa, devendo haver uma participação da sociedade civil. Pois, corroborando com Häberle (1997), é inviável pensar numa interpretação da Constituição sem o cidadão e sem as potências públicas mencionadas, uma vez que todo cidadão que vive a Constituição é seu legítimo intérprete. Assim, o principal objetivo do modelo de diálogos institucionais é o fortalecimento da proteção dos princípios e regras constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais e a construção de um ambiente que proporcione uma visão democrática e pluralista dos distintos atores envolvidos na sociedade, nas palavras de Bateup (2006):

as teorias do diálogo constitucional proliferaram nos últimos tempos por causa do potencial que muitos veem nelas para resolver as preocupações de legitimidade democrática associado à revisão judicial. Dentro da teoria constitucional, estudiosos contemporâneos tendem a fixar-se ao encontrar uma teoria objetiva de interpretação que fornece uma metodologia adequada para que os juízes sigam ao interpretar as disposições constitucionais a fim de melhorar a sua legitimidade. As teorias do diálogo constitucional oferecem uma forma alternativa de preencher a lacuna de legitimidade, porque se os ramos políticos do governo e as pessoas são capazes de responder às decisões judiciais de forma dialógica, a força da dificuldade contramajoritária é superada, ou pelo menos, muito atenuado (BATEUP, 2006, p.1)

A partir da leitura de Bateup (2006) compreende-se que as preocupações com a ampliação das intervenções das instituições jurídicas na garantia de direitos tornam-se cada vez mais estreitas em relação às decisões judiciais no que tange a interpretação de direitos

constitucionais, dado que o caráter indeterminado desses direitos. Há o questionamento sobre como os direitos devem ser concebidos, como eles devem ser aplicados em contextos específicos e quais outros valores, se houver, devem vencê-los. Como resultado, questiona-se por que os juízes devem ser autorizados a tomar decisões finais e vinculativas sobre a força ou o significado dos direitos, ou se essas questões devem ser deixadas para processos mais democráticos e inclusivos para deliberação e resolução.

Segundo a autora, ao contrário das teorias de interpretação que propõem critérios interpretativos que os juízes devem utilizar em casos constitucionais, as teorias de diálogo se concentram no processo institucional por meio do qual as decisões sobre o significado constitucional são tomadas, sugerindo que isso envolva a elaboração compartilhada de um significado constitucional entre o Judiciário e outros atores. Em suas palavras:

Esta abordagem tem o potencial de resolver as preocupações contra majoritárias devido ao reconhecimento de que os atores não judiciais desempenham um papel fundamental na interpretação constitucional. Especificamente, porque se as preocupações de que a revisão judicial necessariamente colocam os juízes contra os ramos de governo responsáveis pelos eleitores serão muito atenuadas se os ramos políticos puderem responder às decisões judiciais com as quais eles discordam (BATEP, 2006, p. 8)

Como descrito, uma das principais premissas da dificuldade contramajoritária é que é democraticamente ilegítimo que os juízes não eleitos e não representativos frustrar a vontade da maioria política prevalecente. Esta premissa baseia-se no pressuposto de que, quando os juízes invalidam a legislação, suas decisões são definitivas, o que serve para superar a vontade da maioria.

De acordo com a autora a primeira questão que deve ser abordada na avaliação da promessa normativa das teorias do diálogo é se elas resolvem com êxito a dificuldade contramajoritária. A resposta a esta pergunta giraria em grande parte se as teorias são principalmente descritivas (positivas) ou prescritivas. Embora a autora destaque que resista à categorização rígida nestes termos, devido ao fato de que as teorias descritivas contêm elementos prescritivos e vice-versa, ao categorizar as teorias em diferentes perspectivas percebe-se distinções importantes (BATEUP, 2006).

De um lado estão as teorias de diálogo que procuram fornecer um relato positivo do contexto institucional em que operam os diferentes ramos do governo, desenvolvendo suas ideias normativas com base nesta descrição. E de outro, encontramos as propostas que sugerem que as decisões judiciais não precisam ser definitivas, mas se concentram em propor uma visão prescritiva de como o diálogo deve prosseguir com base neste fato positivo. No

extremo oposto estão as teorias do diálogo que evitam um foco claro na dinâmica positiva, em vez disso, fornecem relatos fortemente prescritivos de como um sistema dialógico deve operar em circunstâncias ideais (BATEUP, 2006).

Essas distinções têm consequências importantes para se as diferentes teorias serão capazes de superar as preocupações sobre a legitimidade democrática da revisão judicial, segundo a autora:

Se os ramos políticos do governo e outros atores sociais são capazes de responder às decisões judiciais sobre interpretação constitucional, como destacado pelas teorias mais positivas, as preocupações com a legitimidade democrática da revisão judicial são bastante reduzidas. No entanto, na medida em que as interações dialógicas não são consideradas como operativas na prática, mas são vistas apenas como um ideal normativo, um tipo diferente de análise deve ser realizada (BATEUP, 2006, p 9).

Além das preocupações de legitimidade, as teorias do diálogo constitucional devem ser capazes de manter seu próprio valor normativo. As teorias do diálogo tendem a ficar frágeis no nível normativo, no entanto, de duas formas distintas. As teorias mais prescritivas são mais suscetíveis ao fracasso porque não estão suficientemente fundamentadas em como a revisão judicial opera no mundo real. Em outras palavras, mesmo que forneçam uma explicação prescritiva atrativa sobre o papel que os tribunais devem desempenhar em circunstâncias ideais, em última análise, eles não podem fornecer uma norma convincente sobre o papel da revisão judicial porque suas prescrições estão muito desconectadas das realidades da prática judicial na ordem constitucional mais ampla.

As teorias positivas do diálogo se firmam sobre os fundamentos de que as decisões judiciais sobre o significado constitucional não são definitivas e que os ramos políticos do governo e outros atores sociais também estão completamente envolvidos em responder a questões constitucionais. No entanto, reconhecer que os atores não judiciais desempenham um papel legítimo e valioso na produção do significado constitucional requer que essas teorias justifiquem por que os juízes também devem estar envolvidos nesta tarefa. A razão pela qual muitas teorias positivas falham a este respeito, na leitura da autora, é porque elas são incapazes de propor uma explicação satisfatória de algum papel judicial especial ou algum contributo único que os juízes façam para o diálogo constitucional capaz de explicar o valor normativo da revisão judicial. Para Bateup (2006) as teorias mais promissoras do diálogo constitucional, ao contrário, são as que representam uma função judicial única que ajuda a obter melhores respostas sobre questões constitucionais, mas que não privilegia a contribuição judicial sobre a de outros atores.

Essa interpretação da autora corrobora com a linha de pensamento de Peter Häberle (1997), pois ambos estão preocupados com a aplicação da norma jurídica na realidade e vice-versa. Compreendendo a norma como uma decisão complexa localizadas em tempos e contextos determinados e que a ampliação dos atores envolvido do processo de interpretação da norma é uma consequência do próprio movimento da realidade.

2.3 Direito e Discursividade

Martins e Poker (2014) destacam que o processo discursivo para Habermas atende ao propósito do entendimento, mesmo em se tratando de situações pertinentes ao direito, a linguagem, o discurso especializado, constituem a base do exercício hermenêutico de toda e qualquer formação conceitual ou teórica no âmbito jurídico. A partir da leitura Habermesiana os autores explicam que normas e regras exigem interpretação para compreensão de seus sentidos e que a ciência jurídica não pode contentar-se em com a observância, registro, classificação dos atos e delimitação de proposições relativas à imputação da pena na práxis jurídica, ou seja, a interpretação alcançada em um processo não é só uma questão de método. Nas palavras dos autores:

a interpretação das ações e das normas, regras ou valores que as conduzem depende de uma compreensão linguística pré-científica, que todos os que lidam com a formulação e aplicação da lei devem estar dispostos a adquirir e desenvolver: o contexto em que será aplicada a sentença é estruturado com certos sentidos, que devem ser interpretados hermeneuticamente, para que o conteúdo normativo da lei possa sustentar a relação entre a universalidade do direito e o *éthos* local (MARTINS E POKER, 2014, p. 15).

A teoria crítica da sociedade de Habermas pode ser compreendida como um projeto pronto e interessado na reconstrução das dimensões normativas de valor da língua, cultura, tradição, política economia e direito. Essa teoria da reconstrutiva da normatividade parte da premissa de que normatividade e facticidade não se separam e, sobretudo, de que a normatividade nunca pode ser reduzida à facticidade ou ser identificada com ela. Normas práticas têm a função de solucionar nossos problemas cotidianos do mundo da vida, e elas podem produzir isso se forem aprovadas, por atores e concernidos, a partir do conhecimento do seu valor (KLEMME, 2014).

Na leitura de Klemme (2014), para Habermas não há alternativa à ideia de que depende de um valor procedimento imparcial constituir o valor das normas práticas, pois

como sujeitos autônomos não podemos encorajar-nos a aceitar normas cuja base fundamental foi desencantada no processo da modernidade. De acordo com o autor “o homem na modernidade tem um processo de reflexividade crítica para com a pretensão normativa de sua limitada e globalizada realidade da vida, e não de afirmação inquestionável (KLEMME, 2014, p. 26)”.

A reflexão relativa ao nosso mundo da vida leva-nos a diferenciar entre razões pragmáticas, éticas, morais e legais. Klemme (2014) destaca que consideramos primeiramente a relação entre fundamentos éticos e morais. No entanto, na perspectiva de Habermas, os fundamentos morais e éticos não se diferenciam segundo suas providências. Razões morais também não possibilitam primariamente a estima das identidades próprias particulares e, com isso, a solução dos problemas normativos esporádicos de indivíduos existentes. Normas morais devem, ao contrário, proporcionar condições livres e iguais de cooperação entre indivíduos. O valor dessas normas é decidido em um discurso público, o qual avalia as condições normativas passíveis de discussão, visa a imparcialidade e tem como consequência uma forte separação entre normas e valores. Este proceder diz que as normas com pretensão de validade são apenas as que podem contar com a concordância de todos os concernidos. Esse princípio básico de justificação, que visa à fundamentação imparcial das normas Habermas denomina de princípio do discurso (D):

Se a práxis de reuniões em conselho é, ela mesma, o único expediente possível para o ponto de vista do julgamento imparcial de questões morais, então a referência a conteúdos morais precisa ser substituída pela referência autorremissiva à forma dessa práxis. Justamente essa compreensão da situação é que traz “D” ao ponto: só podem aspirar à validade as normas que puderem merecer a concordância de todos os envolvidos em discursos práticos. Diante disso, a concordância ensejada sob as condições discursivas assume o significado de comum acordo motivado por razões epistêmicas; não se pode entendê-la como um acerto qualquer motivado racionalmente a partir de uma visão egocêntrica (HABERMAS, 1998, p. 59 apud KLEMME 2014, p. 27)

A partir desse entendimento, quando uma norma é fundamentada Habermas sugere o princípio da universalização, cuja premissa é que uma norma só é válida quando as consequências presumíveis e os efeitos secundários para interesses específicos e para as orientações valorativas de cada um, decorrentes do cumprimento geral dessa mesma norma, possam ser aceitos sem coação por todos os atingidos em conjunto. De outra forma, tal princípio estabelece, portanto, como condição fundamental da validade de normas, o assentimento de todos os envolvidos em uma argumentação racional, mas não específica desde o início de que norma se trata, ou seja, não define preliminarmente se não normas

morais, éticas ou jurídicas. Por conseguinte, o princípio do discurso deve ser considerado como normativamente neutro em relação à moral e ao direito (REPA, 2014; KLEMME, 2014).

Em relação aos interesses específicos e orientações valorativas, na leitura habermesiana, são compreendidos os fundamentos pragmáticos e éticos que supõem um ganho moral se correspondem ao princípio da universalização (U).

O referido princípio funciona como uma medida que separa o bem e o justo, entre ações evolutivas e afirmações rigorosamente normativas. Diante desses conceitos normativos acata-se uma colocação moral e não meramente ética, reivindicando o valor universal. Esse valor, incorpora uma reserva falibilista, na qual a norma atual aceita como universal e válida pode amanhã revelar-se como mero valor particular, ético. Além disso as normas em geral são consideradas válidas unicamente sob a hipótese de uma práxis de cumprimento universal delas mesmas. Se esta condição não for cumprida, as normas não são consideradas razoáveis, independente do de serem válidas ou não. A partir dessa leitura, compreende-se que normas morais valem praticamente apenas em uma sociedade, cujos membros têm vontade de regular seus conflitos normativos por meio dos discursos orientados ao entendimento (KLEMME, 2014).

O princípio do discurso também pode assumir uma forma legal, e, por conseguinte, é desse modo diretamente relevante para a política. Não há alternativa a facticidade do valor legal nas sociedades modernas. Assim, o direito pode ser justificado normativamente pelas ideias de direitos humanos e soberania popular. Para Habermas a relação entre o valor lógico dos direitos humanos e soberania popular é que estes, autonomia privada e autonomia pública, respectivamente, não podem ser separados uns dos outros. Eles são cooriginários:

O princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para forma jurídica como tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo cooriginário (HABERMAS, 1998, p. 155 apud KLEMME 2014, p. 31).

A noção de que a forma do direito e o princípio do discurso produzem direitos in abstracto significa, por um lado que eles produzem o sistema do próprio direito uma vez que

determinam o status das pessoas de direito. Esses direitos básicos compreendem quatro direitos absolutos fundados nos direitos à liberdade e à participação e um direito relativo baseado no direito do participante. Ao mesmo tempo, eles apresentam sempre o aperfeiçoamento de tipos formais de direitos básicos. Os direitos básicos de conteúdo ainda insaciável precisam ser interpretados e aperfeiçoados pelo legislador político (REPA, 2014; KLEMME, 2014).

Klemme (2014) explica que as regras morais e legais se diferenciam simultaneamente da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem lado a lado, complementando-se. Com a tese da diferenciação do princípio do discurso em um princípio moral e um princípio democrático, ao mesmo tempo, refuta-se um entendimento liberal de normas morais, segundo o qual os discursos legais são pré afirmados na forma de direitos humanos pré estatais válidos.

De acordo com o autor, a moral não limita o direito, mas tem função de possibilitar o legítimo direito. O direito positivo tem um acesso mais legítimo à moral, isto é, na qualidade de uma ordem legal no todo, ele só é legítimo se não refuta sus princípios morais. Na perspectiva de Habermas os direitos humanos funcionam como introdutores dos direitos fundamentais que se efetivam a partir de normas, sem as quais o direito positivo não pode ser legítimo. Nesse ponto de vista, portanto, os direitos fundamentais representam os princípios do direito com caráter constitucional. Como tal, porém, o autor destaca que eles ainda precisariam de aprimoramento em termos de conteúdo e interpretação, sendo estes produzidos por todos os membros de uma comunidade de cidadãos livres e iguais (KLEMME, 2014).

Martins (2014) destaca que nas normas deve prevalecer a universalidade, mas nos casos de valores isso não se aplica a partir da leitura habermesiana, uma vez que cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que as normas devem sua validade a um teste universalização. De acordo com a autora, normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que os valores, porque podem pretender, com base em seu sentido deontológico de validade, uma obrigatoriedade geral, enquanto os valores dependem, caso a caso, de uma ordem transitiva de valoração.

Argumentos baseados em valores têm em conta não o que é correto, mas o que é bom para uma comunidade, e a fundamentação por valores de um argumento ou discurso, isto é, a fundamentação axiológica, diz respeito ao que é melhor para uma comunidade e não para todas. Por outro lado, um discurso jurídico, cuja fundamentação constitui-se de normas ou princípios, é um discurso com fundamentação deontológica, a qual leva em conta não o que é bom para determinado grupo ou comunidade, mas a correção normativa que pressupõe a

possibilidade de fundamentar em termos racionais, ou seja, em termos universais. O que requer análise e um esforço interpretativo.

A autora argumenta que interpretação é um ato de atribuição de sentido e as condições de atribuição do sentido pressupõem, muito mais do que a descrição do juiz no julgamento de cada caso concreto, uma vez que esse sentido é atribuído por meio do discurso e da universalização do direito (MARTINS, 2014).

Sobre interpretação, Martins (2014) destaca que o sentido da norma não é encontrado pelo intérprete como algo já existente no texto, pois é atribuído pela argumentação jurídica a qual varia com cada tipo de discurso, de aplicação ou de justificação. Para a autora:

Discursos legislativos de justificação são regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas (MARTINS, 2014, p. 95)

Segundo Martins (2014), o intérprete da norma, em vez de ser o guardião de um programa político de uma determinada comunidade, deve antes assegurar a obediência ao procedimento discursivo público estabelecido pela Constituição para a produção e aplicação do direito. Não é a Constituição, de fato, o único repositório das normas, mas é tarefa do intérprete preservar as normas reputadas como as mais importantes pelos cidadãos por meio do representante constituinte sensível a saúde. De modo que, a concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado democrático de direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque são, todos eles, igualmente valiosos para a autoidentificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. A concorrência dos princípios deriva de nossa identidade ser uma identidade pluralista. Deste modo, o procedimento capaz de dar um curso para a tensão entre as normas constitucionais é tentar procurar solucionar os impasses gerados nos discursos de aplicação sem abrir mão, na medida do possível do maior número de princípios.

Na Constituição de 1988 a saúde está escrita como um direito de todos e dever do Estado e mesmo após aproximadamente três décadas de sua universalização e legitimação de princípios constitucionais basilares a efetivação do direito à saúde ainda enfrenta desafios de diversas naturezas como culturais, políticos, sociais e econômicos. Ou seja, a tensão inerente ao direito à saúde consiste na “dicotomia existente entre os direitos garantidos formalmente e

os conflitos implícitos à sua efetivação no cotidiano das práticas dos atores sociais” (ASENSI, 2011, p. 78).

É justamente nesse cenário, que se observa o crescimento do papel de instituições jurídicas e no processo de formulação, fiscalização e efetivação das políticas de saúde. Nesse sentido a ideia de responsabilização dos diversos atores que compõem o processo de formulação, execução, fiscalização e efetivação do direito à saúde ganha relevância e força no cenário sanitário atual no país. Discutir o trâmite decisório e as estratégias de diálogo no campo da saúde a partir de processos de participação das instituições jurídicas, focando para além da judicialização, mas, especialmente, em suas alternativas institucionais é a intenção desse trabalho.

3 A EXPERIÊNCIA DA CÂMARA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE SAÚDE (CRLS)

Na saúde, alguns conflitos são recorrentes, como os conflitos entre demanda e oferta de serviços, a política de medicamentos, a criação de novos direitos que fortaleçam a cidadania e os valores democráticos etc. O diálogo e estratégias de co-gestão têm sido fundamentais para a construção de decisões e compromissos de redução destes conflitos e efetivação do direito à saúde.

Para ASENSI (2011) essa co-gestão mostra-se, por consequência, como uma forma de gestão compartilhada, própria das sociedades democráticas, em que o poder é compartilhado por meio de avaliações e decisões coletivas, de maneira a envolver todos os atores sociais que participam do processo. Em relação à efetivação do direito a saúde o autor aponta três propostas fundamentais: a) o positivismo constitucional que parte da premissa que a saúde é um direito constitucional positivado, presente na norma jurídica e que, portanto, deve ser garantido; b) a consideração das especificidades das demandas e dos sujeitos em saúde, de modo a relativizar uma perspectiva mais quantitativista; e, c) a ampliação de estratégias e espaços de diálogo com os atores sociais e estatais (ASENSI, 2011).

Esta última trata de uma nova arte de governar em saúde, que envolve, em sua complexidade, instituições estatais (jurídicas e não jurídicas) e, principalmente, instituições sociais tais como os conselhos de saúde e associações, nas palavras do autor:

“A interlocução cada vez maior entre a sociedade civil e a gestão nesse espaço de diálogo e encontro constitui um avanço no que tange a compreensão das formas de solução de conflitos. O reconhecimento do diálogo como estratégia privilegiada de resolução de conflitos e de ampliação de direitos representa não somente a expansão de possibilidades de atuação dos atores sociais, mas também uma nova forma de sociabilidade, calcada na celeridade e na efetividade da garantia dos direitos sociais” (ASENSI, 2011, p.83).

A experiência da CRLS se mostra como uma potente forma de gestão compartilhada que envolve instituições jurídicas e instituições de saúde. Este capítulo objetiva destacar a experiência da CRLS a partir de dados secundários da pesquisa realizada por Soares (2017) sobre “a atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde na resolução extrajudicial dos conflitos sanitários nos anos de 2014 a 2016”. Como utilizamos dados públicos, não foi necessário que o projeto que originou esse trabalho fosse submetido ao comitê de ética. Assim, o dividimos em duas partes: na primeira apresentamos o histórico, a conformação e

dados da atuação da Câmara e iniciamos algumas análises; e na segunda tecemos reflexões sobre a experiência da Câmara a luz das perspectivas teóricas discutidas nessa dissertação.

3.1 Dados sobre a atuação da Câmara na resolução dos litígios de saúde

A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) representa uma evolução, se levadas em conta as ações anteriores, que tiveram como atores-chave as Procuradorias do Estado e do Município do Rio de Janeiro, com a intenção de resolver litígios de saúde extrajudicialmente.

A primeira etapa foi a iniciativa de um grupo de trabalho, em 2006, formado por procuradores, do estado e do município, que tinham a intenção de debater diversos assuntos no âmbito do direito e que identificaram, nas demandas judiciais sanitárias, um objeto de estudo.

O grupo identificou que, sem a participação de outros atores nas discussões, não seriam capazes de formular ações eficazes, devido à ausência de conhecimento técnico específico sobre a área. Diante disso, técnicos das secretarias de saúde do estado e do município foram convidados a participar das reuniões. Em um outro momento, também foram convidados defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro que atuavam no Núcleo de Fazenda da Defensoria Pública Geral do Estado (DPGE) (SOUZA, 2016).

Assim, com a reunião desses atores, buscou-se um acordo no que se refere aos processos ajuizados pela DPGE, que se direcionassem ao Estado e ao Município do Rio de Janeiro e versassem sobre demandas de saúde. A princípio o foco desse acordo foi o fornecimento de medicamentos pertencentes às listagens oficiais do sistema de saúde. Foi então reunido um grupo de atores governamentais que buscavam o mesmo objetivo, ou seja, que a judicialização da saúde integrasse a agenda governamental e fossem formuladas soluções viáveis para o atendimento das demandas sanitárias dos assistidos pela DPGE (SOUZA, 2016).

A segunda foi a criação do Sistema de Pedido Administrativo (SPA), em 2008, que possibilitou, na resolução de litígios, uma evolução na abordagem extrajudicial em comparação com a atuação do grupo de trabalho. De acordo com Souza (2016), os objetivos do referido sistema era:

1. Retirar do Judiciário e levar para dentro das secretarias de saúde a efetivação do direito à assistência farmacêutica, ou seja, a DPGE encaminharia o assistido

- primeiramente ao atendimento na esfera do Executivo através das secretarias de saúde;
2. Estabelecer um prazo máximo de até 45 dias para a prestação do serviço;
3. Utilizar as listas oficiais de pactuação do Sistema único de Saúde (SUS), em nível municipal e estadual; e
4. Inserir o cidadão no Sistema Único de Saúde – inscrever os assistidos nos programas existentes nas secretarias municipal e estadual de saúde, evitando que o cidadão volte a recorrer ao Judiciário. (SOUZA, 2016, p. 34)

Para o atendimento extrajudicial de demandas de saúde o SPA constituiu uma evolução em relação ao grupo de trabalho, mas precisava ser aprimorado de forma a desenvolver uma atuação mais eficaz, eficiente e efetiva no que tange às demandas de saúde, o que veio a ser tentado com a criação da Câmara de Litígio.

Por último, a CRLS foi criada a partir da assinatura do Convênio de Cooperação nº 003/504/2012 celebrado pelo Estado do Rio de Janeiro representado pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), Secretaria de Estado de Saúde (SES/RJ), Defensoria Pública Geral do Estado (DPGE) e Tribunal de Justiça do Estado (TJERJ); pelo Município do Rio de Janeiro representado pela Procuradoria Geral do Município (PGM) e Secretaria Municipal de Saúde (SMS/RJ) e pela União Federal representada pela Defensoria Pública da União (DPU). O objetivo do convênio entre as instituições é promover o atendimento de partes assistidas pela DPU e pela DPGE que demandem prestação de serviços de saúde e, por meio de soluções consensuais, administrativas e rápidas, evitar o ajuizamento de ações. São atribuições das instituições:

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro – órgão estatal que cumpre o dever constitucional do estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita à população que não tenha condições financeiras de pagar as despesas desses serviços;

Defensoria Pública da União – instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, à qual cabe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, a todos os necessitados;

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – órgão com a missão institucional de resolver os conflitos de interesses em tempo adequado à sua natureza, visando à pacificação social e à efetividade de suas decisões;

Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – órgão responsável pela representação judicial do Estado. Atua extrajudicialmente em defesa dos interesses deste e oficia obrigatoriamente no controle interno da legalidade da Administração Pública, inclusive por meio da supervisão e coordenação das assessorias jurídicas dos órgãos integrantes da

administração direta e indireta, que se subordinarão à sua (da PGE) orientação técnico-jurídica;

Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro – órgão gestor do Sistema Jurídico Municipal, responsável pela defesa judicial e extrajudicial do Município do Rio de Janeiro, pela consultoria jurídica dos órgãos municipais, bem como pela inscrição e cobrança da dívida ativa municipal;

Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro – órgão do Governo do Estado responsável por formular, implantar e gerenciar as políticas de saúde, o que inclui o assessoramento aos municípios, a programação, o acompanhamento e a avaliação das ações e atividades de saúde;

Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro – órgão da prefeitura do Rio de Janeiro responsável por formular e executar a política municipal de saúde. Parte do SUS, a secretaria é norteadada pelos princípios deste sistema, que tem como propósito promover a saúde, priorizando as ações preventivas e democratizando as informações relevantes para que a população conheça seus direitos e os riscos à sua saúde.

Em setembro de 2013 inaugura-se o espaço físico da CRLS, no qual os órgãos que compõem o convênio, reunidos em um mesmo espaço, trabalham juntos na busca por soluções administrativas para demandas relacionadas à Saúde, especialmente dos municípios do Rio de Janeiro. A proximidade física e institucional tornou possível uma desconcentração de informações essenciais, como, por exemplo, o número de leitos disponíveis nas diversas unidades de saúde, assim como dados sobre qual o hospital mais indicado para cada tratamento, o que torna o encaminhamento do assistido mais rápido e eficiente. O serviço funciona de forma ininterrupta, sendo este o grande diferencial da câmara em relação a outros projetos similares.

No ano de 2016, um aditivo ao Convênio de Cooperação nº 003/504/2012 adicionou o Departamento de Gestão Hospitalar (DGH), órgão responsável pelos hospitais federais do MS à CRLS. Dessa forma, a saúde passou a ter representação dos três entes federados (SOARES, 2017).

Esse novo arranjo institucional, com a incorporação de métodos consensuais de resolução de litígios, contribuiu, também, para a formação de uma base de dados dos focos de litigiosidade, servindo de instrumento para a melhoria da prestação de serviços sanitários. De acordo com Souza (2016), são atribuições da Câmara: especialização e personalização do atendimento do usuário (DPE e DPU) nas demandas relativas à saúde, visando à garantia do acesso de forma administrativa, através do retorno ou da inserção do usuário no SUS; acesso

mais rápido e resolutivo; redução do número de novas ações; racionalidade nas ações necessárias; sugerir avaliação médica para utilização das tecnologias disponíveis; ser espaço de avaliação de incorporação de tecnologia; nortear a formulação de proposta de ampliação dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) estaduais.

A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde está localizada na Rua da Assembleia, nº 77-A, Centro. O horário de atendimento ao público é das 10h às 15h (até às 16:30 para os casos de urgência), de segunda a sexta-feira.

Em pesquisa realizada por Soares (2017) sobre “a atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde na resolução extrajudicial dos conflitos sanitários nos anos de 2014 a 2016”, a autora nos mostra como acontece o percurso no usuário ao buscar a Câmara.

O atendimento do usuário ao chegar a CRLS se inicia pela triagem que é realizada por assistentes sociais. Após uma avaliação inicial do caso, ocorre o atendimento do usuário pelos atendentes da DPU e da DPGE que verificam se a parte é hipossuficiente e que porta laudo médico e receita emitidos por profissional habilitado vinculado ao SUS, com especificação do medicamento, exame ou outro procedimento de saúde (SOARES, 2017). As defensorias possuem a seguinte divisão de atribuições:

DPU-RJ: quaisquer atendimentos relacionados aos pedidos de Medicamentos e Insumos nas hipóteses em que o assistido já recebe tratamento em Instituições de Saúde e Hospitais Federais, independentemente do ente federativo responsável pelo fornecimento do produto pretendido; Quaisquer atendimentos relacionados aos pedidos de Medicamentos em que não exista Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas - PCDT estabelecidos; Todos os atendimentos em que o assistido apresente laudo médico que indique suspeita ou diagnóstico de câncer de qualquer tipo, independentemente da pretensão relatada no atendimento.

DPGE-RJ: atendimentos relacionados aos pedidos de Medicamentos e Insumos, mediante a apresentação de laudo médico e/ou receituário, em que já existe Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas estabelecidos, ainda que a espécie de medicamento pretendido e relacionado a um determinado Protocolo existente não conste nas listas do Município e do Estado, mas sim tão somente outras espécies do gênero medicamentoso. (Exemplo: diabetes – programa municipal de fornecimento – insulina lantus não consta na lista, apesar de constarem outras espécies de insulina) (SOARES, 2017, p. 63).

Os critérios definidos para atribuir o atendimento a DPU-RJ ou a DPE-RJ se estendem a todas as solicitações pretendidas pelo assistido que busca a CRLS, tais como: Medicamentos, Insumos, Consultas, Exames, Procedimentos, Cirurgias, Internações, TFD e outros.

Após o atendimento pela defensoria, o assistido é encaminhado ao apoio técnico das secretarias municipal e estadual de saúde para análise técnica imediata da pretensão. É utilizado um sistema próprio, desenvolvido para a CRLS, que permite um procedimento

específico para controle do fluxo e dos registros de todas os pleitos. Caso a demanda não seja atendida, o assistido passará por um novo atendimento realizado pela equipe multiprofissional das Defensorias e das Secretarias onde é efetivado o encaminhamento administrativo ou fica estabelecido o ajuizamento de ação judicial (SOUZA, 2016; SOARES, 2017).

Nos estudos de Souza (2016) e Soares (2017), os autores desenham como é feito o atendimento e encaminhamento pelas secretarias de saúde. Em relação aos pedidos por medicamentos/insumos, os pareceres emitidos pelas Secretarias contem:

- Informação da consulta realizada ao cadastro do SIGME e/ou sistema municipal e, caso positivo, se está recebendo regularmente o item em questão;
- inserção dos dados: peso, altura, IMC e observações, caso haja.
- descrição de cada produto pretendido, medicamento(s) ou insumo(s) padronizado ou não pelo SUS, incluindo o princípio ativo e a dosagem;
- patologia descrita no laudo médico;
- data de início (diagnóstico) da patologia;
- CID-10;
- nome e número do conselho do profissional prescriptor;
- unidade de origem e vínculo onde foi realizada a receita médica e laudo médico;
- data do documento médico;
- outras informações (história clínica); - informação quanto ao fornecimento se está de acordo ou não com a patologia descrita no laudo médico. Ressaltando que o papel do Estado/Município não é de controlar ou de impedir a adoção de determinada medida em saúde, mas estabelecer diretrizes baseadas em evidências científicas, balizamentos éticos, regras jurídicas, controle social e regulação integral e sistêmica de todos os percursos;
- indicação do(s) local(is) onde o assistido deve retirar o(s) medicamento(s) ou insumo(s). Nos casos de medicamento(s) ou insumo(s) da Atenção Básica, informações ao assistido quanto aos prazos para retirada do medicamento(s) ou insumo(s), devendo o mesmo comparecer em até 3 (três) dias úteis no local indicado,
- Nos casos de medicamento(s) do Componente Especializado de Assistência Farmacêutica (CEAF), orientação quanto aos documentos necessários (pessoais e médicos), informações quanto ao preenchimento do Laudo de Solicitação, Avaliação e Autorização de Medicamento do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (LME) para o médico e “Guia de Encaminhamento para a Rio Farnes”. Nesses casos, é importante informar o prazo de 15 dias para avaliação do cadastro pela Rio Farnes e que o agendamento da retirada do item somente pode ocorrer caso haja aprovação do cadastro realizado; - alternativa terapêutica disponível e incorporada ao SUS, possibilitando o fornecimento após avaliação médica”. (SOARES, 2017, p. 65)

Com relação às solicitações de exames, consultas, cirurgias e outros serviços de saúde, os profissionais da SES e/ou da SMS analisam o laudo e receita médica apresentados pelo usuário e informam se o serviço de saúde solicitado é realizado no âmbito do SUS, verificam se o paciente já está inserido no sistema de regulação e a data prevista para sua realização. Caso a solicitação ainda não tenha sido feita por nenhuma unidade de saúde, o paciente é então encaminhado a sua unidade de referência de Atenção Básica para que esta faça a

inserção do pedido no devido sistema de regulação. Os sistemas de regulação utilizados pelo município do Rio de Janeiro são a Central Estadual de Regulação (CER) e o Sistema de Regulação (SISREG).

Na hipótese do pedido já está devidamente registrado nos sistemas, as secretarias verificam o status da solicitação e encaminham as demandas para o NIR (Núcleo Interno de Regulação) da Área Programática de referência do usuário encaminhem o pedido, e estabeleçam prioridade se for necessário de acordo com a classificação de risco.

Caso o exame, consulta ou cirurgia pleiteados não sejam disponíveis na rede de saúde pública, os profissionais de saúde informam a existência de atendimento ou procedimento alternativo disponível ou, na inexistência destes. Insta ressaltar que a SES e/ou SMS podem instaurar processo de contratação para atender a pretensão (SOARES, 2017).

Quando a necessidade do assistido for por internação, os profissionais da SES e/ou SMS, em atenção ao laudo médico apresentado, verificam se o paciente já está inserido nos sistemas de regulação e informam sobre a disponibilidade de vaga, conforme apuração e captação junto às centrais de regulação de leitos, respeitando os critérios de prioridade para tratamento intensivo (SOARES, 2017).

Emitidos o(s) parecer(es) pela(s) Secretaria(s), Soares (2017) destaca as possibilidades de seguimento do usuário:

a) Atendimento total as solicitações pretendidas encaminhadas a DPU/DPE, na qualo assistido recebe uma “Guia de Encaminhamento” e as orientações necessárias para a retirada dos medicamentos disponibilizados, do agendamento da consulta, realização do exame, do procedimento cirúrgico ou da internação solicitados. A guia, é instruída com os dados pessoais do assistido, a receita médica, com descrição do medicamento, incluindo o princípio ativo e a dosagem ou insumo; laudo de medicamento do componente especializado (LME) e o relatório médico.

b) Atendimento parcial ou negativa as solicitações pretendidas, no qual o responsável da SES e da SMS, deverá: providenciar minuta de petição inicial, a fim de se instrumentalizar a tentativa de obtenção pela via judicial, da solicitação não atendida e encaminhá-la para assinatura do Defensor Público responsável e entregar a petição inicial elaborada para que o assistido providencie seu protocolo. Nos casos de atendimento parcial, ocorrerá a entrega ao assistido do “Guia de Encaminhamento” e serão realizadas as orientações que se fizerem necessárias para a concessão da solicitação atendida.

c) Casos de pendências de documentos serão informados no parecer técnico as orientações para o paciente atender as exigências técnicas. É emitido um “Termo de Ciência

de Pendências para Análise Técnica” com a descrição da(s) pendência(s) a ser(em) sanada(s) o qual é assinado pelo assistido, digitalizado e registrado no sistema CRLS/SES.

De acordo com o estudo de Soares (2017), no ano de 2014 um total de 8958 usuários do SUS, média de 747 usuários por mês, buscaram a CRLS na tentativa de materializar seu direito. No ano de 2015, observou-se que um total de 10827 usuários, média de 902 ao mês, tentaram resolver seu litígio em saúde na CRLS. Esse aumento continuou no ano de 2016 quando no 1º semestre já haviam 7142 assistidos, com uma média mensal de 1190 usuários ao mês, que procuraram ter suas demandas de saúde atendidas por meio da mediação Câmara.

Em relação aos produtos solicitados os dados da pesquisa demonstram que no ano de 2014 foram pleiteados 14.007 produtos de saúde. Já em 2015, o número de produtos solicitados aumentou para 20.490 e no 1º semestre de 2016 o quantitativo de produtos solicitados foi 10.984. Foi entendido por produtos, os medicamentos, insumos, consultas, exames, cirurgias, internações, equipamentos e outros solicitados pelos usuários (SOARES, 2017).

A pesquisa revela ainda que os principais produtos pleiteados são medicamentos, informação e consultas de um modo geral. No primeiro semestre de 2016 verificou-se que 3495 dos 10098 pedidos requeriam medicamentos, ou seja, aproximadamente 35% dos pleitos.

As insulinas foram os medicamentos mais pleiteados no 1º semestre do ano de 2016, 249 solicitações, sendo responsáveis por 7,1% dos medicamentos solicitados. A insulina regular e a Insulina NPH são medicamentos que fazem parte do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, ou seja, são distribuídos gratuitamente pelo sistema de saúde. As mesmas são adquiridas de forma centralizada pelo MS e disponibilizadas aos Estados, que possuem a responsabilidade de distribuição aos municípios, de acordo com a necessidade informada pelos mesmos, considerando o número de pacientes atendidos e estoques disponíveis nas unidades de atendimento (SOARES, 2017).

No entanto verificou-se, que apenas 5 solicitações correspondem às insulinas regulares ou NPH. A grande maioria das solicitações, 98% dos pedidos, são por insulinas análogas (ou especiais). Diferentemente das Insulinas regulares, as análogas não integram nenhuma lista oficial de medicamentos para dispensação por meio do SUS (SOARES, 2017).

Já as informações corresponderam a aproximadamente 28% dos pedidos. Esse dado, especificamente, nos gera certa inquietação, uma vez que 2856 usuários buscaram a Câmara para informações. Cabe-nos algumas indagações: essas informações não poderiam ser buscadas e atendidas em algum serviço de saúde? O que leva os usuários a buscarem a

Câmara para informações? O usuário já havia buscado algum serviço de saúde? Apesar de reconhecermos que as instituições jurídicas desempenham um importante papel no direito a saúde e que é um meio legítimo de reivindicação de direitos, nos causa estranhamento que as mesmas possam estar se tonando a primeira porta de acesso ao sistema de saúde.

As consultas representam em torno de 826, ou seja, 8% dos pedidos. Dessas, as com especialistas foram as mais requisitadas totalizando 778 requerimentos. As consultas em atenção básica foram requeridas por apenas 48 assistidos, contabilizando 5,8% das solicitações por consultas. A autora considerou como consultas em atenção básica as solicitações por consultas odontológicas e os atendimentos domiciliares.

As consultas em atenção básica geralmente são realizadas por profissionais, médicos, enfermeiros e cirurgiões dentistas, clínicos que atendem em Unidades Básicas de Saúde (UBS) e são de atribuição municipal. Os municípios atualmente têm seu modelo de atenção básica voltado, prioritariamente para a implantação da Estratégia Saúde da Família (ESF). A ESF visa à reorganização da atenção básica no País, de acordo com os preceitos do SUS, e é tida pelo MS e gestores estaduais e municipais como uma estratégia de expansão, qualificação e consolidação da atenção básica que tem por objetivo uma reorientação do processo de trabalho com maior potencial de aprofundar os princípios, diretrizes e fundamentos da atenção básica e de ampliar a resolutividade e impacto na situação de saúde das pessoas e coletividades.

Starfield (2002) defende que a atenção primária possui quatro atributos essenciais, quais sejam: atenção ao primeiro contato, longitudinalidade, integralidade e coordenação. A pesquisadora define esse último atributo como um “estado de estar em harmonia numa ação ou esforço em comum”. Sendo assim, a coordenação pode ser definida como a articulação entre diversos serviços e ações de atenção à saúde, de modo que, independentemente de onde sejam prestados, estejam em harmonia e voltados ao alcance de um mesmo objetivo

Compete à APS realizar essa função, pois ela é a responsável por identificar as necessidades de atendimentos especializados, coordenar as referências para profissionais adequados e garantir a continuidade da atenção acompanhando os resultados terapêuticos e a evolução clínica dos pacientes que percorrem os níveis de atenção no sistema de saúde.

O município do Rio de Janeiro tem 100% de cobertura de Atenção Básica e aproximadamente 60% de cobertura por equipes de saúde da família e todo processo de cuidado é coordenado pela Atenção Básica. As consultas com profissionais especialistas são reguladas por meio de sistemas de regulação e são atribuições dos Estados e municípios, conforme pactuações entre os entes federativos.

A atenção especializada no Estado do Rio de Janeiro tem sua rede composta por profissionais do Estado cujas agendas estão disponibilizadas no Sistema Estadual de Regulação (SER), mas também têm profissionais de saúde dos municípios que atuam no atendimento especializado e no município do Rio de Janeiro tais consultas são agendadas via Sistema de Regulação (SISREG). O acesso e regulação dos pacientes a atendimentos especializados se dão, preferencialmente, por meio da Atenção Básica.

Starfield (2002) destaca que um problema recorrente em relação a falta de vagas nos sistemas de regulação e a falta de comunicação entre os entes federados, uma vez que os sistemas dispõem de vagas tanto de unidade estaduais quanto federais. Para autora, a dificuldade em disponibilizar o número real de vagas somadas a alta procura pelos serviços por outras vias, sejam elas demandas espontâneas ou até por meio de conhecimentos com os executores dos serviços, e a classificação de risco não adequada provocam gargalos no sistema de regulação o que gera uma superlotação e lentidão no acesso dos usuários.

Sobre as consultas, nos questionamos diretamente sobre como se dá atuação da Câmara diante da superlotação dos sistemas regulatórios e a falta de vagas para atendimento do pleito dos assistidos. Embora, precisemos de mais dados e estudos para compreender a dinâmica, compreendemos que o fato da Câmara possuir integrantes das SES, SMS e do MS possa possibilitar maior diálogo sobre essas questões e, por consequência, propostas mais eficazes de melhoria. Por outro lado, entendendo o peso das instituições jurídicas nas negociações de saúde, nos questionamos até que ponto a atuação da Câmara não corrobora com o estigma da judicialização da saúde de que “tem acesso a saúde quem tem acesso a justiça. Pois compreendemos que quem busca a Câmara pode não ser aquele que mais precise clinicamente. Embora defendamos o direito e acesso de todos usuários, destacamos a importância da condição de saúde do paciente no estabelecimento das prioridades.

No que se refere à capacidade de resolução via administrativa pela Câmara os dados da pesquisa da SOARES (2017) nos mostram que nem todo usuário que a busca tem sua demanda encaminhada administrativamente por meio desse órgão. Os casos que não conseguem uma positividade administrativa são encaminhados para a Defensoria Pública correspondente para então seguir a via judicial. Observou-se que no ano de 2014 uma média mensal de 35,5 % dos produtos solicitados foram encaminhados pela via administrativa por este órgão. Já no ano de 2015, essa média aumentou para 45% encaminhamentos administrativos ao mês. Já 1º semestre de 2016, essa média mensal aumentou para 53%.

As informações das pesquisas de Soares (2017), nos sinalizam que das 826 consultas requeridas via Câmara, 742 foram encaminhadas para as unidades de saúde sejam federais,

estaduais ou municipais. Dos 746 assistidos que buscaram esse órgão administrativo para conseguir um agendamento de exame, 646 conseguiram realizá-lo por esta via e dos 74 com necessidades de internação, 56 também conseguiram atender sua necessidade através da CRLS. Com relação às solicitações por cirurgia, dos 355 assistidos que pleitearam esse direito via CRLS, 230 (64,8%) conseguiram ser encaminhados para realização da cirurgia pleiteada.

Esses dados nos servem como pano de fundo e base para ilustrar a atuação da CRLS. É considerável o número de usuários que buscam a efetivação do direito a saúde por meio desse órgão, assim como é notável a crescente capacidade de encaminhamentos por via administrativa nos anos estudados. No próximo tópico, nos esforçamos em pensar, a atuação da Câmara a partir dos referenciais teóricos utilizados nesse trabalho.

3.2 Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – Uma estratégia de Diálogo Institucional?

Os dados nos demonstram que houve um esforço em tentar medidas que fizesse algum impacto na judicialização da saúde. Dada a complexidade do tema, as estratégias adotadas nos mostram a necessidade de incorporação de novos atores nos cenários de discussão e decisão sobre questões de saúde.

Desde modo, corroboramos com a leitura de Asensi ao pensar a judicialização como uma faca de dois “gumes”. Certo é que a judicialização convocou as instituições jurídicas a se tornarem ativas no processo de efetivação do direito a saúde. No entanto, o que começou de certa maneira isolada, ou seja, o juiz dando a palavra final provocou a necessidade de envolvimento de outros atores no processo decisório, falamos aqui especialmente dos atores políticos, dada a complexidade das demandas em saúde.

Outro fator que nos leva a pensar sobre a necessidade de ampliação dos atores do processo decisório, é a questão da legalidade e legitimidade destacadas pelas leituras de diálogos institucionais. Pensando na saúde como um direito fundamental, seu desenho jurídico legal no Brasil e os recursos disponíveis para tal, nos deparamos com a necessidade de pensar políticas mais amplas e eficazes no sentido da oferta e na garantia do direito a todos.

Por outro lado, ao pensarmos numa perceptiva tanto individual quanto coletiva, hoje a judicialização é um mecanismo legítimo de efetivação dos direitos. Deste modo, tendemos a pensar que quanto mais compartilhados forem os processos decisórios mais chance teremos de, a partir de um estudo qualitativo das demandas judiciais, aprimorar e direcionar melhor as políticas de saúde.

Compreendemos que o caminho de soluções alternativas para resolução de litígios por meio de instituições como a CRLS contribui para o melhor emprego dos recursos públicos, evitando dessa forma a judicialização. Nos casos em que ocorre a judicialização, ainda assim é possível se obterem ganhos de eficácia, eficiência e efetividade nos serviços sanitários que serão prestados aos cidadãos, pois são levados em consideração não apenas a demanda apresentada na perspectiva do assistido, mas os aspectos técnicos e administrativos das secretarias de saúde. Tais procedimentos propiciam às instituições jurídicas e políticas uma visão sistêmica do todo, o que poderá vir a contribuir com a otimização do atendimento da demandas de saúde.

No que concerne à experiência da Câmara, a teoria de Habermas nos oferece alguns elementos relevantes de reflexão. Ao observar as tentativas de arranjos para mitigar a judicialização da saúde no município do Rio de Janeiro, observa-se a necessidade de construção e decisão compartilhada entre os atores e de considerar as especificidades do direito à saúde e, também, as especificidades dos contextos em que este direito é vivenciado. A perspectiva de um direito que ganha sentido enquanto inserido num mundo da vida específico permite supor que o primeiro caminho para sua legitimação no Estado encontra-se traçado. Como visto, a perspectiva situacional de razão assume que as formas societárias não são mais vistas como universais ou uniformes, uma vez que é preciso considerá-las inseridas na dinâmica do espaço-tempo dos atores sociais. É fato que a saúde possui características próprias, tais como a necessidade de celeridade das decisões, relevância pública, relação com direito à vida etc. Assim, busca-se, por meio da incorporação das demandas da sociedade civil, justamente constituir estratégias de ação e efetivação do direito à saúde que considerem tais especificidades, notadamente estratégias pautadas pelo diálogo.

Mais ainda, compreendemos que este tipo de estratégia auxilia na criação de sinergias e ambientes propícios no sentido da definição de prioridades para as soluções dos principais problemas de saúde, sem perder o foco da juridicização. Os dados sobre a atuação da Câmara nos permitem supor que a juridicização da saúde propicia a constituição de respostas concretas às necessidades deste direito por intermédio de uma vontade comum, que é pactuada com a convergência de diversos saberes e práticas. Esta cogestão se apresenta, por consequência, como um modo de gestão em equipe, próprio das sociedades democráticas, no qual o poder é compartilhado por meio de avaliações e decisões conjuntas, de modo a envolver os diferentes atores sociais que participam do processo. Isso, na leitura de Asensi (2010) reconfigura e tensiona a própria perspectiva de judicialização e chama atenção, de forma bastante clara, para as atuações extrajudiciais.

O âmbito extrajudicial vivenciado na Câmara inaugura e confere realce a outros personagens que, em virtude de suas estratégias de ação, são decisivos na efetivação do direito à saúde. Na experiência da Câmara destacamos a importância da participação dos atores das Secretarias Estadual e Municipal de Saúde e do Ministério, que conhecem suas respectivas realidades de saúde e capacidade e podem junto com os representantes das instituições jurídicas pensar e contruir práticas mais eficazes.

Na perspectiva habermasiana, há uma relação necessária entre direito e Estado, de modo que não seria possível pensar a produção e aplicação de normas jurídicas sem um poder administrativo correspondente que, em virtude de sua legitimidade, tenha a possibilidade de efetivar o direito. O direito legitima o Estado por meio de princípios jurídicos, ao passo que o Estado legitima o direito por meio de procedimentos de produção. Porém, faria mais sentido, aqui, tratar -se de uma forma mais ampla de Estado, que não se reduz à organização e funcionamento dos três Poderes, pois incorpora as mais variadas instituições jurídicas não somente como árbitras de conflitos, mas, fundamentalmente, como reconhecedoras e legitimadoras de direitos construídos na interface da esfera pública.

Em relação perspectivas dialógicas apresentadas por Bateup (2006) podemos inferir que num contexto de judicialização as teorias dialógicas quanto ao método judicial (Theories of Judicial Method) ganham mais destaque uma vez que trazem propostas mais prescritivas, que propõem critérios interpretativos que os juízes devem utilizar em casos constitucionais. Por outro lado, num contexto de juridicização tendem a ganhar relevo as teorias estruturais de diálogo (Structural Theories of Dialogue) que baseiam-se no reconhecimento de mecanismos institucionais ou políticos existentes nos sistemas constitucionais que permitem aos atores políticos responder às decisões judiciais em caso de desacordo. Ou seja, conforme já descrito, se concentram no processo institucional por meio do qual as decisões sobre o significado constitucional são tomadas, sugerindo que isso envolva a elaboração compartilhada de um significado constitucional entre o Judiciário e outros atores.

Nessa lógica, compreendemos que a própria forma como a saúde está escrita no texto constitucional, ou seja, como um direito fundamental de todos e o próprio desenho do SUS, como um sistema que prevê a cooperação solidária entre os três entes federativos e ainda possui instâncias regulamentadas de participação social, provocaram um alargamento do número de intérpretes do direito à saúde que, segundo Häberle, é uma consequência da incorporação da realidade ao processo de interpretação. Os intérpretes são assim, em sentido amplo, qualquer pessoa que faça parte dessa realidade que, no caso brasileiro, é bem

pluralista. Infere-se então que a norma não é um dado simples, tampouco perfeito ou acabado, mas algo que faz suscitar o problema de quem participa funcional e pessoalmente no seu desenvolvimento, ou seja, de quem vive sua realidade.

A judicialização de políticas públicas de saúde, em alguns casos, tem sido vista como a última alternativa para assegurar o exercício do direito à saúde, e, dessa forma, demandas por medicamentos, leitos de hospitais, consultas médicas, terapias, cirurgias e outros serviços de saúde. Iniciativas como a Câmara são importantes e provocam a diminuição das ações judiciais, no entanto, não podemos compreendê-la como porta principal de acesso ao sistema de saúde, mas como mais uma possibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das leituras e análises feitas, podemos compreender que o direito à saúde apesar de ser um direito legal não é uma realidade vivida por todos e permanece em construção. O crescimento da demanda judicial por bens e serviços de saúde contra ente público revela a força da definição constitucional da saúde como direito subjetivo, individual e coletivo, e da ampliação de instâncias e instrumentos democráticos de acesso por meio das instituições jurídicas. Mesmo com o avanço das políticas públicas, a via judicial é largamente utilizada para garantir e concretizar o direito. Se antes as reivindicações por melhoria das condições de saúde eram dirigidas às instâncias executivas e legislativas, o novo status da saúde trouxe a possibilidade do apelo à instância judicial.

É exatamente o caráter fundamental do direito à saúde que dá suporte fático à obrigação do Estado de cumprir com o dispositivo constitucional, mesmo na ausência de regulamentação ou de recursos previamente destinados a esse fim, pois em face da Constituição não devem prosperar entendimentos de que os direitos sociais, dentre eles a saúde, implicam em custo para o Estado. O que remete à definição de prioridades em face dos recursos escassos para desenvolver e implementar políticas públicas necessárias à garantia do direito à saúde, por meio da definição de prioridades e da escolha dos meios para sua realização, e ao Poder Legislativo, por meio da elaboração de leis, inclusive as orçamentárias, mas também ao Poder Judiciário, na sua obrigatória prestação jurisdicional de manter ou restaurar os direitos fundamentais, em caso de violação, da sociedade.

Esse trabalho nos permitiu compreender que os diálogos institucionais podem ser uma estratégia efetiva não só para fazer impacto a judicialização, mas principalmente, a nosso ver, para estimular a construção de respostas mais coerentes e factíveis para todos e para incentivar propostas de políticas públicas mais eficazes e condizentes com as necessidades das pessoas.

Percebemos alguns desafios na discussão do direito a saúde e nas estratégias que envolvam esforços de diálogos institucionais, dentre eles é a própria formulação conceitual do direito à saúde, que deve combinar perspectivas de diversos campos de conhecimento e práticas, constituídos por diferentes racionalidades. E outro, trazido mais fortemente pelo fenômeno da judicialização da saúde, requer compreensão mútua das racionalidades jurídicas, médicas e da saúde pública na aplicação do direito à saúde. Só a partir desta mútua compreensão é que se pode buscar uma concordância prática, e avançar na síntese de dimensões necessárias e diversas do direito à saúde.

Os conflitos de interesses que envolvem essas definições sobre o que deve ser ofertado, e como devem ser partilhadas as responsabilidades e os deveres da assistência à saúde entre os entes federativos, tornam-se mais densos no sistema brasileiro que impõe à solidariedade desses entes, a universalidade, integralidade e gratuidade desta assistência a todos os cidadãos. O resultado é uma forte discussão sobre a legitimidade e a legalidade (inclusive constitucional), sobretudo, dos critérios de inclusão e exclusão de produtos de saúde no sistema público, e da definição dos sujeitos de direitos elegíveis para o acesso a esses recursos, estabelecidos pela Administração Pública. O cerne da problemática é a validade e aceitabilidade da justificativa ética, legal e sanitária dessas limitações, materializadas nas listas públicas de medicamentos, tabelas de procedimentos para atendimento na rede de assistência, entre outros, para o acesso aos recursos de saúde.

A consolidação da via judicial como alternativa de encaminhamento de reivindicações individuais sugere a existência de problemas referentes à absorção e condução das demandas coletivas desta natureza, pelos canais institucionais tradicionais do Executivo e Legislativo. O direito reclamado pode ser uma nova terapêutica, não ofertada no SUS, ou uma falha ou deficiência no acesso a prestações ofertadas. Não descartando que as reivindicações de bens e serviços de saúde ofertados/previstos expõem as deficiências na prestação de serviço estatal. Em síntese, pode-se dizer que este tipo de demanda judicial expressa problemas de desempenho dos sistemas de saúde associada à oferta.

Desse modo, podemos ter a judicialização também como um instrumento de avaliação do sistema de saúde. Esse aspecto positivo do fenômeno consiste em um possível efeito impulsionador do Executivo, no sentido de ampliar algumas ações e programas de saúde, na tentativa de minimizar o peso das principais demandas judiciais, como aquelas de Assistência Farmacêutica. A materialização do direito à proteção da saúde resulta, por certo, não apenas da atuação eficaz do Poder Judiciário, cujo respaldo é absolutamente relevante, mas de um momento de conscientização e compromisso pulverizado com os direitos fundamentais. É nesse sentido que assumem especial relevo as iniciativas de intersetorialidade.

Ao analisarmos os dados sobre a atuação da Câmara ao explorarmos e buscarmos compreender o que de fato eles querem dizer nos deparamos com alguns questionamentos:

- Ao se criar a Câmara como porta de entrada para via judicial, podemos até diminuir o número de ajuizamentos, no entanto esse movimento não diminui a atuação, das instituições jurídicas, ao contrário, há um reforço a participação delas por meio da juridicização da saúde.

- Ao observar-se a crescente capacidade de resolução administrativa dos litígios, nos questionamos o porquê de não terem sido resolvidos diretamente no SUS. Também nos questionamos sobre o que seria essa resolução, uma vez que demandas simples exigem menos esforços de negociação e demandas mais complexas, por consequência, sugerem necessidade de mais esforço na negociação.
- Compreendemos que as demandas que chegam a Câmara são complexas, mas tendem a se reduzir no acesso de determinado produto de saúde, ou seja, naquela necessidade de saúde que o usuário identifica a partir de sua relação com os serviços de saúde. Deste modo, não podemos deixar de pensar o quanto essas práticas reforçam a perspectiva individual da judicialização e que estratégias poderiam ser utilizadas para estimular melhorias para coletividade, uma vez que determinado volume de pedidos semelhantes sugere que algo não vai bem no sistema de saúde e que deve ser qualificado. Esses dados podem demonstrar para a gestão do SUS que algo não vai bem na rede.

Nessa direção, retornamos ao nosso problema de pesquisa e afirmamos que o diálogo institucional não é só uma via para efetivação do direito à saúde, mas uma consequência do própria desse direito, de seu desenho jurídico político no Brasil e da realidade de saúde das pessoas. Deste modo, corroboramos com o pressuposto de o diálogo entre as instituições jurídicas e políticas se coloca como uma alternativa ponderada favorável ao equilíbrio entre a efetividade das disposições constitucionais e o direito vivido pelas pessoas.

Esse trabalho nos suscitou mais questionamentos do que tínhamos no início dele, assim pretendemos, a partir de pesquisas futuras, dar seguimento a busca de compreensão de quais são as estratégias de trabalho na Câmara e como essa conversa com a Atenção Básica, coordenadora do cuidado no SUS.

REFERÊNCIAS

ASENSI, F. D. **Indo além da judicialização : O Ministério Público e a saúde no Brasil.** Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010. 206 p.

_____. Direito a saúde: três propostas para um direito material materialmente concebido. In: PINHEIRO, R; SILVA JUNIOR, A. G. (Org.). **Cidadania no cuidado: o universal e o comum na integralidade das ações de saúde.** Rio de Janeiro: CEPESC/IMSUERJ/ABRASCO, 2011. 344p.

_____. O direito a saúde no Brasil. In: ASENSI, F.D; PINHEIRO, R (Org.). **Direito Sanitário.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 614p.

_____. Judicialização talvez possa salvar o SUS. In: PINHEIRO, R; MÜLLER NETO, J. S; TICIANEL, F. A; SPINELLI, M. A. S; SILVA JUNIOR, A, G. (Org.). **Construção social da demanda por cuidado: revisitando o direito à saúde, o trabalho em equipe os espaços públicos e a participação.** Rio de Janeiro: CEPESC/IMSUERJ/ABRASCO, 2013. 304p.

ASENSI, F. D; PINHEIRO, R. Judicialização e juridicização da saúde no Ministério Público: um estudo de caso. In: ASENSI, F.D; PINHEIRO, R (Org.). **Direito Sanitário.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 614p.

_____. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. 142 p.

_____. “A saúde é diferente”: experiências inovadoras das instituições jurídicas na efetivação do direito à saúde. In: PINHEIRO, R; GERHADT, T; ASENSI, F.D (Org.). **Vulnerabilidades e resistências na integralidade do cuidado: pluralidades multicêntricas de ações, pensamentos e a (re)forma do conhecimento.** Rio de Janeiro: CEPESC/IMSUERJ/ABRASCO, 2017. 415p.

BAPTISTA, T. W. F. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: MATTA, G. C.; PONTES, A. L. M. (Org.). **Políticas de Saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde.** Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. 284p.

BATEUP, C.. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogu. **Brooklyn Law Review**, vol. 71, 2006. Disponível em: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1> Acesso em: Fevereiro/2018

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei no 8.080/90. Brasília: Diário Oficial da União, 1990a.

_____. Lei n. 8.142/90. Brasília: Diário Oficial da União, 1990b.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/11896:portaria-n-650-de-20de-novembro-de-2009>. Acesso em 14/12/2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>. Acesso em 14/12/2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>. Acesso em 14/12/2018

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322recomendacoes-do-conselho/15073-recomendacao-n-36>. Acesso em 14/12/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública nº 04.** Sessão de abertura. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf> Acesso em 10/02/2019.

CASTRO, M. F. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, n.34, 1997.

DALLARI, S. G. Direito a saúde. In: **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n 22, p. 57-63, 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf> Acesso em 04/06/2018

_____. Direito Constitucional à saúde. In: ASENSI, F.D; PINHEIRO, R (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 614p.

SCOREL, S. **Os Dilemas da Equidade em Saúde: aspectos conceituais**. Organização Pan-Americana da Saúde, Brasília. 2001. Disponível em: www.bvseps.epsjv.fiocruz.br/lildbi/docsonline/get.php?id=712. Acesso em: 30 jul. 2007.

Gil, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas S.A, 2008. 200p.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, J. **Teoria do agir comunicativo**. Trad. Paulo Astor Soethe e Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, v1, 2012a.

_____. **Teoria do agir comunicativo**. Sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012b. v. 2.

- KLEMME, H. F. Esperança de justiça: Habermas e o Projeto da Modernidade. In: **Reconhecimento, direito e discursividade em Habermas**. MARTINS, C. A.; POKER, J. G. (Org.). São Paulo: Fap-Unifesp, 2014. 448 p.
- MACHADO, F. R. S; DAIN, S. Direito e saúde: contribuições para o estudo da judicização In: ASENSI, F.D; PINHEIRO, R (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 614p.
- MACHADO, F. R. S. Algumas interfaces do direito à saúde. In: PINHEIRO, R.; SILVA JÚNIOR, A. G. DA (Eds.). **Cidadania no cuidado: o universal e o comum na integralidade das ações de saúde**. 1ª ed. Rio de Janeiro: IMS/UERJ - CEPESC, 2011. p. 85–100.
- MACIEL, D. A; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p.113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf> Acesso em 24/01/2018.
- MARTINS, C. A.; POKER, J. G. Apresentação. In: **Reconhecimento, direito e discursividade em Habermas**. MARTINS, C. A; POKER, J. G. (Org.). São Paulo: Fap-Unifesp, 2014. 448 p.
- MARTINS, C. A. Hermenêutica e Normatividade. In: **Reconhecimento, direito e discursividade em Habermas**. MARTINS, C. A; POKER, J. G. (Org.). São Paulo: Fap-Unifesp, 2014. 448 p.
- MATTA, G. C. Princípios de Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, G. C.; PONTES, A. L. M. (Org.). **Políticas de Saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. 284p.
- MATTOS, R. A. DE. Direito, necessidades de saúde e integralidade. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. DE (Eds.). **Construção Social da Demanda: direito à saúde, trabalho em equipe, participação e espaços públicos**. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ: ABRASCO, 2005. p. 33–46.
- MESSEDER, A. M; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUIZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brail. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.21, n.2, p. 525-534, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000200019 Acesso em 24/01/2018
- PANDOLFO, M.; DELDUQUE, M.C.; AMARAL, R.G. Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. **Revista Salud Pública**. 14(2): 340-349, 2012.
- PEPE, V. L. E; VENTURA, M. e OSÓRIO-DE-CASTRO. **Manual indicadores de avaliação e monitoramento das demandas judiciais de medicamentos**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ENSP, 2011, 56p.

- PEPE, V.L.E. et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, 15(5):2405-2414, 2010.
- PEREIRA, J.R et al. Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. **Ciência & Saúde Coletiva**, 15 (Supl.3): 3551-3560, 2010.
- PINHEIRO, R. Saúde pelos sanitaristas: o Sistema Único de Saúde sob a ótica do princípio universal da integralidade das ações. In: ASENSI, F.D; PINHEIRO, R (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 614p.
- PINHEIRO, R. et al. Demanda em Saúde e Direito à Saúde: Liberdade ou Necessidade? Algumas Considerações Sobre os Nexos Constituintes das Práticas de Integralidade. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. DE (Eds.). **Construção social da demanda: direito à saúde, trabalho em equipe, participação e espaços públicos**. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ: ABRASCO, 2005. p. 11–31.
- REPA, L. Encolhimento da moral, abertura para política: diferenciação discursiva e falibilismo em Habermas. In: **Reconhecimento, direito e discursividade em Habermas**. MARTINS, C. A; POKER, J. G. (Org.). São Paulo: Fap-Unifesp, 2014. 448 p.
- SARLET, I. W. **A eficiência dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SOARES, F. D. **A atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) na resolução extrajudicial dos conflitos sanitários: um estudo dos anos de 2014 a 2016**. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa) – Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017, 102f.
- VASCONCELLOS, L. C. F.; OLIVEIRA, M. H. B. . Direito e Saúde. Aproximações para a Demarcação de um Novo Campo de Conhecimento. In: Maria Helena Barros de Oliveira; Luiz Carlos Fadel de Vasconcellos. (Org.). **Direito e Saúde: um campo em construção**. 1ªed.Rio de Janeiro: Ediouro, 2009 , p. 11-36.
- VENTURA, M. et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 20 [1]:77-100, 2010
- VIEIRA, F.S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Rev Saúde Pública**; 41(2):214-22, 2007.
- WANG, D. W. L. Poder judiciário e políticas públicas de saúde: participação democrática e equidade. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**. V.14, n. 54 Jan/Junho de 2009.
- World Health Organization (WHO). **The World Health Report 2000: Health Systems, Improving Performance**. Genova: WHO; 2000.