



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro Biomédico

Instituto de Medicina Social

Felipe Rangel de Souza Machado

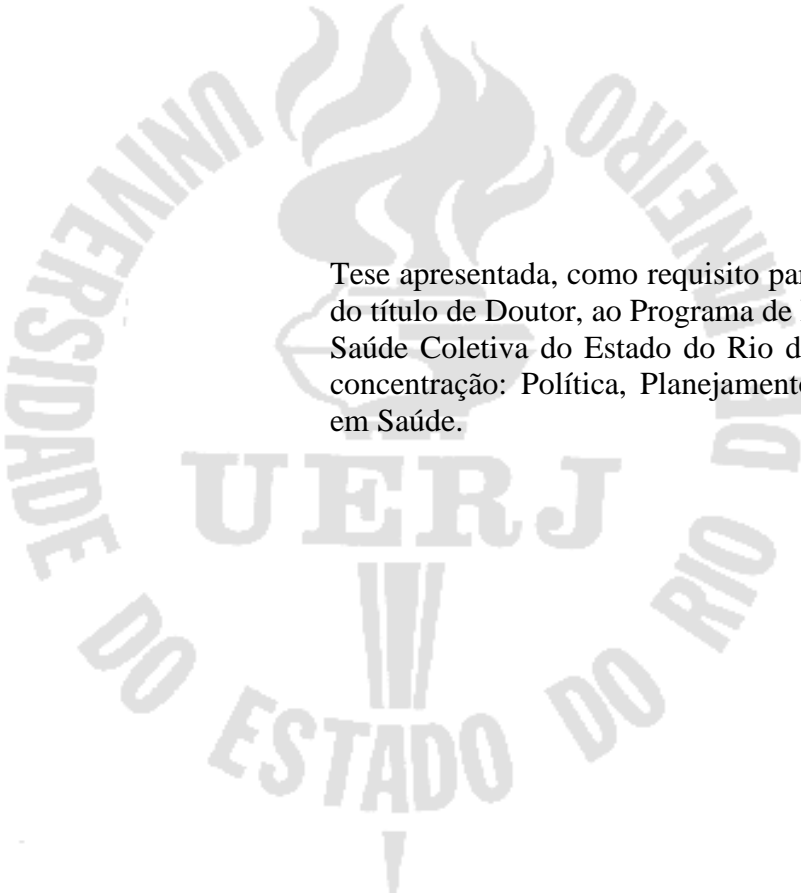
A judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias

Rio de Janeiro

2010

Felipe Rangel de Souza Machado

A judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias



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

Orientador: Prof^a. Dr^a. Sulamis Dain

Rio de Janeiro

2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/CBC

M149 Machado, Felipe Rangel de Souza.

A judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias /
Felipe Rangel de Souza Machado. – 2010.
185f.

Orientadora: Sulamis Dain.

Tese (doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Instituto de Medicina Social.

1. Direito à saúde – Brasil – Teses. 2. Poder judiciário e questões
políticas – Brasil – Teses. 3. Política de saúde – Brasil – Teses. 4.
Saúde pública – Financiamento – Brasil – Teses. 5. Democracia –
Teses. 6. Federalismo – Brasil. I. Dain, Sulamis. II. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Medicina Social. III. Título.

CDU 614.253.83(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta
tese.

Assinatura

Data

Felipe Rangel de Souza Machado

A Judicialização da Saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias

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

Aprovado em 12 de abril de 2010.

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Sulamis Dain (Orientadora)
IMS – UERJj

Prof. Dr. George Edward Machado Kornis
IMS – UERJ

Prof^a. Dr^a. Rosângela Caetano
IMS - UERJ

Prof^a. Dr^a. Argelina Maria Cheibub Figueiredo
IUPERJ

Prof^a. Dr^a. Vera Lúcia Edais Pepe
ENSP - Fiocruz

Rio de Janeiro

2010

AGRADECIMENTOS

Terminar uma tese é uma alegria tão grande que, quando ouvi há pouco a clássica pergunta “e aí, quando você termina?”, fiquei sem resposta. Respondi tantas vezes esta pergunta à família, aos amigos e aos colegas de trabalho, cada vez explicando o prazo e como andava meu trabalho. Mas desta vez foi diferente. Utilizei pela primeira vez o verbo no passado: “terminei!”.

Devo confessar que encontrei muitas dificuldades no percurso deste doutorado: mudança de tema, mudança de rumo, barreiras para o desenvolvimento da pesquisa, falta de tempo, desânimo, desestímulo... Alguns percalços estão descritos na metodologia, outros ficarão apenas em minha lembrança e na daqueles mais próximos, que me incentivaram e fizeram-me continuar.

A primeira barreira foi rompida a partir do encontro com minha orientadora, Sulamis Dain. Agradeço a confiança que depositou em mim e em meu trabalho. Posso afirmar que Sulamis foi ao cerne da idéia de orientador. Ela me serviu de guia, de condutora. Indicou-me os caminhos corretos e foi, para mim, modelo de seriedade e de qualidade do trabalho. Conduziu-me tão bem, que hoje posso apresentar esta chusma de páginas e páginas, superando minhas próprias expectativas. Certamente este não é um trabalho acabado e sem falhas, nem é esta minha concepção de tese. O que ora apresento como tese é fruto de um trabalho árduo, longo e sofrido e, portanto, muito mais gratificante. Divido toda esta satisfação com minha querida orientadora e com tantas outras pessoas importantes às quais passo a me referir neste momento.

Dois amigos me foram de fundamental importância nesta trajetória, pois se constituíram como meus principais interlocutores intelectuais. Ouviram minhas angústias, minhas lamúrias e souberam me ajudar a encontrar soluções onde eu só via dificuldades. Ao Zé Victor e ao Márcio Grijó tenho profunda gratidão pelas preciosas contribuições e pelo apoio incondicional que me deram.

Devo também agradecimento a algumas outras pessoas que me ajudaram ao longo desta tese. Bruno Boquimpani me abriu algumas portas, quando elas insistiam em se manter

fechadas. Vera Pepe e Mirian Ventura me ajudaram a encontrar caminhos e vislumbrar uma luz no fim da tese! Minha virada temática de ações individuais para as Adins se deu por uma conversa com a Mirian. Fátima Scarparo e Renan Pessanha conheci já no final desta jornada, mas foram fundamentais para a conclusão deste trabalho, apresentaram-me e habilitaram-me no informatiquês do Atlas.ti. Thiago Magalhães me auxiliou na visualização e desenho da linha do tempo.

Ao IMS devo muita estima e consideração. Os funcionários da secretaria, da biblioteca e da informática me acolheram muito bem desde os tempos de estagiário, e os professores me guiaram nos caminhos tortuosos do pensamento e me ajudaram a constituir como pesquisador.

Sou muito grato a Rita, minha irmã, que fez uma revisão apurada e rápida desta tese, mesmo sem o tempo adequado e necessário para um trabalho tão minucioso como este.

O Laborat me deu apoio incondicional para a confecção deste trabalho. Agradeço a todos os companheiros que seguraram a barra quando fui ausente, que souberam me esperar e que me deram força para terminar. Agradeço a todos: Ana Lúcia, Alda, Arlinda, Márcia Valéria, Carlos Maurício, Vera Joana, Mariana, Gustavo, Carla, Camila, Cecília, Daniel, Marco Aurélio, Pilar, Melissa, Nina, Luciana e Raphael. Contudo, devo agradecimento especial a Angélica que me incentivou a manter um tema que vinha enfraquecendo dentro de mim e fez-me acreditar (após falar por duas horas) que um trabalho como este era possível.

Aos amigos agradeço pelo apoio e pelos momentos de diversão. Devo citar pessoas importantes como Xandão e Paulinha, Michel, Zé Victor e Juliana, Augusto, Francini e Felipe, Miguel, Márcio, Verônica, Grasielle e Mozart, Camila CB, Camila Borges, Bruno Zilli, Bruno Stelet, Ana Lúcia e Tatiana, que estiveram comigo ao longo destes últimos anos. Agradeço também a estima de dois grandes e históricos amigos: Paulinho e Deuci, com quem pude compartilhar, ao longo de minha vida, idéias e pensamentos libertadores.

Agradeço à família linda que tenho: minha querida sogra Solange, e cunhadas Marina, Patrícia, Renata, meus concunhados e prezados amigos Henrique e André, meus sobrinhos encantadores Lucas e Manuela, esta, minha afilhada querida.

Agradeço aos meus irmãos Levi e Rita. Sempre me apoiaram e estimularam em tudo nesta vida. Compartilhamos os momentos mais difíceis desta vida juntos. E assim permaneceremos, como uma família que se apóia e se ama. Isto é fundamental para mim.

Aos meus pais devo mais que agradecimentos, devo quem eu sou. São as pessoas mais batalhadoras que conheci em minha vida. Agradeço pela firmeza no pensamento que herdei, agradeço a honestidade e honradez com que me ensinaram a encarar a vida. Estimo sobremaneira a dignidade e a perseverança de suas vidas, são exemplos de virtude e ideal de vida para mim. Agradeço por terem aberto mão de tantas coisas em suas vidas para que eu e meus irmãos pudéssemos estudar e nos desenvolver. Admiro-os e, sobretudo, amo-os demais.

À Marcela agradeço por tudo. Por me amar. Por me permitir amá-la. Por me fazer feliz. A ela devo esta tese e a ela dedico este trabalho. Minha companheira incansável e fonte de inspiração. Se não fosse tanto apoio, compreensão, amizade, carinho... nenhuma dessas páginas teria sido escrita por mim. Amo você.

Diante da lei está parado um porteiro. Um homem do campo chega até esse porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que ele não pode permitir sua entrada naquele momento. O homem reflete e pergunta, em seguida, se ele poderá entrar mais tarde. "Até é possível", diz o porteiro, "mas agora não". Uma vez que a porta para a lei está aberta como sempre, e o porteiro se põe de lado, o homem se acocora a fim de olhar para o interior. Quando o porteiro percebe o que está acontecendo, ri e diz: "Se te atraí tanto, tenta entrar apesar da minha proibição. Mas nota bem: eu sou poderoso. E sou apenas o mais baixo entre os porteiros. A cada nova sala há novos porteiros, um mais poderoso do que o outro". (...)

Tais dificuldades o homem do campo não havia esperado; uma vez que a lei deveria ser acessível a todos e sempre (...). Ele faz várias tentativas no sentido de que sua entrada seja permitida (...). Durante os vários anos, o homem observou o porteiro quase ininterruptamente. Ele esquece os outros porteiros, e aquele primeiro lhe aparece ser o único obstáculo à entrada na lei. (...).

Por fim, a luz de seus olhos se torna fraca, e ele não sabe mais se em volta dele tudo está ficando escuro de verdade ou se são apenas seus olhos que o enganam. Porém, agora ele reconhece no escuro um brilho que irrompe inextinguível da porta da lei. Antes de sua morte, todas as experiências do tempo que por lá ficou se reúnem na forma de uma pergunta em sua cabeça, uma pergunta que até então não havia feito ao porteiro.(...) "Se todos aspiram à lei", diz o homem, "como pode que em todos esses anos ninguém a não ser eu pediu para entrar?" O porteiro reconhece que o homem já está no fim, e no intuito de ainda alcançar seus ouvidos moribundos, grita com ele: "Aqui não poderia ser permitida a entrada de mais ninguém, pois essa entrada foi destinada apenas a ti. Agora eu vou embora e tranco-a".

Franz Kafka

RESUMO

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. *A Judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias*. 2010. 185f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

A Constituição Federal de 1988 assegura a saúde como “direito de todos e dever do Estado”. Entretanto, tal direito não vem sendo garantido na prática. A partir da constatação dessa contradição, alguns grupos da Sociedade Civil têm buscado na Justiça a materialização de seus direitos até então abstratos. A recente inserção do Poder Judiciário no campo da saúde pode ser percebida como uma forma de “judicialização da política”. O termo, entretanto, carece de uma definição mais clara, que permita identificar mais precisamente a profundidade deste fenômeno no Brasil. Na análise da judicialização, é possível perceber duas correntes de pensamento distintas: uma que vê no ativismo político do judiciário um empecilho para o desenvolvimento da cidadania, ou seja, uma forma de acirrar as assimetrias sociais, e outra que atribui a este fenômeno uma forma de ampliação da própria cidadania. O campo da saúde brasileiro tem indícios para subsidiar ambos os argumentos. Para tanto, deve-se analisar a judicialização sob dois enfoques: o individual e o coletivo. Cada uma dessas perspectivas enseja formas de atuação distintas e sujeitos diferenciados. Assim, a judicialização da saúde, inicialmente requerida de forma individual e restrita à primeira instância do Judiciário, acabou ganhando novos contornos e exigindo um debate mais profundo, inclusive com a entrada da instância máxima deste poder: o Supremo Tribunal Federal. Esta inserção ganhou maior relevância a partir da convocação de uma Audiência Pública para discussão dos rumos da judicialização da saúde no Brasil. Esta Audiência foi exemplar, pois reuniu os principais interessados ou na continuação deste fenômeno ou em sua restrição. Além disso, ressalta-se a importância que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins) vêm ganhando na definição dos rumos das políticas de saúde no Brasil. Deve-se enfatizar que a abertura presente nos textos legais da Lei 8080/90 e da EC29 tem propiciado muitas das ações no STF votadas para a área da saúde. Tais ações demandam desta instituição o preenchimento das lacunas legais existentes. É possível perceber que muitas Adins ajuizadas no STF têm como pressuposto algum conflito federativo, sobretudo devido ao formato concorrente de maior parte das políticas sociais brasileiras. Neste sentido, discutir a judicialização à luz dos conflitos federativos constitui uma forma de ampliação e qualificação do debate. A metodologia adotada na presente tese baseou-se na análise das falas públicas realizadas durante a Audiência Pública da Saúde e do estudo de caso de quatro Adins selecionadas.

Palavras-chave: Judicialização. Política de Saúde. Direito à Saúde. Democracia. Financiamento do Sistema Único de Saúde. Federalismo.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 assures that health “is a right of all and a duty of the State” (article 196), however, in reality, this right is not being guaranteed. By realizing this contradiction, some civil groups seek, on the Legislation, the materialization of their rights that still remain an abstraction. The recent insertion of Judicial Power on health issues can be interpreted as a means of “politics Judicialization”. The term, however, lacks a clearer definition that would allow a proper identification of this phenomena’s depth in Brazil. In the analysis of this process two different trends of thought can be perceived, one that sees political activism on the part of the judiciary as a problem to the development of citizenships, or in other words, a means of enhancing social asymmetries; and another that sees this phenomena as a way of expanding these rights. Health issues in Brazil can sustain both arguments. Because of that, the Judicialization process must be analyzed by two approaches: the individual and the collective. Each perspective mobilizes diverse actions and actors. Thus, health Judicialization, at first individually required and restricted to the judiciary’s first instance, gained new features and demanded a more complex debate, engaging this power’s maximum instance: the Supreme Federal Court. This process became more relevant since the convocation of a Public Audience aiming to discuss the future of health Judicialization in Brazil. This Audience was exemplary, since it counted with the presence of the main actors both in favor of this phenomena’s continuation and those against it. Furthermore, the importance of the Direct Lawsuit of Constitutional Judicial Review (abbreviated as Adins) is highlighted in the definition of decisions about health policies in Brazil. It’s important to emphasize a breach on the juridical texts of Law 8080/90 and EC29 that helps many actions on the Supreme Federal Court voted in favor of health issues. Such actions demand this institution to fill in the existing legal breaches. Many Adins filed on the Supreme Federal Court presume some federal conflict, especially considering the concurrent format of most Brazilian social policies. In this sense, discussing Judicialization in the light of federative conflicts is a way of broadening and qualifying this debate. This thesis adopts the methodology based on the analysis of public speeches that took place during the Health Public Audience and the case study of four selected Adins.

Key-words: Judicialization, Health Policies. Health Rights. Democracy. Financing of the Unified Health System. Federalism.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Esquema 1 - Fluxo do processo judicial.....	45
Esquema 2 - Fluxo causal da demanda judicial.....	63
Quadro 1 - Entidades da Sociedade Civil	98
Gráfico 1 - Distribuição das Adins segundo item analítico	99

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 -	Distribuição das Adins segundo Tipo de Norma Contestada por Ano	95
Tabela 2 -	Distribuição das Adins por Unidade Federativa	96
Tabela 3 -	Frequência das Adins segundo autores	97
Tabela 4 -	Decisão de concessão de liminares por grupo de proposição	100
Tabela 5 -	Decisão Monocrática por grupo de proposição	101
Tabela 6 -	Taxa de sucesso na concessão de liminares por grupo de proposição	102
Tabela 7 -	Decisão Final por grupo de proposição	102
Tabela 8 -	Taxa de sucesso na decisão final por grupo de proposição	103
Tabela 9 -	Taxa de pronunciamento do STF por grupo de proposição	103
Tabela 10 -	Porcentagem de Adins por item analítico	104
Tabela 11 -	Porcentagem de Adins por proponente	105

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Adin	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Adins	Ações Diretas de Inconstitucionalidade
ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia-Geral da União
Alerj	Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro
Ampasa	Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde
ANC	Assembléia Nacional Constituinte
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AP	Audiência Pública
CF	Constituição Federal
CMJ	Central de Recebimentos de Mandados Judiciais
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
CONASS	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CNS	Conselho Nacional de Saúde
EC 29	Emenda Constitucional nº 29
FECF	Fundo de Erradicação e Combate à Pobreza e Desigualdades Sociais
FES	Fundo Estadual de Saúde
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
LOS	Lei Orgânica da Saúde
MP	Ministério Público
MP	Medida Provisória
MPF	Ministério Público Federal
MS	Ministério da Saúde
NOB	Norma Operacional Básica
NOAS	Norma Operacional de Assistência à Saúde
PEAA	Programa Estadual de Acesso à Alimentação
RE	Recurso Extraordinário
SES	Secretaria Estadual de Saúde
SESDEC	Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil
Siops	Sistema de informações sobre orçamentos públicos em saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
UF	Unidade Federativa

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS	19
1.1	Objetivos	19
1.2	Percursos (ou percalços?) Metodológicos	20
1.3	Análise das Adins	25
1.4	Tipologias Construídas	29
1.4.1	<u>Núcleos Argumentativos</u>	29
1.4.2	<u>Itens Analíticos</u>	33
2	A ATUAÇÃO DO DIREITO NO CAMPO DA SAÚDE	38
2.1.1	<u>Aspectos históricos da atuação do Judiciário no Brasil</u>	41
2.1.2	<u>Formas de atuação do Judiciário</u>	43
2.1.3	<u>Elementos teóricos para compreensão do fenômeno da judicialização</u>	46
2.1.4	<u>Eixos principais de interpretação da judicialização</u>	50
2.1.5	<u>Críticas à Judicialização</u>	54
2.1.6	<u>As ações no STF</u>	56
2.2.1	<u>As demandas judiciais em saúde</u>	62
2.2.2	<u>Judicialização e democracia</u>	66
3	A AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE: ARGUMENTOS EM DISPUTA	69
3.1	A utilização dos núcleos argumentativos	73
4	MAPEAMENTO DAS ADINS NA ÁREA DA SAÚDE	93
4.1	Caracterização das Adins	93
5	ANÁLISE DAS ADINS	109
5.1	Considerações sobre o artigo 4º da Lei 8080/90 e sobre a EC 29	114
5.2	Considerações sobre o ano de 2003 no Estado do Rio de Janeiro	118
5.2.1	<u>A ADI 3088</u>	121
5.2.2	<u>A lei 4179/2003</u>	127
5.3	A Resolução 322 do CNS	129
5.3.1	<u>A ADI 2999</u>	133
5.4	Judicialização e Federalismo	141
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	144
	REFERÊNCIAS	153
	APÊNDICE A – Posicionamento em relação ao fenômeno da judicialização da saúde	161
	APÊNDICE B – Planilha de Dados	174
	APÊNDICE C – Linha do Tempo	183
	APÊNDICE D – Relação dos <i>Amicus Curiae</i> aceitos na ADI 2999	184

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleceu um significativo avanço na democratização do país. Marco principal de décadas de lutas, traz em seu escopo jurídico-legal a afirmação da cidadania. Mais do que apenas liberdades civis, esta cidadania inclui diversas ações que devem ser prestadas pelo Estado. Exemplo disso é o texto do artigo 196 da Constituição que assegura a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Numa primeira aproximação, tal assertiva pode parecer algo natural. No entanto, nenhuma obviedade cabe na apreciação deste breve artigo. Historicamente, o Estado brasileiro não garantiu à grande parte de sua população o direito ao acesso aos serviços e bens de saúde.

A recente Carta Magna brasileira foi responsável por uma significativa mudança nos padrões de relacionamento entre Estado e sociedade. Exemplo maior disto foi a assunção de um ideário universalista presente na Constituição, diferente de um padrão patrimonialista autoritário próprio da República brasileira que se estendeu até então. Isto, no entanto, não significou uma ruptura automática e total com os padrões anteriores, acenou apenas com um sinal de mudança que deveria ser confirmado posteriormente. Certamente houve muitos avanços nas questões sociais, mas não é possível afirmar que as práticas de apropriação do público pelo privado, comum aos períodos anteriores, tenham sido extirpadas por completo do cenário público nacional. Não é tarefa desta tese examinar esta cultura pregressa impregnada no Estado Brasileiro, ela está limitada a apontar alguns avanços e a discutir as potencialidades que o novo regime constitucional trouxe para o Brasil.

O capítulo II do título VIII da Constituição Federal talvez represente um dos maiores avanços no que diz respeito ao tratamento das questões sociais no Brasil. Se antes a idéia de direito social era intrinsecamente associada a relações formais de trabalho, agora ela é parte da própria cidadania – fundamento de nosso Estado Democrático. A idéia de Seguridade Social rompe com a tradição brasileira presente até então e impõe a necessidade de atuação do Estado na garantia do bem estar da população. “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art.194).

O ineditismo da proposta está em sua concepção universalista que conjuga três setores vistos como distintos até então: saúde, previdência e assistência social. A inclusão da idéia de Seguridade Social na Constituição teve como base a assunção de princípios democráticos próprios ao momento de reabertura política que vivia o Brasil. Uma posição extemporânea se comparada ao resto dos países capitalistas. O Brasil ingressou na seara dos direitos sociais em meio à contra-reforma neoliberal que vivia os EUA e a Europa, sobretudo a Inglaterra. Não à toa, na década seguinte, o Brasil enfrentou forte refluxo na concepção dos direitos sociais com a assunção à Presidência da República de Collor de Mello. Tal refluxo foi também um reflexo da fragilidade da proposta que foi o único consenso possível no momento da Assembléia Nacional Constituinte (ANC). Contudo, os princípios que conformaram a inserção do ideário de uma Seguridade Social na Constituição permanecem até hoje presentes no texto legal (sobreviveram às sucessivas emendas constitucionais), e muitas vezes têm servido como base para a atuação de diversos grupos da sociedade civil que evocam estes princípios já esquecidos¹, ou, quiçá, propositalmente postos de lado.

Mesmo após duas décadas da promulgação da Constituição que garantiu a universalização de direitos sociais, “o Orçamento da Seguridade Social que os consagraria nunca se materializou”, frustrando parte da “dimensão universalizante do projeto da Seguridade Social brasileira, pelo desrespeito à destinação constitucional da receita das contribuições sociais (DAIN, 2000, p.109). Mas, ainda assim, houve expressivo avanço “no acesso aos serviços de saúde, sendo também muito significativa a elevação do valor das aposentadorias dos trabalhadores rurais (...) para o piso do sistema previdenciário” (idem). Neste sentido, pode-se dizer que o Sistema Único de Saúde (SUS) constitui um dos principais avanços no que diz respeito ao desenvolvimento de políticas públicas de caráter universalista.

Apesar da tentativa de desmonte e sucateamento dos serviços públicos, implementada no bojo do processo de remodelação neoliberal do estado brasileiro a partir do governo Collor de Mello, o SUS manteve-se como uma política consistente. Todavia, ainda resta um longo caminho pela frente para a efetiva materialização dos preceitos constitucionais relativos à saúde pública no Brasil. É nesse sentido que a discussão em torno dos limites e possibilidades do SUS – concretamente, uma das mais completas e consistentes propostas de política pública social já implementadas no Brasil – tem evoluído e se aprofundado.

¹ Importante ressaltar que embora prevista na Constituição, a idéia de Seguridade Social existe mais como letra morta do que efetivamente como princípio orientador das políticas. Entretanto, ainda assim, um recente movimento tem buscado uma nova hermenêutica constitucional a respeito desses princípios orientadores. Este tema será tratado ao longo da presente tese.

Tais limites encontrados pelo SUS evidenciam a seguinte contradição: a própria “Constituição Cidadã”, assim declarada no ato de sua proclamação, tem como finalidade garantir direitos coletivos na área da saúde que, na prática, não são assegurados plenamente. A partir desta contradição, diversos grupos da sociedade têm buscado a materialização desses direitos, articulando novas estratégias de luta no Campo do Direito². Esta esfera tem se apresentado como meio efetivo de superação da contradição mencionada entre os direitos constitucionais, até então abstratos, e as práticas concretas das políticas públicas de saúde.

A possibilidade das práticas jurídicas servirem como meio de luta para a afirmação de direitos sociais deve ser compreendida a partir da própria formulação deste Campo. Mais que isso, deveríamos remontar à própria noção de Estado e compreender o papel central que as formas jurídicas passaram a assumir para, em seguida, chegarmos à definição de Estado de Direitos. Tal percurso não poderia alhear-se à definição de Montesquieu e Madison de tripartição dos poderes e da relação entre eles. Não consideramos, no entanto, que tal exposição, seja pertinente neste momento. Por esta razão, referir-se-á a estes temas apenas como suporte à discussão que será realizada.

Apoiado na teoria de Weber³, parte-se da idéia de que a constituição do Estado Democrático Moderno tem na forma jurídica um de seus pilares, pois é na linguagem específica deste Campo que as decisões políticas são expressas. O Judiciário tem seu alicerce assentado na interpretação das normas, tendo como função precípua a tomada de decisões sobre a conformidade, regularização e aplicação dos códigos legais. No entanto, cabe ressaltar que, apesar do Judiciário, que fechado em si mesmo e constituído num campo específico (o Direito) forje muitas vezes uma linguagem própria, o Direito é uma criação do Legislativo (Constituição, Códigos e Leis) e em alguns casos do Executivo (decretos, normas e portarias).

Não obstante tais funções, o Poder Judiciário passa, a partir do terceiro quarto do século XX, mais especificamente a partir do início do desmonte dos regimes de *welfare*, a ser argüido a respeito de direitos difusos e coletivos, tema não muito afeito à sua racionalidade intrínseca. No caso brasileiro, este processo é bem mais recente, inicia-se na década de 1990, devido, sobretudo, à abertura democrática pela qual passamos. A esse respeito é importante

² Utiliza-se aqui o conceito de Campo de Bourdieu (2000). Neste campo englobamos todas as instâncias jurídicas e judiciais e (justiça, Ministério Público), as leis e normas (Constituição, Legislações, Códigos, Normas, Decretos, etc.).

³ Para Weber (2000), a existência de um sistema legal racional baseado em uma Constituição possibilita a existência de mecanismos de interação social a partir dos quais as ações tornam-se previsíveis.

ressaltar que a possibilidade de atuação do Poder Judiciário deve-se, fundamentalmente, ao fato da Constituição brasileira ser um documento aberto a interpretações.

O consenso possível estabelecido naquele momento implicou na criação de leis amplas e, muitas vezes, vagas e indeterminadas. Vianna et al (1999) ressaltam que a ANC se desenvolveu sobre uma forte tensão entre grupos antagônicos que disputavam a inscrição de sua hegemonia no texto constitucional. Desta maneira, “deixava-se para o futuro a concretização dos valores e princípios positivados na Carta, na dependência do novo arranjo de forças subsequente ao processo democrático que a própria Constituição deveria inaugurar” (idem, p.41).

Os autores argumentam ainda que, nesta disputa hegemônica no interior da ANC, havia duas expectativas distintas. Uma acreditava que, assim como acontecera com a Constituição de 1946, a nova Carta teria um significado meramente simbólico. Um outro grupo de parlamentares constituintes apostava no papel que uma nova comunidade de intérpretes poderia vir a representar no controle abstrato das normas. Os mecanismos pensados para tanto foram a criação do Mandado de Injunção, da Ação Civil Pública (ACP), da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e da nova conceituação dada ao Ministério Público, que passaria a assumir a responsabilidade de defender a sociedade. O resultado da promulgação de nossa Carta Magna acompanhou a seguinte equação: quanto mais indeterminada for a Constituição, maiores serão os conflitos pela interpretação hegemônica, e maior será a discricionariedade do Poder Judiciário.

Esse novo papel atribuído ao Judiciário significou uma inevitável ampliação de sua atuação, processo que vem sendo denominado de judicialização. Conforme acepção de Taylor (2007, p.248), o Poder Judiciário desempenha um papel central no processo político, pois

“decide quais regras são legítimas e estão em concordância com as leis locais ou a Constituição, assim como quais ações (ou omissões) representam aberrações ou infrações. Como resultado, os tribunais influenciam o curso das políticas públicas: tribunais e juízes influenciam o tipo de políticas que são implementadas e julgam a legalidade dessas políticas dentro da sua visão das regras legais existentes e das normas e tradições vigentes”.

Tal excerto indica apenas uma de muitas faces da judicialização. Ao longo desta tese serão discutidos diversos aspectos da judicialização no Brasil, identificando as diferentes correntes de interpretação deste fenômeno. A “judicialização da política de saúde” não é um tema de estudo ainda estabelecido no cenário acadêmico. Por mais que nos discursos dos gestores de saúde estejam presentes referências a essa interação entre o Judiciário e as políticas de saúde, demonstrando que isto é uma questão a ser compreendida, não foi possível ainda

estabelecer uma corrente teórica e metodológica voltada especificamente a este tema. Grande parte da produção sobre a inserção do Judiciário no campo da saúde tem-se voltado para o que se denominará mais adiante de ‘dimensão individual’ da judicialização. Assim, esta tese discutirá teoricamente com os estudos voltados a esta dimensão para, em seqüência, propor sua ampliação a partir do estudo empírico da ‘dimensão coletiva’ da judicialização da saúde.

No **CAPÍTULO 1** é apresentado o referencial metodológico desta tese e o processo de sua construção. Optou-se por um estudo exploratório de cunho qualitativo. A análise baseou-se em documentos públicos disponibilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), não tendo sido necessária a submissão do projeto de tese ao Comitê de Ética em Pesquisa. Neste capítulo estão expostos os percalços que acabaram por conformar a linha de análise desta tese. Se, inicialmente, intentava-se discutir aspectos da judicialização nas primeiras instâncias do Judiciário, esta tese foi levada a debruçar-se sobre as questões do controle da constitucionalidade desempenhada pelo STF e sua interface com o fenômeno da judicialização.

No **CAPÍTULO 2** são apresentadas as principais correntes teóricas para a interpretação do fenômeno da judicialização e como estas foram apropriadas na literatura brasileira. Na seqüência, expõem-se as formas de atuação do Judiciário no Brasil e pondera-se sobre a utilização do termo ‘judicialização’ para denominar o que vem ocorrendo no campo da saúde. A partir desta discussão, debate-se sobre as interfaces entre a judicialização, o direito e a democracia. Esta discussão é permeada por uma análise do papel de cada Poder da República e sobre qual a repercussão disto para as divisões de poderes entre os entes federados no Brasil. Por último, propõem-se uma ampliação da esfera de estudos da judicialização de nível individual para o nível coletivo, a partir da atuação do STF no julgamento das Adins.

No **CAPÍTULO 3** são expostos os principais argumentos trazidos na Audiência Pública (AP) da Saúde convocada pelo STF. Participaram desta Audiência 50 personalidades, representantes de instituições com estreita ligação com o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. Esta exposição é fundamental para reconhecermos como se posicionam diversas instituições em relação ao debate da judicialização. É pública a disputa entre dois grupos antagônicos: o a favor da judicialização e o contra este fenômeno, representados, sobretudo, pelos gestores em saúde e pelos pacientes. Certamente o posicionamento de cada um desses grupos não é tão maniqueísta. Por este motivo a identificação dos argumentos e da sua organização durante os discursos é fundamental para compreender o posicionamento de cada orador em relação ao tema da judicialização.

O **CAPÍTULO 4** destina-se a apresentar o estado da arte da proposição de Adins no STF. Inicialmente, construiu-se um conjunto de itens analíticos que englobassem a diversidade temática das normas impugnadas. Em seguida, realiza-se uma série de proposições a respeito da utilização das Adins como um instrumento político e conclui-se que, entre outras coisas, este tipo de ação vem sendo utilizado pelos Estados como um instrumento para forçar um rearranjo de forças entre os entes federados, ou, simplesmente, buscar interpretações de legislações no STF que favoreçam os Estados territoriais.

No **CAPÍTULO 5** volta-se a atenção para os conteúdos das Adins selecionadas. Isto é importante na medida em que estudos semelhantes têm focado mais em análises quantitativas, as quais serviram de subsídio para esta tese. As Adins selecionadas referem-se à realidade do Estado do RJ, envolvem a discussão sobre os gastos realizados com recursos da Saúde em ações que não são consideradas como atividades fins da área da saúde, como as ações de saneamento básico, de geração de empregos e de combate à fome. Embora o estudo tenha se limitado às especificidades do Estado do RJ, ressalta-se que toda ação julgada pelo STF gera jurisprudência e tem efeito vinculante para os tribunais inferiores. Desta maneira, a busca por uma interpretação sobre o conceito de saúde, logo sobre as possibilidades de gasto com a saúde, não se limita ao território fluminense, mas a todo país.

As **CONSIDERAÇÕES FINAIS** retomam alguns aspectos da sociologia do direito e apontam para possíveis conseqüências da judicialização no Brasil. Reafirma-se que a judicialização é um fenômeno exclusivo da democracia, mas que, de certa forma, pode funcionar como uma ameaça à própria democracia. Não se pretende esgotar esta discussão e nem oferecer uma resposta que dê conta da totalidade deste fenômeno, indicando os rumos que a judicialização tomará no Brasil. Isto certamente não seria possível e nem é este o objetivo. A bibliografia internacional sobre o tema tem crescido diariamente, e isto vem sendo acompanhado pelo pensamento brasileiro. No entanto, esta literatura volta-se para a análise macro-política da judicialização. Nesta tese utiliza-se deste referencial para pensar as especificidades do setor saúde brasileiro, que por ser universal, ter a integralidade da atenção como um de seus princípios e administrar um volume de recursos enorme, congrega diversos fatores que facilitam o desenvolvimento da judicialização.

CAPÍTULO 1 – PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS

1.1. Objetivos

O objetivo geral desta tese é compreender como o STF tem atuado em relação ao tema da saúde, a partir da análise das decisões presentes no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins). O período sob análise compreende os 20 anos da promulgação da Constituição Federal (1988 a 2008). Além disso, visa identificar o posicionamento público de diversos setores da sociedade civil e do Estado a respeito da questão da judicialização. Interessa, sobretudo, compreender como os atores que participaram da Audiência Pública da Saúde no STF posicionam-se em relação ao tema da judicialização em saúde e das demandas judiciais em saúde. Isto é importante na medida em que as falas desta Audiência tiveram como propósito principal influenciar o padrão decisório que virá a ser adotado pelo STF nos casos em que se busque o direito à saúde por vias judiciais.

Além disso, visa-se identificar as Adins cujo conteúdo seja pertinente à área da saúde. Foram levantadas as 296 Adins que contém, em suas ementas, os descritores “saúde”, “medicamento”, “remédio”, “doença” e “patologia”. Estas Adins foram analisadas e excluídas aquelas que não dizem respeito especificamente à área da saúde. Este levantamento compõe o universo de Adins desta pesquisa. A partir destes dados, tentou-se traçar um quadro nítido das Adins da área da saúde que chegaram ao STF, identificando características tais como o condutor da ação, categorias temáticas a que se referem e decisão final (**APÊNDICE B**).

Assim, utilizando esses dados, pretende-se avaliar a postura do STF, se "ativa" ou de "não decisão", frente à totalidade das Adins incluídas no estudo, tendo por referência os itens analíticos estabelecidos na pesquisa. Tal verificação é importante porque lança luz ao papel institucional que o STF atribui a si mesmo. Por isso, deve-se identificar a concessão de liminares e o resultado do processo, a fim de compreender sobre quais temas o STF mais decide, como decide e, por fim, quem são os maiores beneficiados com essas decisões.

A partir desta sistematização quantitativa, será possível alcançar um último objetivo, de cunho qualitativo: a realização de um estudo de caso com Adins relacionadas ao tema do financiamento em saúde. Neste caso, a discussão se concentrará na análise do processo, do

parecer do relator e da argumentação das partes (requerentes e requeridos). O recorte analítico do financiamento em saúde deve-se à grande potencialidade que este tema tem em explicitar as relações entre a esfera Judiciária e as esferas Legislativa e Executiva. Cabe destacar que a alocação de recursos constitui-se atualmente como uma questão concreta nas disputas entre os poderes e entre os entes federados. Tal análise propiciará avaliar em que medida a atuação do Poder Judiciário (especificamente a Suprema Corte) vem incidindo sobre a organização da política pública de saúde

1.2. Percursos (ou percalços?) Metodológicos

Inicialmente deve-se elucidar que esta tese é fruto de uma pesquisa constituída fundamentalmente como um estudo exploratório. A vantagem de um estudo deste tipo é a possibilidade de mudanças de trajetórias e de rumos ao longo da pesquisa. A idéia principal da pesquisa exploratória é familiarizar-se com o fenômeno investigado, e decidir ao longo do estudo sobre as técnicas de coleta de dados mais adequadas e sobre as questões que mais necessitam de atenção e de investigação. Desta forma, durante o percurso da pesquisa algumas mudanças de objeto foram necessárias, implicando na perda de sentido das hipóteses iniciais.

Por este motivo, antes de explicitarmos os procedimentos metodológicos desta tese, é importante resgatar um pouco da trajetória de sua construção. Inicialmente intentava-se discutir as questões das assimetrias e cidadanias nas demandas judiciais de saúde na primeira instância do Estado do Rio de Janeiro. Por essa razão, parte dos estudos realizados no doutorado voltou-se especificamente para a judicialização das demandas de saúde. Imaginava-se que haveria uma forte relação entre: escolaridade, renda, local de moradia dos autores dos processos judiciais em saúde e o pedido judicial em si⁴. Estudou-se inclusive literatura específica do Direito para compreender as formas de acesso ao Poder Judiciário.

No entanto, a partir da aproximação com o objeto de estudo, deparou-se com diversas dificuldades que impediram o avanço desta pesquisa. Pode-se dizer que tais dificuldades

⁴ Como, de certa forma, o recente estudo de Vieira e Zucchi (2007) demonstrou haver uma forte correlação entre local de moradia e a demanda judicial em saúde.

foram de duas ordens: pessoal e burocrática. A primeira se deveu à dificuldade de lidar com uma gama infinita de material empírico e a segunda por entraves burocráticos encontrados na Secretaria de Saúde do RJ. Entenda-se melhor o cenário a ser estudado originalmente.

A Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro organizou uma Central de Recebimentos de Mandados Judiciais (CMJ). Esta central tem a atribuição de receber principalmente os Mandos de Intimação, os Mandados de Busca e Apreensão e os ofícios da Defensoria Pública e do Judiciário.

Destaca-se que todos os Mandados recebidos devem ser obrigatoriamente cumpridos, não cabendo margem de argumentação para a Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil (SESDEC). Cabe à CMJ analisar os pedidos, responder ao Juiz e iniciar um processo de compra. Após a análise deste setor o processo é enviado para a Subsecretaria Executiva, especificamente para a Superintendência de Aquisição de Bens e Serviços. Este setor realiza a pesquisa sobre preços e fornecedores. Abre-se então um processo de compra que é enviado para o setor jurídico. Sendo aprovado, o processo volta para o setor de compras para finalmente ser adquirido. Este caminho não tem um tempo fixo de duração (e nem é tão sistemático desta forma), pode durar de poucos meses (para insumos nacionais simples) até alguns anos (para insumos importados de maior complexidade).

A CMJ guarda em seus arquivos a cópia de todas as ações recebidas desde o ano de 1999. Eram 20.000 ações arquivadas em ordem alfabética. A maior parte dos processos está acondicionada em duas dezenas de arquivos de aço num espaço pequeno nos fundos da CMJ. A outra parte encontra-se em de pilhas de papel sobre esses arquivos. Além desse registro físico, a SESDEC passou a produzir uma espécie de sistematização eletrônica desses processos, um banco de dados com diversas informações. Infelizmente não foi possível o acesso a esses dados eletrônico, não sendo possível, portanto, avaliar a pertinência de sua utilização.

Na CMJ não existe uma organização por ano de entrada do processo, a não ser um livro de entrada de processos que começou a ser feito no final de julho do ano de 2007. Nesse livro consta o nome da pessoa, o número do processo, a identificação do tipo de processo, a vara de entrada e o insumo demandado. Da criação deste livro ao último dia de expediente do ano de 2007, 3.791 mandados judiciais foram entregues nesta seção da SESDEC⁵.

⁵ Este número fica bem maior se for adicionada a quantidade de Mandados de Segurança, aos quais não se teve acesso por serem entregues em outro setor da Secretaria Estadual de Saúde.

Outra questão relevante diz respeito ao fato do Juiz notificar tanto o Município de origem da pessoa demandante quanto o Estado. Assim, correm paralelamente dois processos de aquisição de insumos com tempos distintos. A justificativa para esta dupla notificação está no fato do Judiciário compreender os entes federados como solidários na garantia do direito à saúde, como especificado na Constituição. Um dos problemas que isto gera, devido também à incomunicabilidade entre Estado e Municípios, é a compra dobrada de insumos para um mesmo paciente. Além disso, a CMJ não conta com um telefone permanente através do qual possa se comunicar com os pacientes. A comunicação da CMJ com os pacientes ocorre apenas no momento em que estes procuram a Central. Assim, muitos medicamentos comprados para um paciente são retidos pela justiça por Mandados de Busca e Apreensão para outro paciente. Outras vezes, o insumo é comprado e fica por meses aguardando o paciente chegar. Em alguns casos, quando o medicamento chega, o paciente já faleceu.

No início da aproximação com o campo, deparou-se com um cenário altamente desorganizado e sem muita liberdade para pesquisa. No entanto, ainda que fosse autorizado o acesso a todos os documentos, seria impossível uma pesquisa como esta ser realizada por apenas uma pessoa, tornando-se muito fácil perder-se em meio a tantos processos⁶. Por estes motivos, optou-se por manter a temática do estudo, porém não mais centrada nas primeiras instâncias da Justiça, e sim no STF, onde o volume de processos é muito menor e as informações estão disponíveis na internet. Além disso, por desempenhar o papel de Corte Constitucional, a atuação do STF tem abrangência nacional (só podendo ser modificada mediante legislação), o que aumenta a pertinência deste estudo.

Durante a coleta de dados e leitura das Petições Iniciais das Adins houve a convocação pelo Ministro e Presidente do SFT, Gilmar Mendes, de uma Audiência Pública (AP) para se discutir a questão do direito à saúde. O próprio Ministro reconhece a relevância do tema dada a crescente demanda que chega ao STF para análise de pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada de competência da Presidência. Consta no *site* do STF que esta Audiência dará subsídios ao julgamento dos “Agravos Regimentais

⁶ Poderia ter-se optado, como outras pesquisas fizeram, por buscar os processos nas varas dos tribunais, mas o trabalho seria muito mais disperso e complexo.

nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nºs 2361, 2944, 3345 e 3355⁷”.

No pronunciamento de abertura, o Ministro Gilmar Mendes esclarece que a Audiência Pública “foi convocada para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de sistema único de saúde. A Audiência objetiva esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde”. Além disso, justifica o Ministro:

“Por estar relacionada aos vários pedidos de suspensão que tratam da matéria, esta Audiência Pública distingue-se das demais pela amplitude do tema em debate. Todos nós, em certa medida, somos afetados pelas decisões judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde. O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo”.

O direito de falar numa AP ocorre mediante requerimento feito por instituições da sociedade civil que tenham alguma relação com os temas de discussão propostos na AP. No caso da Audiência da Saúde, inscreveram-se por volta de oitenta pessoas para falar. De acordo com o regimento interno do STF (BRASIL, 2010) “havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião” Cabe ao Ministro que convocou a AP selecionar as pessoas que serão ouvidas. No caso em exame, trinta e três pessoas foram selecionadas, além dos convidados. Assim, a AP contou com a fala de quarenta e nove⁸ pessoas que se dedicaram durante seis dias a discutir as questões relativas à saúde no Brasil.

Dada a importância desta Audiência para os rumos que pode tomar o padrão decisório do STF em relação aos casos da saúde, optou-se nesta tese por utilizar estas falas públicas como material de análise, visando identificar o discurso de cada participante, os principais argumentos relacionados ao fenômeno da judicialização no Brasil.

Como se trata de um estudo exploratório e qualitativo, utilizou-se a “análise de retórica” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 1996) como instrumento de compreensão do amplo material disponível. Para estes autores (idem, p.6) “é em função de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve”. Desta forma, foi interessante identificar que estratégias cada orador utilizava para convencer não só o Ministro do Supremo, mas toda a

⁷ Trata-se de contestações do Ministério da Saúde a sentenças dadas em favor de pacientes que necessitavam de medicamentos não constantes nas listas do SUS, de medicamentos ainda não aprovados pela Anvisa e de tratamentos realizados no exterior.

⁸ Não foi incluída nesta contagem as falas dos Ministros Gilmar Mendes e Menezes Direito.

platéia presente na AP. Além disso, este autor defende que a argumentação jurídica é um gênero próprio e específico, ele “se refere a avaliações sobre a natureza e a causa de eventos passados, em que diversas estratégias de convencimento são utilizadas” (idem, p.53). Contudo, apesar de ser próprio do Poder Judiciário esse olhar para o passado, não podemos perder de vista os efeitos práticos da argumentação desenvolvida na AP, “voltada para o futuro, ela se propõem provocar uma ação ou preparar para ela, atuando por meios discursivos sobre o espírito dos ouvintes” (idem). Não é possível afirmar que a análise empreendida encontra-se nos estreitos limites da análise de retórica, mas esta foi a proposta teórica que orientou a leitura dos documentos.

Tal exame foi feito com o auxílio do *software* Atlas.ti[®], ferramenta para análise de dados qualitativos, a partir dos núcleos argumentativos identificados no discurso dos oradores. Interessava, a partir da utilização do Atlas.ti, identificar qual o posicionamento de cada instituição e o tipo de repertório argumentativo que cada orador utilizava para defender sua posição. Assim, a primeira análise pertinente diz respeito à identificação dos sujeitos que prioritariamente defendem ou se contrapõem à judicialização da saúde. Certamente, não se imaginava encontrar argumentações puras, definidas estritamente como favoráveis ou contrárias à judicialização. Mas os sujeitos que se inscreveram para falar na referida audiência tinham como propósito se posicionar em relação à judicialização da saúde. Por este motivo, utilizamos o termo prioritário para identificar as retóricas pró ou contrárias a este fenômeno.

A utilização do Atlas.ti ocorreu pela sistematização e agrupamento das 50 falas (material primário, já transcrito e disponibilizado no portal do STF) da Audiência Pública na chamada “Unidade Hermenêutica”, o que permite explorar e interpretar as informações contidas nas falas. Este *software* permite a codificação das falas a partir das categorias analíticas previamente definidas⁹, que, neste estudo, denominam-se núcleos de argumentação. Na leitura realizada através do *software*, cada fala foi dividida em citações, que contém os argumentos relevantes para a análise do processo de judicialização da saúde.

Inicialmente, identificou-se 16 diferentes conjuntos de argumentos¹⁰ que foram evocados para legitimar os discursos proferidos. De fato, tal identificação não foi exaustiva, mas sim orientada pelos objetivos e referenciais teóricos desta tese. Considera-se que esta

⁹ Ao longo da categorização foram criadas outras categorias.

¹⁰ Além desses, foram identificados outros núcleos, mas que apareceram em falas isoladas. Um deles, no entanto, merece destaque: a idéia de “saúde como direito do consumidor”, que não apareceu como era esperado.

primeira construção dos núcleos argumentativos permita uma compreensão mais profunda a respeito das posturas existentes em relação ao fenômeno da judicialização da saúde no Brasil.

Em seguida, a fim de alcançar os outros objetivos específicos da presente tese, construiu-se uma planilha com todas as Adins que guardam alguma relação com a área da saúde. O STF disponibiliza em seu portal um banco de dados com todas as ações que recebe. A partir de seu sistema de busca, realizou-se uma pesquisa com os descritores “saúde”, “medicamento”, “remédio”, “patologia”, e “doença”. Foram encontrados duzentos e noventa e seis resultados distribuídos entre os anos de 1988 e 2008. A partir dos dados coletados, construiu-se uma tabela com algumas informações sobre as Adins: Ministro Relator, requerente, requerido, dispositivo contestado, ano de distribuição, tema, pedido de liminar, decisão monocrática e decisão final. Nesta sistematização não foi levado em conta o preenchimento dos pré-requisitos formais para o julgamento das Adins, foram incluídas todas as ações ajuizadas no STF desde 1988. A opção por esta inclusão é corroborada por Pacheco (2008, p.10) para quem “as decisões baseadas em critérios formais também precisam ser consideradas na análise política”. Isto porque, justifica a autora, esta seria uma estratégia política da Corte que,

“ao basear-se em critérios formais, não só retira destes novos legitimados ativos a possibilidade de utilizar-se deste novo instrumento, como também afirmam uma estratégia maior na qual a Corte tende a voltar-se apenas para a apreciação de questões de baixa relevância nacional e pouco impacto territorial” (PACHECO, 2008, p.10).

O passo seguinte à sistematização foi a classificação dessas Adins segundo a categoria dos requerentes: *governador, procurador, partido político e sociedade civil*. Em seguida, foi realizada a leitura das petições iniciais das Adins, excluindo-se aquelas que não se referiam especificamente ao campo da saúde, restando ao todo cento e trinta Adins. Com a planilha enxuta foram construídos doze itens analíticos que reuniram todas as Adins cujas petições iniciais apresentavam, conforme os objetivos propostos nesta tese, temas correlatos.

1.3. Análise das Adins

A partir de tais itens foram feitas diversas tabelas e alguns gráficos de frequência. Este material serve de indicativo de como as questões referentes à saúde têm chegado ao STF pela via da Adin. O estudo desses dados indicou que grande parte das Adins ajuizadas voltava-se

não apenas para a discussão da saúde e das políticas de saúde, mas para as questões referentes às atribuições de cada ente federado.

Após a realização da descrição do estado da arte das Adins de saúde no STF, selecionamos alguns processos para a realização de um estudo de caso. Este desenho metodológico permitiu a compreensão do posicionamento dos diversos atores envolvidos nas Adins em relação aos temas da saúde e da política. A partir da análise das ações (suas argumentações e os votos dos Ministros), foi possível perceber em que medida o STF tem se portado como uma instituição ativa na condução da política ou se, ao contrário, tem optado por se manter por fora deste processo, acenando positivamente para a hipótese de que sua atuação tem se limitado a questões menores, de baixo impacto territorial. Os estudos de caso foram feitos em Adins selecionadas a partir do banco da planilha construída pela pesquisa. Esta seleção foi pautada pela pertinência do tema para a área da saúde.

A literatura (CASTRO, 1997; VIANNA, 1999; PACHECO, 2008; TAYLOR, 2007; TAYLOR e DA ROS, 2008) tem demonstrado que a análise das Adins vem sendo feita exclusivamente sob o enfoque quantitativo, comparando-se, por exemplo, a concessão de liminar aos requerentes e a categoria da norma legal contestada¹¹. A perspectiva adotada nesta tese visa aprofundar as questões presentes nas Adins com o tema específico da saúde, o que foi feito a partir de um enfoque qualitativo. Isto, no entanto, não implica abandonar a primeira perspectiva, mas o fato do recorte qualitativo desta tese implicar numa quantidade menor de Adins que a de pesquisas semelhantes é possível a ampliação do referencial metodológico. Realizou-se, portanto, uma análise descritiva do fenômeno e, posteriormente, um exame mais detalhado de alguns casos específicos, especialmente importantes a esta pesquisa. Ressalta-se que a análise realizada levou em consideração o tipo de interesse envolvido nas ações. Castro (1997, p.152) considera “três possibilidades de estruturação processual do litígio: os conflitos entre interesses públicos e privados, os conflitos entre interesses privados e públicos e outros tipos de conflitos”.

Na análise das Adins, o trabalho de Perelman e Olbrechts-Tyteca (1996) também foi utilizado como referencial teórico. Para eles o processo judicial é um caso privilegiado de análise, pois é possível conhecer de antemão as intenções dos sujeitos. “No processo judicial, sabemos que o advogado de cada parte tende menos a esclarecer-se do que a desenvolver

¹¹ Importante destacar a análise qualitativa de 5 ACPs realizada por Vianna e Burgos (2005). Mesmo não sendo uma análise das Adins, a metodologia utilizada pelos autores serviu como referência para a realização deste trabalho.

argumentos em favor de uma tese. Fixando os pontos a serem debatidos, o direito favorece essa atitude unilateral, essas tomadas de posição, que o litigante só tem de sustentar com constância contra o seu adversário” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p.43). Isto significa que o argumento das partes tende a ser muito mais evidente na retórica jurídica.

Além disso, adota-se nesta tese a idéia de “Campo do Direito” (BOURDIEU, 2000) para o empreendimento da análise. Para Bourdieu “conformar-se com o direito para resolver o conflito, é aceitar tacitamente a adoção de um modo de expressão e de discussão” (idem, p.229) que implica, entre outras coisas, a renúncia a outras estratégias de solução de conflitos. Ao olhar para as Adins a partir desta referência, percebe-se a substituição de outras estratégias de luta, inclusive nos campos de batalha do legislativo. Para Bourdieu, é no interior de cada campo que se travam as lutas simbólicas pelo poder simbólico, busca-se, fundamentalmente, o poder de “fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto, o mundo”. (BOURDIEU, 2000, p.14). Assim, deve-se perceber que a busca pela declaração de inconstitucionalidade de uma lei, remete muito mais do que à própria idéia de lei, significa a disputa pela interpretação da visão de mundo hegemônica. E não devemos perder de vista a importância disto, na medida em que a legislação muda com muito menos intensidade do que sua hermenêutica.

No **CAPÍTULO 5** realiza-se um estudo de caso das Adins selecionadas. No entanto, importa destacar que a idéia de “caso” foi ampliada para além da esfera da Adin, sendo necessária a realização de um estudo de caso do comportamento jurídico do governo do Estado do RJ no ano de 2003, no que diz respeito à área da saúde.

Esta mudança foi possível porque as Adins selecionadas encontram-se agrupadas no item *financiamento*. As duas foram originadas no Estado do Rio de Janeiro e dizem respeito à interpretação do conceito de saúde e a conseqüente alocação de recursos financeiros nesta área. São elas as Adins números 2999 (Governadora do Estado contra Conselho Nacional de Saúde: contesta a proibição do gasto do orçamento da saúde com saneamento básico), e 3088 (PSDB contra governadora do Estado: contesta o gasto do orçamento da saúde com programas voltados para a geração de trabalho). A opção por selecionar um partido político como requerente, segue os passos de Vianna et al (1999, p.54) que consideram importante a investigação das “condições em que um personagem central à democracia representativa – os partidos políticos – procura,

fora de seu território de origem – o espaço aberto da sociedade civil –, a defesa dos seus representados, como mais um recurso para enfrentar o ativismo legislativo do Executivo”.

Intentava-se originalmente analisar também Adin cujo requerente fosse da sociedade civil. Isto não aconteceu por dois motivos. (1) não se encontrou Adin relevante disponível no arquivo do STF; (2) a ADI 2999 incluiu em determinado momento diversos grupos da sociedade civil, que puderam se manifestar diretamente sobre o caso em exame. Vianna et al (1999, p.54) mostram que grande parte das ações da sociedade civil não passam das fases do julgamento da forma, sendo-lhes negada o seguimento para o julgamento final. Além dessas duas ações que foram objeto de análise exaustiva, abordou-se também durante a imersão no caso, a ADI 2869 da Confederação Nacional da Indústria contra governador e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, contestando a criação do Fundo Estadual de Combate à Pobreza.

A compreensão da situação em que se encontravam as Adins obrigou o trabalho a adentrar no contexto em que o dispositivo legal impugnado foi criado, por Medida Provisória, portaria, normatização ou votação no Parlamento, pois a própria legitimidade da existência de determinada norma legal deve ser levada em consideração na análise do processo de judicialização por parte do STF. Vianna e Burgos (2005, p.787) ao analisarem qualitativamente algumas ACP, construíram um roteiro que inclui quatro passos: 1) a análise dos antecedentes do processo; 2) a análise da sustentação jurídica; 3) o acompanhamento da construção da decisão; e, 4) a avaliação da efetividade da decisão. Ressalta-se que o estudo de caso permitiu analisar tanto se a judicialização vem afetando o desenvolvimento das políticas públicas de saúde no Brasil, quanto a relação entre o Poder Judiciário e os outros dois Poderes da República.

A análise das frequências das Adins no STF indicou que parte significativa delas dizia respeito a conflitos federativos. A leitura minuciosa de todas as partes dos processos selecionados mostrou o quão pertinente é tal temática para este estudo. Por esta razão, a primeira parte do **CAPÍTULO 5** apresenta sucintamente as discussões pertinentes ao campo do Federalismo. Ressalta-se que este não é o foco desta tese, mas sim um referencial auxiliar para a compreensão do fenômeno da judicialização no STF, sobretudo sua repercussão no Estado do Rio de Janeiro.

Conforme chamou atenção Taylor (2007), algumas perguntas orientaram nossa análise: 1) “em que momento e de que maneira o Judiciário pode influenciar as políticas públicas?”; 2) “quais as motivações do Judiciário na hora de tentar resolver disputas sobre políticas

públicas?"; 3) "como os atores externos ao Judiciário usam-no para atingir seus objetivos políticos?"; e, 4) "quais as consequências da intervenção do Judiciário nas políticas públicas?"

Certamente, responder adequadamente a tais questionamentos seria a forma mais propícia de alcançar os objetivos desta tese, mas reconhece-se que este seria um passo comprido demais para um trabalho como este. Ressalva-se, no entanto, que, mesmo diante desta constatação, achar respostas para estas questões foi sempre o norte da pesquisa realizada.

Por último, cabe ressaltar que a pesquisa a qual deu origem a esta tese utilizou como material de análise apenas documentos públicos e acessíveis a todos, o que dispensou a necessidade de submissão do projeto ao Comitê de Ética em Pesquisa. Por este mesmo motivo, ao longo desta tese, serão identificados os nomes dos atores, grupos e instituições que fizeram parte do cenário da judicialização da saúde analisado.

1.4. Tipologias construídas

Trabalhou-se nessa tese com duas tipologias distintas, uma para a análise das falas da Audiência Pública da Saúde (os *núcleos argumentativos*) e outra para a análise das Ações Diretas de Constitucionalidade (os *itens analíticos*). Na análise empreendida optou-se por utilizar cada conjunto de tipos separadamente.

1.4.1. Núcleos Argumentativos

1. Integralidade: entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigido para cada caso em todos os níveis

de complexidade do sistema. Em geral, é utilizada como argumento principal nas ações individuais por medicamentos ou procedimentos em saúde¹².

2. **Equidade:** este núcleo argumentativo engloba tanto as evocações ao princípio constitucional quanto as referências às necessidades de se privilegiar determinados grupos sociais mais carentes, tendo como premissa que a maior parte dos indivíduos que ingressam com ações judiciais utilizariam uma parcela de recursos necessária para o tratamento de outro grupo social desprovido de condições financeiras.
3. **Participação social:** alusões ao princípio constitucional utilizadas como proposta para a regulação das demandas judiciais em saúde. Além disso, é possível perceber, a partir da utilização deste argumento, uma crítica às gestões de saúde, na medida em que a falta de participação da sociedade na condução das políticas públicas de saúde seria um dos propiciadores das demandas judiciais em saúde.
4. **Universalidade:** este princípio é utilizado como argumento com dois propósitos antagônicos. 1) Para justificar que o direito de todos estaria sendo afetado caso o Estado se comprometesse em custear tratamentos mais caros. 2) Para enfatizar que o direito de todos deve garantir a atenção às especificidades individuais, independente do custo financeiro disto.
5. **Descentralização, hierarquização ou regionalização:** este argumento diz respeito à evocação do princípio constitucional da descentralização, sobretudo para justificar os atos normativos no Ministério da Saúde (MS) no que diz respeito à divisão de atribuições entre os três entes federativos, justificando a otimização dos recursos existentes por delimitar territórios e orçamentos.
6. **Intersetorialidade:** entendida como o diálogo permanente com representantes de outros setores, órgãos ou instituições e com representantes dos grupos sociais existentes, em um trabalho coletivo cujo propósito maior é promover a saúde, na medida em que a ação intersetorial permite a intervenção em seus fatores condicionantes. Este argumento foi

¹² Reproduz-se aqui sua inscrição legal, mas compartilha-se com a perspectiva de Mattos (2001) da polissemia da integralidade. No entanto, para fins da tipologia criada, foi necessária uma restrição de sua definição, o que não acontece na retórica dos participantes que tendem a utilizar um sentido mais ampliado do termo.

muito utilizado para chamar a atenção para a necessidade do Poder Judiciário não se prender exclusivamente, no julgamento das ações, na indicação médica.

- 7. Dimensão coletiva da saúde:** alusões à idéia de que a saúde é um bem comum e deve ser apropriado por toda a coletividade. Defende que o direito de um indivíduo não deve se sobrepor ao direito de outros indivíduos. Tendo como premissa, na maioria dos casos, a idéia dos recursos escassos, ou seja, como há uma quantidade limitada de recursos financeiros estes não podem beneficiar poucos indivíduos em detrimento da coletividade.
- 8. Dimensão individual da saúde:** defesa do direito que cada cidadão tem de gozar de seu melhor estado de saúde, buscando desconstruir a idéia de que a posse deste direito interfere no direito da coletividade.
- 9. Custo do tratamento:** este argumento reúne as referências às questões financeiras relativas aos medicamentos e aos procedimentos que o Poder Judiciário julga (baseado nos receituários médicos) serem necessários à manutenção da vida dos indivíduos.
- 10. Funções da justiça:** Argumentos que questionam ou legitimam a inserção do Poder Judiciário como árbitro em questões da área da saúde. Este núcleo argumentativo, embora não faça referência direta, tem relação com os argumentos clássicos da judicialização da política, como, por exemplo, falta de legitimidade de um órgão não eleito definir questões de políticas públicas, indicando certa usurpação das funções dos outros Poderes da República.
- 11. Lobby empresarial:** este argumento indica a existência de outros interesses nas demandas judiciais que não exclusivamente a intenção de salvar a vida do paciente, mas, por exemplo, o interesse de indústrias e laboratórios farmacêuticos de comercializar determinados insumos (incluindo a atuação de médicos e advogados especializados).
- 12. Procedimentos no SUS:** este núcleo argumentativo volta-se a criticar parte do processo de judicialização por demandar na justiça procedimentos não cobertos pelo SUS, como medicamentos de marcas específicas, medicamentos não registrados, prestações de serviços diversos não registrados no Brasil. Este argumento, em geral, é utilizado para

descrever o fenômeno da judicialização da saúde como um todo, tornando geral algo que é particular, como será descrito no próximo capítulo.

- 13. Aspectos subjetivos:** este núcleo argumentativo congrega todas as referências à judicialização que utilizam termos que vão além das especificações médicas, como, por exemplo, amor à vida, sentimento de solidariedade, entre outros. Em geral o manuseio deste argumento procura buscar no auditório a identificação com os problemas relatados pelo orador. Por outro lado, a negação a este argumento tende a enfatizar a necessidade de analisar a situação como um todo (por exemplo, impacto financeiro) e não se deter em casos isolados.
- 14. Saúde como dever do Estado:** este argumento reúne uma série de defesas das demandas judiciais em saúde a partir da referência ao art.196 do texto constitucional. Além disso, enfatiza a solidariedade entre os entes federativos na prestação dos serviços de saúde (o que foi utilizado para rebater os argumentos da descentralização e regionalização).
- 15. Segurança:** este argumento volta-se a defender a utilização de critérios científicos no balizamento das políticas públicas de saúde, envolvendo tanto a defesa dos pacientes contra utilizações errôneas de medicamentos – evitando as intoxicações – quanto a utilização de procedimentos que não tenham suficientes evidências científicas que comprovem seus benefícios.
- 16. Patentes de medicamentos:** este argumento foi utilizado para explicar parte do processo de judicialização da saúde. Alguns oradores enfatizaram que as patentes não têm cumprido seu papel, definido constitucionalmente, de proteção do interesse social e incentivo à inovação. Ao contrário disto, as patentes têm servido para forçar a alta nos preços dos medicamentos, sendo, portanto, a causa principal do alto custo que as demandas judiciais têm imposto ao SUS.

1.4.2. Itens Analíticos¹³

- 1. Financiamento do setor saúde** – este item reuniu vinte e nove Adins que questionavam alguma legislação referente aos mecanismos e recursos do financiamento da saúde ou da seguridade social como um todo. Estão incluídas principalmente questões de criação de impostos e redirecionamento de recursos financeiros. Além disso, neste item encontra-se presente a discussão a respeito dos limites do conceito de saúde, questão ainda não regulamentada pela Emenda Constitucional nº 29 (EC 29), mas que tem sido objeto de apreciação do STF em alguns momentos. Este foi o agrupamento que concentrou o maior número de ações (22%), o que, por si só, revela a importância deste tema dentro do contexto analisado. Não à toa, este é o tema central nas disputas atuais da judicialização do direito individual e das disputas políticas na área da saúde. Neste exemplo estão três Adins iniciadas no ano de 2003 – ADI 2999, ADI 3087 e ADI 3088 – que questionam a possibilidade de extensão dos gastos do recurso da saúde com outras ações, tais como: saneamento básico, programa de alimentação e programas de geração de renda. Estas três Adins serão objeto de análise no último capítulo desta tese.

- 2. Pagamento de benefício a servidores estaduais** – este item incluiu apenas quatro Adins, mas foi separado do anterior pela especificidade do financiamento a que se referem as normas legais contestadas. Diferentemente do item anterior, que se volta ao financiamento de alguma política pública, esta se restringe ao financiamento de ações individualizadas em saúde exclusivas para servidores públicos, como, por exemplo, a utilização de recursos públicos (oriundos, por vezes, do orçamento da saúde dos estados) para o pagamento de saúde suplementar para servidores. A ADI 3205 “se dirige contra a norma que isenta os aposentados e pensionistas do Estado do Mato Grosso do Sul da contribuição destinada à manutenção de plano de saúde”.

- 3. Proteção ao meio ambiente** – este item congrega quinze Adins voltadas para a proteção do meio ambiente. Optou-se por manter este item não pelo seu tema especificamente, que se distanciaria das áreas de atuação das políticas de saúde, mas pelo conteúdo da

¹³ Ver Gráfico 1 (Distribuição das Adins segundo item analítico) na página 99 desta tese.

argumentação presente nestas ações. Puderam-se observar diversos argumentos que relacionam o meio ambiente com a saúde das pessoas. Exemplo disso são as seis Adins que discutem as questões relativas à saúde dos trabalhadores da indústria de produção de amianto e da saúde das pessoas que utilizam os insumos derivados desta produção. Outro exemplo são as sete Adins que questionam dispositivos legais voltados para a regulação do uso de agrotóxicos e do plantio de alimentos geneticamente modificados. Nos dois casos, o argumento central para se questionar a legislação existente é a saúde humana.

- 4. Regulação** – No caso específico desta tese utiliza-se este termo como uma atribuição política intrínseca ao processo legislativo, conforme o Art. 59 da Constituição da República, “o processo legislativo compreende a elaboração de: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções”. Este item congrega quatorze Adins que questionam leis ou atos normativos voltadas para a prescrição de regras para setores e instituições da área da saúde ou que tenham influência sobre a saúde humana, sejam elas instituições públicas ou privadas, que tenham relação ou não com o SUS. Estão presentes neste item desde temas como instalação de novas farmácias (ADI 2327) até temas como pesquisas utilizando células tronco (ADI 3510).
- 5. Prestação de serviços ao SUS** – este item se difere do anterior por incluir apenas as seis Adins voltadas para a regulamentação da prestação de serviços ao SUS dos entes privados ou filantrópicos. Assim, as ADI 1589, 1595 e 1646, são contestações de entidades empresariais à determinação legal dos Estados de São Paulo e Pernambuco que obriga todas as empresas privadas que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação de serviços médico-hospitalares a garantirem atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde. Contestações estas que encontraram acolhida no STF e obtiveram deferimento de seus pleitos.
- 6. Gestão** – este item congrega doze Adins que se dirigem contra legislações voltadas para as políticas públicas de saúde. Diferencia-se do item *regulação* por se tratar de elaboração de respostas governamentais a demandas voltadas para grupos populacionais ou doenças específicas. Este item tem uma grande concentração nas questões estaduais, sendo os

governadores os principais propositores. Isto significa que estes atores visam aumentar suas discricionariedades no que diz respeito à condução das políticas públicas, rompendo com as limitações impostas pelas determinações legais. Desta forma, por exemplo, na ADI 2341 do ano de 2000 o governador do Estado de Santa Catarina questiona a legislação que institui uma política estadual de DST/AIDS. Da mesma forma, na ADI 2730 do ano de 2002, o governador do mesmo Estado questiona a validade da legislação que institui o programa estadual de assistência às pessoas portadoras da doença celíaca. Cabe destacar que nenhuma das duas Adins citadas neste exemplo obtiveram qualquer tipo de pronunciamento por parte do STF.

- 7. Controle da propaganda publicitária** – as seis Adins presentes neste item voltam-se exclusivamente ao questionamento da regulamentação de uma das principais estratégias do livre mercado para a comercialização de produtos: a propaganda. Assim, na ADI 3645, o PFL questiona a constitucionalidade da lei do estado do Paraná que regulamenta o direito à informação quanto aos alimentos que contenham organismos geneticamente modificados. Da mesma forma, na ADI 3311, uma entidade empresarial questiona a legislação federal que obriga aos comerciantes de bebidas alcoólicas, cigarros, medicamentos e defensivos agrícolas a informarem aos consumidores, em suas propagandas, os possíveis malefícios destes produtos à saúde humana.
- 8. Prestação de serviços via previdência** – neste item encontram-se nove Adins que contestam a legislação voltada para a transformação nas relações do sistema de previdência social. A pertinência desse item nesta análise encontra-se na justificativa presente nestas Adins, que relacionam a prestação de serviços à saúde com as questões previdenciárias, sobretudo no que diz respeito ao financiamento da Seguridade Social¹⁴. A ADI 1457, por exemplo, visa contestar a Medida Provisória 1.415 de 1996, que cria uma nova Contribuição Social para os servidores inativos da União, com o intuito de financiar parte de suas próprias previdências, alterando, desta forma, o significado da Seguridade Social presente na Carta Magna.

¹⁴ A Constituição definiu a Seguridade Social como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (Título VIII, Capítulo II, Seção I, art. 194). Existindo, para tanto, o Orçamento da Seguridade Social (OSS) que garantiria os recursos para estas três áreas de direitos sociais.

- 9. Contestação de base corporativa** – este item reuniu sete Adins, originadas em sua maioria por órgão de classe, que visam questionar as legislações voltadas para a atribuição de determinadas profissões. Assim, na ADI 689, a Federação Nacional de Farmacêuticos contesta a criação da lei 8.234 de 1991, que cria e regulamenta a profissão de Nutricionista, cujas funções antes também eram exercidas por Farmacêuticos. Este caso é exemplar porque diz respeito à disputa de profissões da saúde sobre o espectro de suas atuações.
- 10. Relações de trabalho** – as quatorze Adins presentes neste item dizem respeito à própria gestão do sistema de saúde, mas aqui foi diferenciado por tratar especificamente da relação da gestão dos trabalhadores. Assim, estão incluídas ações voltadas para a contratação temporária de trabalhadores no setor saúde; ações que visam contestar gratificações específicas para trabalhadores da área da saúde e também garantir a remuneração e o plano de cargos e salários de parte destes trabalhadores. A ADI 3641, por exemplo, questiona o artigo 23 da lei 10.667 de 2003 que prorroga por mais vinte e quatro meses o contrato temporário de trabalhadores da Fundação Nacional de Saúde (Funasa).
- 11. Saúde do trabalhador** – este item congrega oito Adins que contestam as legislações voltadas para a proteção da saúde do trabalhador no desempenho de suas funções. Não por acaso, metade dessas ações foram impetradas por associações empresariais. Exemplo disso é a ADI 1862, pela qual a Confederação Nacional da Indústria questiona a legitimidade da Lei 2.586 de 1996 do Estado do Rio de Janeiro, que visa criar normas de prevenção da LER (Lesão Por Esforço Repetitivo) a serem cumpridas pelas empresas. Caso interessante também é o da ADI 3355, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria contra a Lei 4341 de 2004 do Estado do Rio de Janeiro. Esta lei visa responsabilizar as empresas que atuam no ramo do fibrocimento (amianto) pelos possíveis danos à saúde causados pela exposição dos trabalhadores a este produto. No entanto, esta Confederação considera prejudicial aos interesses de sua classe legislação que possa “onerar indevidamente a cadeia produtiva, o que interfere de maneira negativa no mercado e coloca em risco a competitividade do produto”^{15,16}.

¹⁵ Petição inicial da ADI 3355, p.7.

¹⁶ Sem querer entrar no mérito dos reais efeitos cancerígenos deste produto, chama a atenção que em pleno século XXI os trabalhadores optem por trocar a possibilidade de manutenção de suas vidas pela garantia de seus empregos.

12. Saúde suplementar – neste item encontram-se seis Adins que contestam legislações voltadas para a normatização dos chamados planos de saúde e os seguros de saúde no Brasil. Ressalta-se que todas essas Adins foram impetradas por entidades empresariais, discordantes não somente da regulação imposta pela legislação, mas, sobretudo, do processo de construção destas normas. Assim, as Adins 1925, 1927 3 1930 questionam o procedimento adotado pelo então Presidente da República Fernando Cardoso, que, após sancionar lei proposta pelo Senado Federal, editou Medida Provisória alterando 56 disposições legais presentes na lei 9646 de 1998. Interessante notar que tais Adins denunciam uma sobreposição dos poderes do Executivo sobre o Legislativo, rogando pela interferência do Judiciário neste conflito.

CAPÍTULO 2 – A ATUAÇÃO DO DIREITO NO CAMPO DA SAÚDE

Antes de tratar especificamente da judicialização, é importante reconhecer a existência de um outro fenômeno contemporâneo e anterior à própria idéia de judicialização, qual seja a atuação de novos agentes (por exemplo, grupos organizados da sociedade civil, os próprios Conselhos de Saúde e o Ministério Público) no campo do Direito para a garantia da saúde. Tal atuação não significa apenas recorrer à justiça, mas, sobretudo, reconhecer os procedimentos jurídicos como forma privilegiada de atuação. Pode-se dizer que esta atuação representa uma tendência ainda não hegemônica de mudança do paradigma de cidadania vigente, caracterizado pela mera delegação eleitoral, para uma participação ativa ou indireta nos rumos das políticas públicas.

Esta nova participação tem se orientado pela noção do que podemos chamar de *cidadania complexa*¹⁷, segundo a qual “a atividade dos agentes do sistema jurídico, bem como a dos agentes sociais em direção a ele, são interpretadas enquanto ação política que busca, no plano da aplicação do direito, soluções e resoluções para dilemas oriundos de conflitos sociais” (EISENBERG, 2002, p.46).

A estratégia dos sujeitos de garantirem seus direitos recorrendo ao Poder Judiciário tem acontecido, sobretudo, em duas dimensões distintas: uma individual e outra coletiva. A busca pela garantia do direito à saúde tem passado pela atuação de diversas instâncias judiciais: o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Além desses, soma-se a atuação, embora em escala reduzida, de escritórios particulares de advocacia¹⁸. Pode-se, considerando a ação de cada uma dessas instituições, distinguir seus diversos tipos de atuação.

Primeiramente, destaca-se a decisiva presença do Poder Judiciário, instituição responsável pelo julgamento das questões referentes à concessão ou negação de determinado pleito. Tal presença se torna manifesta na medida em que “a linguagem e os procedimentos do direito (...) mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância

¹⁷ A “cidadania complexa” ampliaria a cidadania para além da questão da representação política, pois encontraria em outras instâncias, como no Poder Judiciário, novas formas de atuação política, ou seja, acionariam o Judiciário para acessar o Executivo. Isto ocorre, por exemplo, com a proposição de Adins e com a impetração de Mandados de Segurança e de Intimação.

¹⁸ Conforme estudo realizado por Messeder, Osório-de-Castro e Luiza (2005) a respeito da expedição de Mandados de Segurança para a garantia de acesso a medicamentos, os escritórios particulares de advocacia têm atuado na defesa de associações de portadores de patologias e Ongs. Tais dados são referentes à pesquisa realizada entre 1991 e 2002.

institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia” (VIANNA et al, 1997, p.20). A mais alta Corte deste poder, o Supremo Tribunal Federal (STF), tem o papel de, no caso de divergências na interpretação da Carta Magna, fornecer a interpretação final que deverá ser acatada e adotada em todos os casos semelhantes àquele, em todos os níveis da federação.

Os outros dois grupos principais atuam como *provocadores* do Poder Judiciário. O primeiro deles representa os interesses individuais, inserem-se neste campo a Defensoria Pública e os escritórios privados de advocacia¹⁹. Suas demandas dizem respeito aos direitos que os indivíduos acreditam que o Estado deveria garantir, e, geralmente, relacionam-se à compra de determinados insumos necessários à manutenção ou recuperação da saúde dos indivíduos.

O segundo grupo representa os interesses coletivos. Para fins analíticos, este grupo pode ser subdividido em dois conjuntos. O primeiro, representado pelo Ministério Público²⁰, que focaria suas ações nas primeiras instâncias da Justiça, tendo sua atuação limitada a determinadas questões específicas e mais pontuais²¹. No segundo conjunto encontram-se todos os atores com investidura para proporem ações diretas de inconstitucionalidade (Adins) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADC): os Partidos Políticos, a Procuradoria Geral da República, e Organizações da Sociedade Civil com representação nacional. Tais ações têm, por sua própria definição, um caráter mais geral, e, por este motivo, são encaminhadas apenas ao STF.

A inserção do Ministério Público (MP) como ator no campo da saúde se justifica pelo fato de ser uma instituição permanente, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses individuais indisponíveis (ditos imanentes à personalidade humana e pertencentes a uma coletividade) e dos direitos coletivos e difusos (caracterizados por abranger jamais indivíduos ou grupos singulares, mas sim aqueles que possuem necessariamente algo em comum)²². Sua competência diz respeito ao cuidado pelos serviços de relevância pública e tem por função principal zelar pela promoção dos direitos constitucionais, e, dentre estes, o direito à saúde (entendido como um direito individual,

¹⁹ O Ministério Público não está incluído neste grupo porque constitucionalmente tem a função de defender interesses coletivos, embora alguns MP do Brasil atuem na defesa dos interesses individuais.

²⁰ Segundo Messeder, Osório-de-Castro e Luiza (2005), alguns escritórios privados de advocacia, que lidam com ONGs e determinadas associações da sociedade civil, também têm uma atuação voltada para a defesa dos direitos coletivos, embora ainda em escala muito reduzida.

²¹ Embora, em alguns casos, também possa desempenhar um papel mais geral.

²² Mais propriamente, os direitos coletivos e difusos representam interesses que transcendem o âmbito de proveito individual, atingindo área de benefício de um grupo indeterminado de pessoas, e que, inegavelmente, possuem preponderante carga de natureza pública.

coletivo e difuso, conforme o artigo 197 da Constituição). Além disso, tem-se observado o papel do MP na busca pelo direito à saúde, tanto como instituição provocadora da Justiça quanto como espaço extrajudicial de resolução de conflitos.

Diversos trabalhos (DALLARI, 1998; MELAMED e RIBEIRO, 1995; TORRES-FERNANDES, 1999) têm demonstrado recentemente a atuação desta instituição na busca pela garantia dos direitos sociais. No campo da saúde seu desempenho está ligado aos grupos organizados da sociedade. Em dissertação de mestrado (MACHADO, 2006), observou-se que os Conselhos de Saúde têm no Ministério Público um excelente parceiro de luta. Além dos Conselhos, observa-se a atuação conjunta com associações de patologias específicas em busca da melhoria ou da implantação de determinados serviços de saúde.

Neste sentido, é importante salientar a forma de atuação do MP, cujo principal instrumento é a Ação Civil Pública (ACP). Entretanto, esta instituição tem-se detido nas fases pré-processuais, ou extrajudiciais, para a resolução de seus conflitos, conforme apontam Vianna e Burgos (2002), de maneira que poucos inquéritos chegam a se transformar em Ações Cíveis Públicas. Muitas disputas levadas a cabo por esta instituição têm sido solucionadas com a assinatura de um Termo de Ajustamento, espécie de compromisso entre as partes em desacordo, que visa estabelecer a responsabilidade dos gestores na correção de problemas específicos, além de compreender propostas claras de possíveis soluções, estipulando prazos de execução. No caso estudado, da atuação dos MP Federal e Estadual de Porto Alegre no campo da saúde, em cinco anos, apenas duas Ações Cíveis foram levadas ao Poder Judiciário.

A receptividade do Poder Judiciário em relação às ações demandando direitos individuais ou direitos coletivos tem-se mostrado diversa. Em geral obtêm-se mais resultados em pleitos individuais, nos quais o processo diz respeito à compra de um insumo específico ou ao pagamento de um procedimento médico-hospitalar, fato que tem dado mais notoriedade ao processo de judicialização da saúde no Brasil. O Poder Judiciário tem evitado opinar sobre os casos dirigidos pelo Ministério Público na área da saúde, possivelmente porque tais ações incidam diretamente na condução das políticas públicas para o setor e requeiram maior gasto público.

2.1.1. Aspectos históricos da atuação do Judiciário no Brasil

Em seu estudo sobre ações requerendo medicamentos para o combate da AIDS, Gouvêa (2003) mostra que o ano de 1996 foi um marco de mudança de postura no Poder Judiciário. O autor argumenta que, antes deste ano, todas as ações (individuais e coletivas) encaminhadas à justiça eram sumariamente negadas, ao passo que a partir desta data, quase todos os pedidos passaram a ser aceitos pelo Poder Judiciário. A justificativa inicial para a negação do direito baseava-se na interpretação do artigo 196 da Carta Magna meramente como uma norma programática, insuscetível de produzir efeitos jurídico-positivos. A questão relevante que se apresenta é a respeito do motivo da mudança de postura do Poder Judiciário.

Primeiramente, como não poderia deixar de ser, destaca-se a criação da lei nº 9.313/96 que garante a distribuição gratuita e universal de anti-retrovirais. Esta obrigação é conjunta e solidária entre a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal. Por não ter definido especificamente de quem era a atribuição da dispensa destes medicamentos, a maior parte das ações incidem sobre os estados, conforme estudo de Messeder, Osório-de-Castro e Luiza (2005). Estes autores argumentam que os medicamentos para tratamento da AIDS são fornecidos ou pelo Governo Federal ou pelos estados para que os municípios os distribuam. As ações deveriam, portanto, incidir sobre os municípios. “Este proceder implicaria também uma maior responsabilização das autoridades sanitárias dos municípios, intimadas a cumprir a lei” (Idem, p.531).

Os autores demonstram em seu estudo que, a partir de 1997, com a estruturação do Programa Nacional de DST/AIDS e a distribuição gratuita e organizada dos medicamentos de combate a AIDS, houve uma diminuição expressiva de processos judiciais nesta área. Ao que tudo indica, a grande quantidade de ações para garantia de medicamentos no tratamento da AIDS proporcionou uma ampliação da própria lei, provocando tanto o Legislativo para a criação desta lei, quanto o Executivo para a adoção desta política. Contrariamente à perspectiva de que esta interferência do Poder Judiciário provocaria uma retração da cidadania (por diminuir o peso das instâncias eleitas do Estado de Direito, isto é, o Poder Legislativo e o Executivo), no caso aqui destacado, ela possibilitou a ampliação desta (ainda que não pelas vias da democracia representativa tradicional), mediando o acesso dos cidadãos às instâncias

legisladoras e executoras das leis (pela via de uma democracia, por assim dizer, mais participativa). Trata-se, enfim, da ampliação da cidadania através da participação, embora restrita, de grupos organizados da sociedade que passam a desempenhar o papel de agentes provocadores da justiça. Este tipo específico de participação proporciona um acesso indireto dos cidadãos às instâncias formuladoras das leis.

A princípio, o surgimento de uma lei específica quanto ao fornecimento de medicamentos anti-retrovirais, por delimitar assim o campo de aplicação da lei, poderia ter significado a diminuição da discricionariedade dos juízes e, conseqüentemente, a diminuição da interferência do Poder Judiciário no campo da saúde. No entanto, o que se observou foi justamente o oposto. Se antes o artigo 196 era considerado uma norma programática, a partir do ano de 1997, o mesmo texto passou a ser reconhecidamente uma norma constitucional de plena eficácia. Isto, no entanto, não é um consenso no meio jurídico. Não se pode deixar de considerar, conforme argumentação de Werner (2008, p.96), que no contexto de escassez de recursos em que vivemos “o direito à saúde tem um viés programático incontestável, pela própria evolução de seu objeto”. Além disso, “sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, prognóstico ou medicamento, uma nova doença ou a volta de uma doença antiga. Lidar com essa complexidade de tantas informações torna necessário uma constante revisão do sistema inerente a seu próprio objeto”.

Pode-se dizer que o julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário (RE) 271.286, no ano de 2000, consolidou a tendência, verificada há pelo menos²³ três anos, no julgamento das demandas judiciais em saúde no Brasil. O voto do Ministro Relator Celso de Mello evidenciou a materialidade do direito à saúde no Brasil:

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSE-QUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Segundo Gouvêa (2003, p.106), impulsionadas por esta mudança no padrão decisório baseado na interpretação de que o direito à saúde tem em sua normatividade a aplicabilidade imediata e a eficácia plena, “ações versando o fornecimento de medicamentos para outras doenças foram se tornando cada vez mais freqüentes e com maior porcentagem de êxitos”.

²³ Importante destacar que não foi o STF o propiciador dessa mudança, ele proferiu sentença a reboque dos acontecimentos.

Esta ampliação do Poder Judiciário, segundo Cappelletti (1993), viria a sanar as dificuldades que os Poderes Executivo e Legislativo apresentam em vocalizar a vontade popular. Estas instituições operariam como “complexa estrutura política, em que grupos variados procuram vantagens, manobrando entre vários centros de poder [e] o que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...) e sim, freqüentemente, o compromisso em ter os grupos com interesses conflitantes” (idem, p.95).

Além disso, Vianna et al (1999, p.18) ressaltam que nos Estados Modernos os parlamentos estão tão empenhados em resolver conflitos partidários que acabam sem condições de responder com agilidade às demandas sociais. De alguma forma, esses Parlamentos voltaram-se para uma discussão interna e se distanciaram profundamente dos anseios sociais e, principalmente, de suas funções precípua. Assim, seguem os autores, “os parlamentos atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas que, para evitar a paralisia, encontram-se ante a necessidade de transferir a outrem grande parte da sua atividade, de maneira que suas atribuições terminaram em abdicação” (idem). Diante deste cenário, o Poder Judiciário tem, na medida em que a legislação permite, tomado as rédeas do debate e provocado transformações substantivas no desenvolvimento das políticas públicas no Brasil, em especial no campo da saúde.

Esta interferência do Poder Judiciário na política não é um fenômeno particular ao Brasil. Tate e Vallinder (1995) identificam a interferência de mandados dos tribunais nas políticas públicas em quase todos os países democráticos nos últimos anos. Além disso, os autores ressaltam que, mesmo os países membros da União Européia, já tiveram suas políticas alteradas devido à ingerência da Corte Européia.

2.1.2. Formas de atuação do Judiciário

No Brasil, a liminar tem sido o instrumento principal utilizado pelo Poder Judiciário para garantir o acesso imediato de um cidadão a um determinado bem ou serviço de saúde. Ela pode ser concedida em função de Mandado de Segurança (art. 5º, LXIX, CF/88) impetrado por algum indivíduo que tenha seu direito líquido e certo não garantido por alguma

instância ou autoridade pública, ou também em função de uma Ação Civil Pública (art. 129, III, CF/88) iniciada pelo Ministério Público (esquema 1).

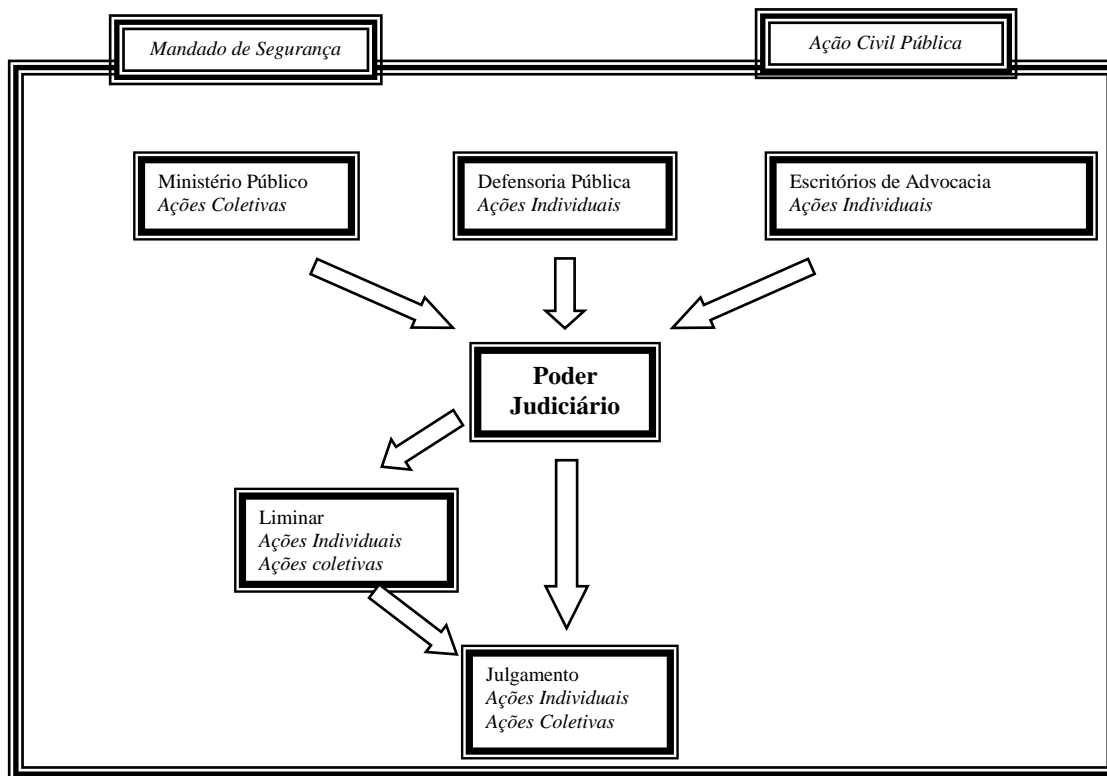
Em Dissertação de Mestrado (MACHADO, 2006), constatou-se que no caso do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, foram raríssimas as liminares concedidas a pedido do MP. Prática oposta adotada em relação às demandas individuais na mesma localidade. Muitas críticas, todavia, decorrem desta opção do Judiciário. “Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência” (GOUVÊA, 2003, p.113).

Recentemente uma médica do Hospital Miguel Couto²⁴ foi detida por não acatar a ordem de internação de um paciente. Em muitos casos, o Judiciário impõe uma determinação de internação mesmo sem indicação médica para tanto. Exemplos desse tipo têm acontecido freqüentemente em hospitais como o Inca, que, mesmo sendo um hospital específico para o tratamento de câncer, já recebeu mandados para a internação de pacientes que não conseguiram vaga em leitos de outras unidades hospitalares. Ou, conforme noticiado pelo jornal O Globo de 15 de março de 2008, uma mulher conseguiu na justiça prioridade para transplante, furando a fila estabelecida pelo sistema de transplantes. Além disso, em outros casos, obriga-se o Estado a arcar com o pagamento imediato de determinados bens sem que os mesmos passem por um processo de licitação, causando um desequilíbrio avassalador nas contas públicas, e, principalmente, no orçamento destinado à saúde.

Obviamente a questão do orçamento deve ser revista, até porque é visível aos olhos da sociedade a falta de recursos para este setor, mas, mesmo que fossem suficientes para arcar com os principais serviços de saúde de toda a população, repetidas demandas para a aquisição de determinados bens ou serviços seriam suficientes para desestabilizar financeiramente a gestão de muitos sistemas de saúde. O que está em jogo neste caso é a possibilidade do Poder Judiciário impelir o Executivo a realizar repetidas compras com dispensas de licitação, o que, de alguma maneira, pode levar o Estado a cometer atos de improbidade administrativa (Lei 8429/92). Este é, certamente, o olhar dos gestores sobre as demandas judiciais. Não se poderia esquecer que, para o usuário que teve sua demanda atendida, o processo tem um valor substancialmente positivo. A polêmica, no entanto, em torno desta situação, acaba sendo a

²⁴ Ver http://odia.terra.com.br/rio/htm/geral_103687.asp, acessado dia 17/09/2008.

criação de mais um viés de acesso à saúde, ou seja, passa a ter acesso à saúde quem tem acesso à justiça. O acesso individualizado ao Judiciário acaba por criar outro aspecto de exclusão do sistema.



Esquema 1 – Fluxo do processo judicial

Fonte: Elaboração Própria

Esta inserção do Poder Judiciário no campo da saúde pode ser percebida como um forte indício de “judicialização da política” (forma abreviada de nomear a “expansão do Poder Judiciário” – Tate e Vallinder, 1995), no entanto, apenas este aspecto, as demandas individualizadas – face mais visível da atuação da justiça no campo da saúde no Brasil – não seria suficiente para nomear o processo como judicialização. Esses autores construíram um tipo ideal com oito condições para identificar o fenômeno da judicialização.

Veríssimo (2006) empreende uma análise desses fatores para constatar se no Brasil estaríamos presenciando um típico caso de judicialização da política. Diante das evidências apresentadas por este autor podemos afirmar com toda certeza que o Brasil detém hoje todas as condições possíveis para que ocorra um processo de judicialização, o que, efetivamente, vem acontecendo. No entanto, é necessária a preocupação sociológica de analisar cada um dos fenômenos de judicialização no Brasil tendo por base a orientação de Tate e Vallinder (1995).

A análise de Veríssimo volta-se principalmente para as mudanças legais e os padrões de julgamento do Judiciário, não se detendo a uma área específica. A esse respeito é possível observar que, apenas recentemente, esta expressão tem aparecido com mais frequência²⁵ em trabalhos acadêmicos para descrever a inserção do Poder Judiciário no desenvolvimento da política de saúde. Ocorre, certamente, uma apropriação do termo por gestores do SUS, sem, contudo, haver uma preocupação teórica com seu uso. Não é qualquer atuação do Poder Judiciário que pode ser considerada como judicialização. Aliás, judicialização não se restringe sequer à atuação deste Poder.

2.1.3. Elementos teóricos para compreensão do fenômeno da judicialização

O termo Judicialização ganhou corpo a partir da publicação do trabalho dos Norte-Americanos Tate e Vallinder (1995) para quem a judicialização envolve essencialmente tomar algo sob a forma do processo jurídico, tanto em termos de transferência das decisões sobre direitos da legislatura, do gabinete, do serviço civil para as cortes; quanto em termos da disseminação dos métodos e decisões judiciais para além da esfera judicial propriamente dita. Tem-se, portanto, dois processos distintos, o primeiro denominado **judicialização da política**, objeto deste trabalho, e o segundo, **judicialização das relações sociais**²⁶.

De acordo com a discussão realizada por Tate (1995), na qual o autor pretende desvendar as condições políticas e os seus valores implícitos na promoção do processo de judicialização, existem algumas condições necessárias para que possamos identificar na realidade a expansão do Poder Judiciário. O autor ressalta que umas são condições necessárias e outras, facilitadoras, mas nenhuma delas isolada seria suficiente para garantir a existência deste fenômeno. Seriam elas: 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

²⁵ Destaca-se aqui os trabalhos de Marques e Dallari (2007), Borges (2005) e Pereira (2006) que têm como foco aspectos da judicialização da saúde.

²⁶ Embora este não seja o objeto específico deste projeto de tese, cabe destacar que a criação do campo específico do Direito Sanitário estaria dentro desta categoria.

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 representativos tradicionais, não conseguiria impedir; 5) existência de instituições majoritárias incapazes de reunir em torno de si apoio público suficiente para defender suas políticas, havendo, portanto, a necessidade de se buscar no Poder Judiciário a efetivação destas políticas; 6) uma percepção geral negativa quanto às instituições originalmente responsáveis pela formulação de políticas públicas, vindo esse sentimento negativo de receios públicos quanto a clientelismo, personalismo e corrupção; 7) inércia proposital do legislativo quanto ao trato de certas questões (ou seja, falta de consenso político); e 8) uma postura dos juízes no sentido de aceitarem o desafio de opinar sobre questões políticas.

Esta última característica é ressaltada pelo autor, pois, mesmo coexistindo na realidade uma gama desses condicionantes, não seria possível afirmar a existência da judicialização. A judicialização da política, para o autor, requer que os juízes tenham atitudes pessoais, preferência política e valores apropriados. A judicialização, neste sentido, depende acima de tudo da opção dos juízes de participarem do processo de decisão política no lugar de simplesmente deixarem que as decisões sejam tomadas nos órgãos e instituições usualmente competentes para tanto.

Para Maciel e Koerner (2002), o estudo do caso brasileiro requer que este termo tenha uma definição mais clara que permita identificar mais precisamente a profundidade deste fenômeno no Brasil. De acordo com autores, sua utilização tem ocorrido, em muitos casos, de forma até mesmo paradoxal, o que não permite que se tenha a clara delimitação de seu conteúdo, por isso propõem uma diferenciação da interpretação dada à judicialização a partir de duas matrizes teóricas influentes no cenário nacional. A primeira é representada por Rogério Arantes, que “utiliza a idéia de judicialização da política para referir-se ao ativismo voluntarista do Ministério Público e suas implicações negativas seja para a integridade das funções políticas das instituições representativas, ou ainda, para a própria manutenção da independência funcional da instituição” (idem). A segunda matriz, segundo eles, é representada por Werneck Vianna e trata a judicialização em termos “da ampliação dos instrumentos judiciais como mais uma arena pública a propiciar a formação da opinião e o acesso do cidadão à agenda das instituições políticas” (idem).

Ao analisar o fenômeno da saúde no Brasil, são encontrados argumentos que justificam ambas as posições. De um lado estão principalmente os gestores de saúde, que, abarrotados de Mandados de Prisão, mudam as salas de seus gabinetes para não serem encontrados. Por outro lado, determinados grupos organizados da sociedade civil vêm no Poder Judiciário, na linha defendida por Werneck Vianna, uma forma de acesso aos seus direitos. Conforme sustenta Cappelletti (1993, p.99), muitos grupos que não encontram escuta nos poderes políticos têm no Poder Judiciário uma imensa possibilidade de acolhida. Outrossim, como lembram Vianna e Burgos (2002, p.341), o “*judicial review* e a afirmação de leis fundamentais que impõem limites à regra da maioria, abrem para os cidadãos novos lugares de *representação* da sua vontade”. Além disso, um dos aspectos da judicialização descritos por Tate diz respeito à revisão jurídica das ações da legislatura e do Executivo, conforme a Constituição do país.

Esta premissa possibilita ao Poder Judiciário impor limites constitucionais à ação dos outros dois Poderes, protegendo-os de infringir sua própria determinação, ou ainda de excederem ou não realizarem à altura suas atribuições. Impor limites aos outros dois poderes é algo claro na democracia, condição presente no sistema de *check and balances*. Conforme afirmou Cappelletti (1993, p.107), “parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia significa também participação, tolerância e liberdade”.

Uma discussão sobre democracia extrapolaria em muito os limites desta tese, contudo, cabe pontuar alguns traços relevantes a esse assunto que permeiam a discussão de judicialização. O primeiro ponto a ser destacado está presente no importante livro de Cappelletti *Juízes Legisladores?* Uma pergunta que poderia ser formulada a partir dele seria se a criação de leis por parte do judiciário, *judiciary law*, teria interferência sobre o processo democrático, tanto no sentido de sobrepujar as tarefas do legislativo, quanto sobre a própria legitimidade das leis criadas por aquela instituição. A este questionamento Cappelletti (1993, p.107) argumenta que,

“um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas”.

Para compreender melhor a tais questões, deve-se retornar a algumas premissas presentes no início do texto do autor. Para Cappelletti (1993, p.24) “é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *law making*”. O ponto principal está no

grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial. O autor retoma três regras fundamentais, presentes nos processos judiciais, sem as quais o Poder Judiciário deixaria de ser uma instância legítima de resolução de conflitos, tornando-se, assim, um tribunal extremamente autoritário. A primeira destas regras exige que o juiz não decida sobre qualquer caso que ele mesmo seja um dos interessados e participantes. A segunda impõe o “caráter contraditório do processo, isto é, que todas as partes da relação ou estado objeto do juízo, pessoalmente ou por meio de seus representantes, tenham efetiva oportunidade de se defender e, assim, uma adequada oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial (CAPPELLETTI, 1993, p.75)”. A terceira, ao contrário do que ocorre nos procedimentos dos outros dois Poderes, impõe uma atitude passiva, na medida em que uma ação não pode ser iniciada pelo próprio juiz. O Poder Judiciário só pode decidir mediante uma provocação externa.

Sob o ponto de vista da atuação até certo ponto limitada do Poder Judiciário, seria inconsistente afirmar que a *judiciary law* atuaria de forma negativa sobre os preceitos democráticos. Não seria correto afirmar nem que estas leis substituiriam ou que teriam a mesma abrangência das leis do Poder Legislativo. Dentre as limitações, descritas por Cappelletti, às leis do Judiciário, destaca-se o fato de que “quando os juízes tomam certas decisões de caráter político, *lato sensu*, têm a sua disposição escassos instrumentos para lhes assegurar a execução, e geralmente são carentes de qualquer possibilidade de observar e controlar, caso por caso, tal execução e seus efeitos” (CAPPELLETTI, 1993, p.87).

Por outro lado, segue o autor, retomando um argumento de Michell, “a impotência relativa dos tribunais de executarem a sua vontade, por exemplo, é vista por alguns como uma fonte de força, antes que de fraqueza, pois induz os juízes a comandar convencendo, em vez de constringendo” (CAPPELLETTI, 1993, p.90). Conclui o autor: “parece-me, portanto, que a produção judiciária do direito, nada obstante todas as limitações que lhe são inerentes e das quais já falei, não é em absoluto antidemocrática por si mesma” (CAPPELLETTI, 1993, p.106). Tate e Vallinder (1995), numa perspectiva semelhante, afirmam que, embora a expansão do Poder Judiciário não seja uma condição necessária para um país consolidar sua democracia, dependendo das circunstâncias, ela tem sido considerada inevitável, principalmente em países de construção democrática recente, como o caso do Brasil.

Observa-se, no entanto, a existência de inúmeras resistências a este processo, tanto por parte das instituições majoritárias, como o Legislativo, quanto de organismos supra-nacionais

interessados em certo desenvolvimento econômico brasileiro. A esse respeito, Veríssimo (2006) ressalta a importância das críticas realizadas por organismos internacionais na década de 1990, no momento da efetivação de reformas econômicas. Este autor enfatiza as diretrizes, propostas por instituições como o Banco Mundial, FMI e OMC, de que o judiciário tem que ser mais *eficiente*, ou seja, menos ativo em questões menos importantes.

Para esses organismos, o Judiciário brasileiro tem um alto grau de imprevisibilidade, o que interfere no pleno desenvolvimento econômico do país. Nesta linha de interpretação, ao Poder Judiciário restaria apenas a função de adjudicação dos conflitos e de *efetivação de contratos*. O autor lembra que, a fim de ir ao encontro da perspectiva desses organismos, foram editadas duas Medidas Provisórias para limitar o poder do Judiciário quanto à concessão de liminares as quais visavam tanto impedir a efetivação do Plano Collor, e da política econômica efetivada subsequente, quanto impedir os processos de privatização.

A primeira delas, editada pelo então Presidente Collor, MP 8437/92, incumbia o presidente do STF a suspender qualquer liminar concedida em juízo inferior “em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia do País” (VERÍSSIMO, 2006, p.208). A segunda delas, a MP 1570/97, que alterou a lei de Ação Civil Pública, editada durante a gestão do Presidente Fernando Henrique, visava conter a eficácia das decisões dadas em ações coletivas, restringindo-as à competência territorial do órgão que as profere. Esta foi, de acordo com Veríssimo, uma resposta “a uma modalidade específica de ativismo judicial, desta vez identificada com a reação ao processo de privatizações em curso (incluindo as mais de 100 decisões liminares diferentes, dadas em todo o Brasil, que suspenderam o processo de privatização da Cia. Vale do Rio Doce)” (VERÍSSIMO, 2006, p.208).

2.1.4. Eixos principais de interpretação da judicialização

Na obra “Judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, Vianna *et al* (1999) discutem a judicialização a partir de dois eixos interpretativos. O primeiro deles, o eixo *procedimentalista*, representado por Habermas e Garapon, afirma que este fenômeno

contribui para a diminuição (ou privatização) da cidadania. Na interpretação de Vianna *et al* (1999) sobre Garapon “a judicialização da política e do social seria, então, um mero indicador de que a justiça se teria tornado um último refúgio de um ideal democrático desencantado” (VIANNA et al, 1999, p.25). De mesma forma, “a judicialização da sociedade desinstitucionalizaria a democracia, marginalizando as instituições de mediação – as associações e os partidos políticos” (VIANNA et al, 1999, p.26).

Neste eixo interpretativo, assume-se que a concepção de justiça é da autonomia e não do bem-estar. Desta forma, os cidadãos “teriam que se reconhecer como autores no seu direito, e não como seus destinatários” (VIANNA et al, 1999, p.26). Além disso, a única forma de se garantir a igualdade entre os cidadãos seria pela ampliação dos canais de formação da vontade majoritária, o que ocorreria pelo permanente aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos. A tarefa do direito seria justamente garantir esses procedimentos. Mas, ao contrário disto, quando a sociedade buscasse por via judicial a garantia de seus direitos ou a ampliação destes, estaria realizando um processo de privatização da cidadania. Para Veríssimo (2006), um dos efeitos da transformação dos juízes em atores políticos (mesmo sem terem sido eleitos para desempenharem esta função) seria o fato de não poderem ser responsabilizados por suas decisões e, portanto, não ser possível destituí-los de suas funções pelo “exercício equivocado da adjudicatura” (VERISSIMO, p.12).

No segundo eixo, o *substancialista*, representado por Cappelletti e Dworkin, a judicialização é tratada como uma extensão da democracia e uma ampliação da cidadania. Para Cappelletti (1993, p.34) “o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos de meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização de suas expectativas de direito”. Numa perspectiva mais ampla, “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). A fim de ampliar a perspectiva adotada neste segundo eixo de interpretação, convém resgatar, conforme Vianna e Burgos (2002), a idéia de *soberania complexa*, na qual estão presentes tanto a clássica concepção de cidadania política, representada formalmente pelos ritos eleitorais, quanto uma “cidadania social”.

“Verifica-se que a pluralização da soberania tem coincidido com a ampliação dos níveis de representação, que passam a compreender, além dos representantes do povo por designação eleitoral, os que falam, agem e decidem em seu nome, como a magistratura e as diversas

instâncias legitimadas pela lei a fim de exercer funções de regulação” (VIANNA e BURGOS, 2002, p.170).

Justamente por agregar características de uma representatividade política e judicial, a *cidadania complexa* não diminuiria a participação e a influência da sociedade no processo político, mas, ao contrário, expandiria suas possibilidades de influência e de inserção na condução da política, contribuindo para concretizar a própria “supremacia do povo soberano sobre os poderes que são exercidos em seu nome, dado que o povo somente pode exercer controle sobre seus representantes por meio de uma outra representação” (VIANNA e BURGOS, 2002, p.366). Nesse caso, entretanto, a representação seria quase sempre individual (cidadão autor no seu direito). A “supremacia do povo”, de fato, se converteria na supremacia dos indivíduos de buscarem autonomamente o seu bem-estar. A lei se amplia, mas, sobretudo, para aquele que a reivindica em foro particular, sem a mediação de partidos, sindicatos ou qualquer outra organização que expresse interesses coletivos com os quais ele compartilha.

De um lado, a cidadania política permite a participação dos cidadãos nos procedimentos democráticos que levam à formulação da lei; por outro lado, a cidadania social fornece a esses cidadãos a possibilidade de reivindicar judicialmente a aplicação da lei. No caso brasileiro, isto se verifica, por exemplo, a partir das instituições da Ação Civil Pública, do Mandado de Segurança e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin). Este processo caracteriza-se por proporcionar uma dupla inserção na vida pública dos homens comuns.

Importante ressaltar que a própria Constituição Brasileira prevê a participação da sociedade civil organizada e do Ministério Público no controle da constitucionalidade das leis. Assim, Vianna e Burgos (2002, p.371) concluem que “não se trata de uma migração do lugar da Democracia para o da Justiça, mas de sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada tanto pela cidadania política nas instituições clássicas da soberania quanto pela cidadania social”.

A *cidadania complexa* possibilitou a inclusão de diversos segmentos e grupos da sociedade civil que antes se viam completamente distantes da participação social. E, uma vez que agora uma parte significativamente maior da sociedade participa da criação dos direitos, dos quais são seus destinatários, fixam e alargam ainda mais o campo dos direitos já declarados (VIANNA e BURGOS, 2002, p.374). Isto é importante na medida em que compreendemos, por exemplo, a saúde como algo específico a um dado momento histórico e social. Desta forma, ao se garantir os direitos básicos nesta área, é possível começar a pensar

na própria ampliação destes direitos, seja por via legislativa, seja por via judicial. “Pode-se sustentar, portanto, que a conquista de direitos *ainda* ignorados e a luta pela preservação dos direitos *já* declarados são processos que se reforçam mutuamente” (idem).

A conquista de novos direitos no campo da saúde é um processo viável, e vem ocorrendo, porque o conteúdo das leis no campo é amplo e geralmente indeterminado, a exemplo da polêmica discussão a respeito da inserção, no gasto da saúde, de medidas de combate à fome. A grande “abertura²⁷” que compõe o texto da saúde na Constituição de 1988 criou no Brasil um duplo movimento. Se os conceitos jurídicos indeterminados eram insuficientes para garantir a oferta de bens e serviços de saúde para a população brasileira, num momento seguinte, essa mesma indeterminação foi usada como artifício para a garantia do direito à saúde. Neste meio tempo é nítida a mudança de postura do Poder Judiciário, que deixou de ser uma tímida instituição, para assumir um papel de destaque no setor saúde²⁸.

Isto ocorreu no sentido de que “quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais” (VIANNA et al, 1997, p.27). E, conforme aceção de Cappelletti (1993, p.102) “a lei é um mito, que deve ser interpretada e completada para traduzir-se em ação real e que a interpretação judiciária, mesmo tendo por objeto a lei, em certa medida é sempre criativa do direito”.

Esta perspectiva pode ser associada à idéia de “Direito Responsivo”, apresentada por Nonet e Selznick (1978) pelo prisma da abertura do Direito às necessidades sociais. Para estes autores, o estágio do Direito Responsivo torna o Direito mais aberto e mais responsável pelas necessidades sociais, oferecendo algo a mais do que uma justiça procedimental, paradigma que eles denominam “Direito Autônomo”. Pela via do Direito Responsivo, “as instituições legais desistiram da segurança insular do Direito autônomo e tornaram-se instrumentos mais dinâmicos da ordem social e da mudança social. Nesta reconstrução, o ativismo, a abertura e a competência cognitiva combinam-se como motivos básicos” (NONET e SELZNICK, 1978,

²⁷ De acordo com Veríssimo (2007, p.28) a crescente indeterminação normativa “identifica-se com o uso de expressões abertas pelo direito e com a preferência do legislador pelo uso de *princípios* genéricos ao invés de *regras* particulares, diretas e específicas, até como consequência da necessidade, sentida pelos parlamentos, de outorgar níveis cada vez maiores de *discricionariedade* aos órgãos do Poder Executivo”. Além disso, é importante ressaltar a imensa dificuldade de criação de consensos no Legislativo.

²⁸ Se for encarado o exemplo da participação dos movimentos sociais na definição da Política Nacional de AIDS sob a perspectiva apontada, percebe-se claramente a atuação do Poder Judiciário como definidor de prioridades e, no limite, como legislador. A questão subjacente a esta atuação diz respeito à legitimidade do Poder Judiciário para intervir sobre a própria alocação orçamentária definida pelo Legislativo e o Executivo. Será retomado este ponto mais a frente.

p.74). A justiça não seria alcançada, portanto, simplesmente pela interpretação das normas jurídicas, mas sim pela construção de instituições responsivas.

Por outro lado, alertam os autores, a abertura provocada por este tipo de direito só é possível numa sociedade com um patamar mínimo de igualdade entre os cidadãos, caracterizado por um elevado grau de consciência política, de educação, bem como por costumes estabelecidos de ativismo e participação social. A atuação do Poder Judiciário e a adoção de meios jurídicos na formação de políticas de saúde aconteceram, portanto, juntamente com o desenvolvimento de algumas destas características na população (ou de uma parcela desta, mais bem organizada), sobretudo, com o amadurecimento da participação de amplos setores da sociedade na elaboração das políticas públicas de saúde.

2.1.5. Críticas à Judicialização

Veríssimo (2006) retoma a idéia norte-americana de “*institucional capacity*”, traduzida como “capacidade instrumental”, para analisar a atuação do judiciário sobre as políticas sociais. Essa matriz realiza uma crítica à judicialização baseada na “incapacidade de seus *instrumentos* para resolver esse tipo de disputa. Os órgãos judiciários, diz-se, são formuladores de políticas erráticas e geralmente regressivas²⁹, por suas próprias características institucionais, e pelas próprias características do tipo de procedimento que utilizam” (VERISSIMO, 2006, p.14). A lógica dos instrumentos do Poder Judiciário exige que os juízes sejam *objetivos* em suas sentenças, limitando-se aos argumentos expostos e às partes envolvidas no processo. Isto impede que os juízes expressem suas opiniões pessoais ou que adotem preferências majoritárias para a solução de determinado conflito. A decisão do juiz não leva em conta as prioridades de alocação de recursos estabelecidas pelo conjunto da sociedade. Além disso, a garantia de direito a indivíduos pela via judicial pode implicar, em

²⁹ A formulação política própria dos Legislativos volta-se para a análise do futuro, diferente da forma de julgamento do Judiciário, que olharia para o passado para dar seu veredicto. O objetivo do julgamento realizado pelo Poder Judiciário não é o de estabelecer direitos, mas o de verificar se os direitos já estabelecidos foram ou não respeitados em uma dada relação bilateral (Veríssimo, 2007).

muitos casos,³⁰ na negação desses mesmos direitos para outros cidadãos. Face essa situação, o cidadão transmuda-se cada vez mais em consumidor³¹.

Este autor retoma quatro fatores necessários ao procedimento judicial que garantem ao Poder Judiciário independência das pressões de grupos e instituições:

“1) Não são eles que escolhem a agenda nem os termos do debate, sendo assim obrigados a resolver questões que talvez de outro modo preferissem ignorar;

2) não são eles que determinam quais são as vozes que deverão ser ouvidas, obrigando-se assim a ouvir todos aqueles que têm interesse direto no conflito;

3) são obrigados a responder, não podendo deixar sem análise um pedido que lhes seja endereçado;

4) suas respostas têm que ser motivadas, e apenas contam com motivos aceitáveis aqueles que não se assentem em preferências pessoais. Por não serem eleitos, os juízes não precisam expressar vontades majoritárias, assegurando-se assim sua independência em relação às pressões políticas” (VERISSIMO, 2006, p.15).

Estas características garantem simultaneamente a lisura do processo judicial e a incapacidade instrumental do Judiciário de opinar sobre políticas públicas. Até porque sua inércia não lhe permite que identifique questões sociais prioritárias que necessitem de intervenção. Sua atuação deve ficar restrita às políticas que lhes são submetidas pelos indivíduos que consideram não ter seus direitos garantidos. Sob esta perspectiva, somos impedidos de afirmar que se trata de uma ampliação da democracia, porque, mesmo que os juízes quisessem, eles não teriam como interferir no cerne das decisões políticas, suas atuações são limitadas. Se o Executivo e o Legislativo perderam, de alguma forma, parte de sua força, houve, em seu lugar, uma expansão do poder Judiciário, logo, foi a própria democracia que se tornou limitada. “O judiciário também não pode desenhar a política pública de sorte a acomodar os vários interesses em jogo, exercendo o papel criativo e flexível que se espera de um engenheiro social” (VERISSIMO, 2006, p.16). Sua atuação resume-se ao “tem ou não tem direito”, “certo ou errado”, “justo ou injusto”, sendo obrigado a fornecer uma resposta que sabe que não será a melhor para aquela situação. Por este motivo diz-se que o Judiciário é incapaz de resolver problemas policêntricos.

“Conflitos policêntricos em geral são resolvidos por métodos parlamentares que incluem uma espécie de participação em forma de acordo político. Por excelência, a alocação de recursos econômicos segue essa regra, já que os elementos policêntricos são de tal natureza importantes que qualquer tentativa de alocação judicial estaria fadada ao insucesso” (VERISSIMO, 2006, p.92).

³⁰ Certamente esta crítica tem como ponto de partida a chamada “gestão dos recursos escassos”, que é muito comum hoje no meio jurídico e que vem permeando a atuação da gestão de políticas mais sociais. A esse respeito ver a tese de Leivas (2002).

³¹ Esta também é a principal crítica realizada pelos adeptos do eixo procedimentalista.

Assim, como resumo das críticas feitas contra a atuação do judiciário nas questões de políticas sociais, teríamos que: 1) o julgamento de um caso de direito social não poderia ser extrapolado para além dos limites de quem invocasse seu direito; 2) o judiciário não teria legitimidade para agir politicamente, por tratar-se de instância não eleita; 3) a idéia do contraditório bilateral não serviria para analisar questões plurilaterais; 4) o fato do judiciário atuar somente mediante provocação criaria um viés de acesso aos direitos sociais; 5) a lógica de atuação do judiciário, de olhar para o passado, iria de encontro às necessidades futuras vislumbradas no momento da formulação política; 6) o trâmite processual impede que os juízes tenham uma visão ampliada do conflito, sendo obrigados a se deterem à argumentação das partes.

2.1.6. As ações no STF

Ao considerar que a função precípua da Suprema Corte é o controle constitucional das leis, a análise das Adins torna-se um campo de estudo privilegiado para o entendimento do sentido que tem tomado o Poder Judiciário no processo de decisão política. Tal processo ocorre somente no âmbito dos Estados Democráticos de Direito, sob o manto do “império das leis”, isto é, toda decisão política deve, por princípio, ser tomada de acordo com as leis vigentes ou através da criação de novas leis, sendo a Carta Constitucional, para Hans Kelsen, o vértice para onde deve convergir todo o ordenamento jurídico.

“Ao tratar o fenômeno jurídico como um sistema de normas válidas, ou seja, leis que estariam em conformidade com aquelas que lhes seriam diretamente superiores, hierarquicamente organizadas, até chegar ao preceito fundamental – *Grundnorm*: fundamento de validade de todo o sistema jurídico – o pensador vienense reduz o âmbito do estudo da Ciência Jurídica à norma (ou ao conjunto delas)” (SILVEIRA, 2006, p.175).

A compreensão deste modelo legal hierarquizado nos ajuda a vislumbrar a importância das Adins no balizamento das políticas públicas implementadas pelos entes federativos no Brasil. O modelo federativo adotado no Brasil, embora reconheça a autonomia dos entes federados, tem na União sua principal força unificadora. Isto significa que os anseios destes entes inferiores poderão encontrar limites superiores, caso tentem exceder o que lhes é permitido. Limites estes que são definidos pela Constituição, cujo guardião é o STF (CF/1988, art.102). De acordo com o texto constitucional, em seu artigo 101, o STF é composto por onze

Ministros “escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”, que devem ser “nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”. Os dois principais instrumentos de controle de constitucionalidade disponíveis aos Ministros do Supremo são a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), conforme o artigo 102 da Constituição Federal.

Tais instrumentos são utilizados para a atuação no controle abstrato da constitucionalidade das leis, podendo ser ajuizadas para o controle de leis e atos normativos tanto federais quanto estaduais. Grosso modo, a Adin constitui-se em um instrumento para questionar se determinada lei ou norma obedece aos princípios constitucionais. Em toda Adin o réu será sempre o poder político, responsável pela criação da norma contestada. Já a ADC visa exigir que algum princípio constitucional seja cumprido. Ou seja, a Constituição pode ser violada tanto por uma ação específica, quanto pela letargia do governo.

Ao chegarem ao STF, essas ações são distribuídas aos Ministros, que verificam o atendimento a certos requisitos formais necessários para que possam julgá-las. Caso não preencham tais requisitos, as ações terão seus seguimentos negados. Isto pode ocorrer, por exemplo, no caso do requerente não ter legitimidade para ajuizar uma Adin, ou ainda no caso da norma legal contestada já ter sido modificada. Nesses casos, os processos são extintos sem o julgamento do mérito. No caso da ação ter sido aceita, ela pode receber uma liminar, e, no momento do julgamento do mérito, a ação pode ser considerada procedente, improcedente ou procedente em parte. Em toda Adin são envolvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que emitem pareceres para auxiliar a decisão do Ministro-Relator. Em caso de confirmação da inconstitucionalidade de uma norma, a decisão do Supremo, além de possuir eficácia *erga omnes* (genérica, obrigatória e válida contra todos), pode gerar efeito vinculante, na ausência de disposição em contrário (MARANHÃO, 2003).

A legitimidade para propor Adin e ADC restringe-se a alguns grupos específicos previstos no artigo 103 da Constituição e na lei 9868/99: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Conforme mencionado no início desta tese, a atuação do Judiciário, voltada aos direitos coletivos, é subdividida em dois conjuntos: um restrito às primeiras instâncias do Judiciário e outro situado na instância superior deste poder. A maior parte dos estudos na área da saúde detém-se sobre o primeiro conjunto. Considera-se, no entanto, que seja extremamente relevante voltar as atenções para a instância suprema deste poder no Brasil, uma vez que suas decisões repercutem nacionalmente, conforme o exemplo comentado no início deste capítulo em que a interpretação do STF de que o direito à saúde não é uma norma programática aumentou o número de demandas judiciais nas primeiras instâncias do Poder Judiciário em todo Brasil.

Para Vianna et al (1999, p.48) as Adins foram rapidamente “reconhecidas como um instrumento de significativa importância, não só para a defesa de direitos da cidadania, como também para a racionalização da administração pública³²”. Por outro lado, Taylor (2007, p.245) vê na existência desse dispositivo de contestação legal uma forma de grupos minoritários, que não participaram do debate político deliberativo, inserirem-se posteriormente na discussão. Isto é possível, uma vez que usam os tribunais “como um ponto de veto no jogo político”. Porém, é importante ressaltar que, como reconhecem esses autores, diferente da atuação das outras instâncias do Poder Judiciário, o STF “tem sido muito cuidadoso ao administrar as suas relações com os demais Poderes, evitando o comportamento que a bibliografia qualifica como ativismo judicial” (VIANNA et al, 1999, p.48). Esta ressalva nos remete novamente ao **esquema 1**: o Judiciário tem sua face ativista praticamente restrita aos direitos de consumo individual, quando o assunto são os direitos coletivos, sua face normativa e instrumental se torna mais aparente. Mesmo tendo papel fundamental no Brasil, pouco se tem estudado, no campo da saúde, a atuação do STF na condução das políticas públicas. Sabe-se, no entanto, que, de acordo com pesquisa realizada por Taylor e Daros (2008, p.7), “20,1% das Adins contra leis federais no período de janeiro de 1994 até abril de 2008 resultaram em alguma mudança na legislação contestada”, o que, por si só, já é um forte indício da influência das decisões do Supremo na conformação das políticas no Brasil.

Apesar da reconhecida discricção do STF em matérias relacionadas às políticas públicas, é fundamental resgatar a pesquisa realizada por Vianna et al (1999) sobre esta

³² A grande maioria das Adins pesquisadas por Vianna et al, diziam respeito à administração pública.

instância. Os autores sustentam que a intensa proposição de Adins tem levado o STF a adotar uma atitude mais favorável na assunção de novos papéis. “O tribunal começa a migrar, silenciosamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana” (VIANNA et al, 1999, p.53). Souza (2005) sugere que este movimento do Supremo nada mais seria do que a consequência lógica da Constituição que ele procura resguardar.

“A tendência à constitucionalização de questões consideradas importantes pode ser, portanto, parcialmente creditada às incertezas decorrentes das mudanças de regime político ocorridas nesses três países. No caso do Brasil, também parece refletir uma reação ao descaso do regime anterior em relação aos dispositivos e constrangimentos constitucionais. Dessa tendência à constitucionalização resultou uma Constituição que regula não apenas princípios, regras e direitos – individuais, coletivos e sociais –, mas também um amplo leque de políticas públicas” (SOUZA, 2005, p.109).

Para Vianna *et al* (1999) a descoberta da estratégia do uso das Adins foi feita inicialmente por governadores de Estados que se mostraram insatisfeitos com o processo de criação das Constituições Estaduais. Até meados dos anos de 1990, o STF incorporou “às suas funções a de um órgão superior da administração pública, racionalizando e homogeneizando as máquinas públicas estaduais, segundo os novos princípios constitucionais, um colégio altamente qualificado que delinea, em última instância, a formatação institucional do Estado” (VIANNA et al, 1999, p.66). Os governadores “exercem a judicialização da política em nome da defesa da governabilidade, opondo-se à vontade de uma maioria que lhes parece danosa aos objetivos de racionalização da esfera pública” (VIANNA et al, 1999, p.121). Neste sentido, argumentam os autores, apenas o direito federal apresenta-se como um direito relevante, de forma que os governadores parecem figurar apenas como gestores do direito federal.

Além disso, neste mesmo período, foram empreendidas diversas reformas neoliberais na economia brasileira, conforme comentado nesta tese. Tal circunstância gerou uma reação dos principais grupos opositores a esta política, que voltaram sua atuação para a contestação legal dessas medidas. Parlamentares e partidos de oposição abarrotaram o STF com recursos, na tentativa de impedir o desenrolar daquele processo. Vianna et al (1999) comentam que o início da década de 1990 foi marcado pelo profundo desencontro entre o executivo e o legislativo. Neste momento, a atuação de um presidente de orientação neoliberal se chocou com a presença de um legislativo que não acolhia suas propostas. “A utilização das medidas provisórias, instrumento concebido como cláusula restritiva de somente atender a situações de necessidade e

urgência, como prática rotineira e ordinária terá aí, nessa circunstância de desajuste entre os poderes Executivo e Legislativo, seu momento de origem” (VIANNA et al, 1999, p.49).

Estes autores analisaram as Adins ajuizadas entre 1988 e 1998, segundo os grupos de proposição, concluindo que, dependendo da origem do grupo ou instituição que aciona o STF, este recebe um chamado diferente. Os governadores demandam ações visando racionalizar a administração pública. A Procuradoria chama o STF a uma gestão entre os diversos aparelhos ligados à prestação da justiça (polícia, cartório, MP). As confederações querem que o STF funcione como um substitutivo às ações do *welfare*. Os partidos políticos buscam uma atuação mais clássica na judicialização da política, tal qual as ações dos governadores voltadas para questões da Federação.

Assim como no caso das ações individuais, este tipo de provocação ao judiciário teria como um dos objetivos – utilizando como referencial teórico o eixo substancialista – o acesso das minorias à interpretação da Constituição. Por não terem acesso direto às instâncias majoritárias, dirigir-se-iam diretamente ao STF para que este, desempenhando seu papel de guardião dos princípios constitucionais, analisasse suas interpretações. No entanto, o que se viu na pesquisa realizada por Vianna et al (1999) não foi isto. Ao contrário do esperado, duas grandes figuras têm desempenhado a tarefa de chamar o STF a judicialização: os governadores e os procuradores. “Pode-se dizer, portanto, que o caminho das minorias tem sido aberto e pavimentado por agentes que representam as majorias” (VIANNA et al, 1999, p.91). Não que necessariamente os grupos minoritários tenham se escusado de provocar o STF, mas esta instância não tem reconhecido a legitimidade destes grupos em propor Adins. Os autores mostram que 43% das Adins propostas por confederações de trabalhadores e profissionais não foram conhecidas “ora por ilegitimidade ativa, ora por falta de pertinência temática, entre as quais da CUT, da CGT, da Andes e da UNE” (VIANNA et al, 1999, p.106). Como concluem Taylor e Da-Ros (2008), para estes grupos, a Adin funciona como uma declaração pública de oposição à determinada política. Visam, com isso, angariar atenção pública, “decorrente especialmente da visibilidade que os meios de comunicação dedicam a estes episódios” (TAYLOR e DA-ROS, 2008, p.4).

“As táticas judiciais, em outras palavras, não estão necessariamente assentadas na expectativa de uma vitória judicial. Por esta mesma razão, encarar a influência política dos tribunais apenas sob a ótica dos casos em que estes efetivamente alteram a legislação significa restringir sobremaneira a análise e deixar sem apreciação táticas políticas importantes que envolvem os tribunais mesmo em contextos em que a vitória judicial não é esperada” (idem).

Esse pretense formalismo na análise da legitimidade do requerente tem gerado diversas críticas no universo acadêmico. Para Pacheco (2008), essa característica do Supremo tem retardado sobremaneira a decisão do mérito e, sobretudo, deslocado o foco de atuação dessa instância de questões essenciais para questões puramente formais. Esta atitude tem levado o STF a opinar pouco sobre questões de relevância para todo o território nacional, concentrando-se na análise de ações de pequenos grupos de interesse. Talvez esta seja uma estratégia para evitar o envolvimento do STF com questões mais voltadas para a política, interrompendo, desta forma, o chamado à judicialização. Contudo, tal assertiva não passa de conjectura, necessita ainda de exames empíricos mais profundos.

No entanto, a despeito dessa atuação do STF em relação às Adins de determinados grupos da sociedade civil, não seria correto afirmar uma inoperância intrínseca a esta Corte. Estudo realizado por Taylor (2007) mostra que entre os anos de 1988 e 2002 o STF concedeu decisões de liminares ou de mérito que invalidaram cerca de 200 leis federais. Ao comparar estes dados com os de outros países, o autor indica, ao contrário do esperado, uma atuação expressiva da Suprema Corte no Brasil. Entre os anos de 1994 e 2002 “a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um pouco mais de 600 leis naquele país usando dois instrumentos parecidos com a Adin, mas invalidou somente 21 leis federais; em toda sua história, a Suprema Corte americana invalidou em torno de 135 leis federais” (TAYLOR, 2007, p.236).

Em geral os estudos realizados sobre as Adins (VIANNA *et al*, 2007; DA ROS, 2008, PACHECO, 2008, CASTRO, 1997) não se detêm na análise de um tema específico dessas ações. Debruçam-se sobre aspectos mais gerais, englobando os diversos temas em categorias analíticas. Vianna *et al* (1999, p.87), por exemplo, utilizaram quatro dimensões de análise que englobam as diversas áreas contestadas: a) ações racionalizadoras (voltada a questões orçamentárias); b) interesse da “família judiciária” e afins (diz respeito a atribuições e carreiras dentro de órgãos com funções voltados ao Direito); c) defesa do poder local (diz respeito a leis estaduais que interferem na vida municipal); d) direitos de cidadania (voltados para a garantia dos direitos difusos e coletivos, defesa de grupos étnicos e minorias). Como a saúde não foi um tema específico nesta análise, considera-se que seria extremamente importante analisar as questões envolvidas com a judicialização da saúde no Brasil pela sua dimensão coletiva presente no STF.

2.2.1. As demandas judiciais em saúde

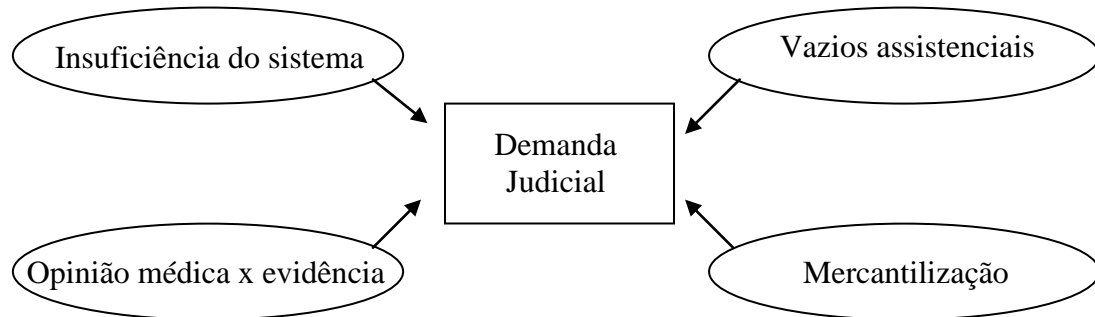
Ao debruçar-se sobre o atual quadro das demandas judiciais em saúde, defronta-se com situações extremas e opiniões diversas. Cumpre destacar que cada ator social envolvido nessas demandas tem uma interpretação sobre este fenômeno. Inicialmente deparou-se com os gestores que, cercados por ações judiciais, encontram-se constrangidos por não conseguirem reverter esta situação. De outro lado, o paciente que, em geral desesperado, vê no Judiciário a última alternativa de acesso aos insumos necessários à manutenção de sua vida. Contudo, não se deve esquecer a importância do profissional médico que cria as demandas por estes insumos e, muitas vezes, estimula o paciente a buscar na justiça o acesso a eles. Não se trata aqui de buscar culpados ou responsabilidades neste processo, mas sim de apontar que existe um círculo vicioso em relação a estas demandas judiciais. Certamente existem distorções neste processo, mas também existem pessoas que têm suas vidas salvas. Não é o caso de buscar argumentos para os casos individuais, mas sim de olhar para o quadro geral que resulta dessas situações.

Recentemente a Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) organizou um seminário com gestores de diversas regiões do país para discutir a questão das demandas judiciais em saúde³³. Talvez o único consenso nas apresentações tenha sido quanto ao problema que isso tem colocado para a gestão, posição inclusive que a academia tem, de alguma maneira, endossado. No entanto, uma fala que destoou do discurso geral chamou atenção e merece destaque. O gestor de saúde do Estado do Espírito Santo apresentou uma análise que permite mapear as relações envolvidas com o crescimento das demandas judiciais em saúde e apresentou algumas propostas que visam interromper esse círculo vicioso.

Ele destacou que existem quatro fatores fundamentais na geração dessas demandas: 1) insuficiência do sistema (casos em que os serviços de saúde não fornecem aqueles medicamentos que constam nas listas oficiais do SUS); 2) vazios assistenciais (casos de doenças que não têm protocolos clínicos elaborados pelo SUS); 3) conflitos entre evidência científica e opinião médica (casos de prescrição de medicamentos fora da bula ou discordantes dos protocolos do SUS); e, 4) mercantilização da saúde (casos de indução de

³³ O evento realizado no Centro de Estudos da ENSP, denominado “Judicialização do acesso a medicamentos no Brasil em debate”, ocorreu nos dias 23 e 24 de julho de 2008.

incorporação tecnológica e de medicamentos ao SUS estimulados por grupos empresariais) – **esquema 2.**



Esquema 2 – Fluxo causal da demanda judicial

Fonte: Elaboração Própria

Diante deste quadro complexo de causalidades, os gestores têm investido apenas em seus efeitos: as demandas judiciais. Isto demonstra, entre outras coisas, uma incapacidade da gestão de olhar para o todo, limitando-se a gerir questões urgentes. A gestão da saúde não deve se limitar a programar o serviço pelas demandas judiciais, mas deve planejar o serviço para que toda população tenha acesso. Neste caso, as demandas judiciais serviriam como indicadores de acesso da população, apontariam falhas no sistema e indicariam setores negligenciados. Quando se olha para o montante dos recursos despendidos com essas demandas judiciais, é normal se assustar. A título de ilustração, poderia-se trazer alguns dados referentes aos gastos nesta área. O Estado de Minas Gerais em 2002 teve uma despesa de R\$ 164.000,00 com demandas judiciais, no ano de 2007 este custo subiu para R\$ 22.000.000,00. No município do Rio de Janeiro, 23% dos gastos com saúde vão para a compra de insumos por via judicial³⁴. Em estudo realizado por Pereira (2006) em Santa Catarina, é possível perceber que, em média, cada processo contra o Estado custa³⁵ R\$ 21.900,00.

Além disso, um outro fator que tem chamado a atenção na análise dessas demandas é o fato da concepção de direito à saúde estar se aproximando cada vez mais da idéia de acesso a serviços e ao consumo de medicamentos. Conforme destacou Vieira (2008, p.366), “a

³⁴ Dados apresentados pelos próprios gestores no seminário realizado na ENSP.

³⁵ Esse custo diz respeito ao tratamento total determinado pelo Juiz. No entanto, nenhuma pesquisa realizada inclui, no gasto com as demandas judiciais em saúde, o custo do próprio processo. Não podemos esquecer que se o acesso ocorre pela Defensoria Pública é o Estado quem paga por isso. As ações com advogados privados têm em geral gratuidade das custas. Os próprios processos judiciais em saúde abarrotam o Judiciário. Borges (2007) mostra que no ano de 2005, 2245 processos foram encaminhados à Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, número que vem crescendo. A SESDEC/RJ contabiliza desde o início do processo de entrada de demandas judiciais que mais de 20.000 ações tenham chegado.

integralidade para os tribunais está mais associada à noção de consumo, haja vista o deferimento de demandas sem ressalvas sobre a existência de política pública para tratar as doenças”. A autora ressalta que o direito à saúde vem se resumindo “à oferta de medicamentos, reduzindo-se às ações curativas e paliativas, sem considerar o caráter fundamental de promoção e prevenção de doenças e agravos”.

Diante deste quadro, alguns gestores têm se perguntado: “A lei não diz que você tem que dar tudo a todo mundo. Quem vai dar o limite da integralidade?”³⁶. Outros afirmam ainda que a integralidade tem de ser adequada às necessidades e aos recursos. Isto faz questionar sobre o SUS que se quer, e, sobretudo, sobre a pertinência dos princípios conquistados historicamente pela Reforma Sanitária. Mais que isso, não se estaria questionando o próprio processo de desenvolvimento democrático? Como apontam Tate e Vallinder (1995) o processo de judicialização só é possível em países com democracias constituídas. Além disso, no contexto em que se vive hoje, de desmoralização do Legislativo, de uma atuação do Executivo pautada em edição de Medidas Provisórias, talvez o Judiciário esteja buscando um equilíbrio de poder e não a ampliação desse Poder. De acordo, por exemplo, com o Desembargador Genaro Baroni Borges³⁷, tanto o judiciário quanto o paciente são vítimas da “situação carente do Estado”, de forma que o judiciário “se vê incumbido de administrar a escassez de recursos públicos, quando essa não é a sua função” (CECONELLO, 2004). Ainda conforme o Desembargador, “o sistema de saúde se tornou ‘judicializado’ porque chegam ao TJ questões que não deveriam chegar”.

Olhar os dados agregados do gasto com demandas judiciais leva o observador a corroborar com a opinião dos gestores que vêm nas demandas judiciais empecilhos para desempenharem seus trabalhos. Todavia, caso seja seguido o caminho apresentado pelo referido gestor capixaba, essa percepção pode se modificar. Para tal, deve-se atuar a partir de duas frentes. A primeira delas, talvez o mais próximo à realidade dos gestores, diz respeito à necessária garantia dos medicamentos constantes nas listas oficiais do SUS³⁸³⁹. A segunda

³⁶ Expressão utilizada por um gestor no referido seminário realizado na ENSP.

³⁷ Matéria veiculada pelo Diário de Justiça do RS, escrita por Ceconello, no ano de 2004.

³⁸ Por exemplo, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), e a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME). Tais listas contêm os medicamentos que o SUS se propõe a garantir.

³⁹ Alguns estudos mostram que o tipo de demanda judicial não é homogêneo no Brasil. Borges (2005) chegou a afirmar que no Rio de Janeiro 50% das demandas referiam-se a medicamentos que o poder público deveria garantir. No entanto, estudos mais recentes e de outras localidades apresentam uma grande disparidade em rela-

frente deve ser pensada a partir de três elementos. O primeiro deles diz respeito à especificidade da área da saúde no Brasil, que, na Constituição de 1988, garantiu a saúde como um direito universal e dever do Estado, sem limitar as possibilidades de interpretação sobre o conceito de saúde, o que, por si só, funciona como um “mecanismo ampliador da demanda em saúde⁴⁰”. O segundo componente, também relacionado ao primeiro, diz respeito ao processo de desenvolvimento tecnológico na área da saúde. Na medida em que novos insumos são lançados no mercado internacional, novas ações são criadas no Brasil para sua obtenção. O terceiro elemento seria a intensa propaganda da indústria farmacêutica e da indústria tecnológica de diagnóstico em saúde. Estas questões não estão resolvidas e necessitam de exames teóricos e empíricos que apontem mais claramente a totalidade deste fenômeno.

No intuito de regular as demandas judiciais em saúde no Brasil, dois projetos de lei vêm tramitando no Senado. Seus autores, Flávio Arns e Tião Viana, ambos do Partido dos Trabalhadores (PT), visam combater esse aumento infundável do número de ações judiciais individuais em saúde. Para isso, propõem aumentar os poderes de órgãos do Executivo, numa clara tentativa de conter o poder do Judiciário. Tais projetos ainda estão em discussão e provavelmente não serão votados rapidamente. O importante neste momento é compreender como o Legislativo vem reagindo à ampliação do Judiciário e quais mecanismos têm usado para barrar essa ampliação. Este é, inclusive, um dos objetivos desta tese.

Por último, cabe ressaltar que este processo comumente denominado de judicialização pode não se tratar de um caso típico. Se o judiciário estiver se mantendo ainda dentro dos limites de atuação de seu poder, talvez não seja possível afirmar que haja a judicialização. É preciso ter clara a distinção entre a prática dos juízes de *darem causa* ganha dentro de seus limites de análise (discricionariedade) e a consciência de sua atuação política. Talvez a judicialização seja muito mais um fenômeno a) buscado por instituições como o Ministério Público, na medida em que vêm conscientemente tentando influenciar a formulação e a condução de políticas no âmbito da saúde (MACHADO, 2006); b) requerido pelos indivíduos, que acionam a justiça para tentar obter a garantia de seus direitos sociais; e, principalmente c) encaminhado por médicos, que prescrevem determinados tipos de medicamentos que não são

ção a este dado. Silvana et al (2009), por exemplo, mostram que em Florianópolis entre os anos de 2003 e 2006 apenas 32,2% das demandas judiciais diziam respeito a medicamentos constantes nas listas oficiais do SUS.

⁴⁰ O que se tem visto no conteúdo das ações é a justificação de todos os pedidos com base no direito à saúde. Neste caso a conceituação do que é saúde fica a cargo dos médicos e a legitimação da demanda ocorre a partir da sentença do Juiz.

facilmente adquiridos, e advogados e indústrias farmacêuticas que visam buscar através do judiciário um processo de incorporação tecnológica no SUS.

2.2.2. Judicialização e democracia

Antes de apressar-se em apontar uma opinião definitiva sobre a judicialização das políticas de saúde no Brasil, talvez seja necessário retomar algumas das principais hipóteses que delineiam o atual debate acerca da judicialização. Inicialmente, tomem-se em consideração as proposições de Vianna e Burgos (2002), de que a judicialização seria uma extensão da democracia e uma ampliação da cidadania. A fim de validar esta hipótese, deve-se verificar se, como decorrência do processo de judicialização, ampliou-se a incorporação de “grupos marginais” no sistema político, tal como sugere Cappelletti (1993), ou se, caso contrário, ao invés de garantir direito, a judicialização, não estaria contribuindo para intensificar a assimetria de direitos na sociedade brasileira⁴¹.

Evidentemente, poder-se-ia pensar numa terceira possibilidade, qual seja a de que a judicialização na saúde contribuiria tanto para a incorporação de grupos marginais no sistema político quanto para a intensificação da assimetria de direitos. Neste caso, seria preciso ainda calcular em que proporção cada um desses fenômenos ocorreria, de forma tal que possa constatar-se em que medida cada um deles constitui uma tendência do processo de judicialização no campo da saúde.

Tate (1995, p.30), ao descrever as condições necessárias para a existência da judicialização, afirma que este não é um fenômeno isolado dos interesses econômicos que estruturam o sistema político. O autor está atento para o fato de que a expansão da política de direitos pode ser mais apropriadamente definida conforme o sucesso de certos grupos de interesse em alcançar seus objetivos fora do processo majoritário de decisão política. Determinados grupos têm descoberto a cada dia o potencial dos tribunais atenderem às suas reivindicações correlacionando-as a direitos formalmente garantidos pela Constituição. Este

⁴¹ Estudos recentes demonstraram que 63% dos impetrantes de ações judiciais em saúde no Estado de São Paulo residiam nas áreas com menor grau de exclusão social (VIERA e ZUCCHI, 2007, p.219).

aspecto pode estar sendo uma das principais forças que têm levado à ampliação do Poder Judiciário no campo da saúde no Brasil.

De modo geral, as ações na justiça pleiteiam medicamentos. Entretanto, muitos deles não compõem a lista fornecida pelo SUS, e outros não têm autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para circularem no Brasil. Autorizar a aquisição de um medicamento que conste na lista da Anvisa, mesmo com valor elevado, leva o Judiciário a aproximar os direitos do cidadão de sua realidade concreta; por outro lado, autorizar a compra, pelo poder público, de um medicamento ou de qualquer insumo da saúde não regulamentados no Brasil transforma o Judiciário muito mais num vocalizador de minorias privilegiadas do que num parceiro dos “grupos marginais”, evidenciando, desta forma, ao menos duas cidadanias existentes na sociedade brasileira: aquela dos que têm acesso, e aquela dos que não têm acesso. Além disso, pode-se ainda identificar outro viés da cidadania: a cidadania dos protegidos e a cidadania dos não protegidos, balizada pela segurança na utilização de medicamentos. É fundamental reconhecer que a concessão de autorização para compra de medicamentos não aprovados para a comercialização, e portanto sem comprovação de segurança, eficácia e qualidade de fabricação, pode levar o paciente a uma piora em seu quadro de saúde. Isso acarretaria, desta forma, o efeito inverso almejado com sua demanda judicial⁴².

Na medida em que os Juízes concedem liminares para a aquisição imediata de bens ou serviços de saúde, que devem ser adquiridos pelo Poder Executivo (sob o risco de prisão para o gestor), em geral sem licitação, eles intervêm diretamente na alocação orçamentária determinada pelo Poder Legislativo e na condução da política pública de saúde estabelecida pelo Poder Executivo. Segundo Borges (2007, p.23), ao ser compreendido como um bem particular, ou seja, um direito subjetivo público, “o exercício do direito subjetivo contra o Estado por determinado indivíduo poderá afetar o exercício do direito subjetivo de outros cidadãos, constituindo-se nesses casos como um bem exclusivo e de consumo rival”. Pelo argumento da autora, a saúde deixaria de ser um direito de cidadania garantido a toda população para transformar-se num bem particular de consumo exclusivo, disputado por todos os cidadãos, acirrando ainda mais a idéia de várias cidadanias existentes no Brasil.

⁴² Não se deve perder de vista que muitas demandas judiciais em saúde são propiciadas por grupos que almejam justamente a incorporação de determinado insumo das listas do SUS.

Em todo o caso, não se pode perder de vista a possibilidade de a atuação do Poder Judiciário servir para pressionar os demais Poderes a atender as necessidades latentes da sociedade brasileira. Como ocorreu na política de AIDS, a judicialização pode contribuir para o alargamento das ações e serviços disponibilizados pelo Estado e para a própria revisão da política que se vem desenvolvendo. Não se pode perder de vista que esta atuação do Judiciário pode contribuir para a democracia, mas não necessariamente ampliá-la. Neste caso específico, foi preciso o Legislativo atuar para que os direitos fossem ampliados. A contribuição do Judiciário foi indireta. Este Poder não tem a capacidade de obrigar o legislador a fazer leis da mesma forma como ele obriga o Executivo a executá-las. O Judiciário tem ações diferenciadas sobre os demais poderes.

Nesta breve aproximação teórica com o tema, pode-se perceber que há evidências tanto positivas quanto negativas do processo de expansão do Poder Judiciário. A adoção da política de AIDS claramente representa o primeiro grupo. Por outro lado, há indícios de que a compra de determinados insumos possa desvirtuar os aspectos benéficos da judicialização. A abordagem teórica tem o mérito de lançar luz sobre essas duas tendências possíveis do processo de judicialização. Neste sentido, as teorias sobre a expansão do Poder Judiciário têm se mostrado bastante frutíferas na elaboração de questões importantes pertinentes ao debate sobre a necessidade de ampliação da cidadania nos Estados de Direito contemporâneos. No entanto, somente estudos empíricos serão capazes de desvendar os rumos concretos que o processo de judicialização tem tomado, uma vez que ele é condicionado por inúmeros outros fatores extrajudiciais, tais como grau de desigualdade social, nível de escolaridade e mobilização política da população que demanda ações na justiça.

CAPÍTULO 3 – A AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE: ARGUMENTOS EM DISPUTA

Este capítulo dedica-se à análise da Audiência Pública da Saúde convocada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal. Esta AP teve como objetivo “ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde⁴³”. As matérias eleitas como prioritárias para este debate foram:

- 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;
- 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;
- 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
- 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na Anvisa ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
- 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS;
- 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

Esta Audiência tem um significado especial para o campo da saúde, pois representou o reconhecimento da instância máxima do Poder Judiciário de que a saúde passou a ser uma questão importante no cotidiano deste Poder. Este tipo de procedimento adotado pelo STF favorece o exercício da cidadania com vistas a uma participação efetiva da sociedade nos rumos das decisões que têm caráter político e elevada abrangência. Justamente por servir como um auxílio teórico sobre a questão da saúde e um “termômetro social” sobre as diversas concepções em disputa, esta primeira Audiência Pública da Saúde contém em si elementos significativos para a análise política da judicialização proposta nesta tese.

Pela percepção coletiva da centralidade desta Audiência no cenário da saúde pública, observou-se que poucos oradores se detiveram exclusivamente nos temas norteadores de cada dia de discussão. Das 49 falas analisadas, foi possível observar em 41 delas algum

⁴³ Despacho convocatório do Ministro Gilmar Mendes.

posicionamento favorável ou contrário à judicialização. A partir desta constatação, construiu-se um quadro de argumentos que localizam cada orador como prioritariamente favorável ou contrário ao fenômeno da judicialização⁴⁴. Conforme sugeriram Perelman e Olbrechts-Tyteca (1996, p.73), a análise da argumentação volta-se primeiro para o que é aceito como ponto de partida de raciocínios para, em seguida, debruçar-se na maneira pela qual os oradores desenvolvem seus raciocínios “graças a um conjunto de processos de ligação e de dissociação”. Desta forma, considerou-se o posicionamento de cada orador como a base de sua argumentação⁴⁵. Mediante suas convicções a respeito das demandas judiciais em saúde, cada sujeito evocará um conjunto de argumentos. Assim, após localizar cada orador em relação ao fenômeno da judicialização da saúde, apresentar-se-á os principais argumentos utilizados, apontando como eles são ligados ou dissociados para convencer o auditório.

“Entendemos por processos de ligação esquemas que aproximam elementos distintos e permitem estabelecer entre estes uma solidariedade que visa, seja estruturá-los, seja valorizá-los positiva ou negativamente um pelo outro. Entendemos por processos de dissociação técnicas de ruptura com objetivos de dissociar, de separar, de desunir elementos considerados um todo, ou pelo menos um conjunto solidário dentro de um mesmo sistema de pensamento” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p.215).

Cabe ressaltar a importância que esses oradores têm no cenário público no que diz respeito à análise da judicialização da saúde. Eles representam grupos e instituições absolutamente interessados na redução, manutenção ou ampliação da atuação do Poder Judiciário no campo da saúde pública. Não custa lembrar que esta Audiência Pública pode ter como um de seus efeitos mais visíveis a edição de uma Súmula válida para todos que ingressarem com ações na área da saúde. Muitos dos oradores presentes, representantes da gestão do SUS, defendem uma mudança drástica no padrão decisório da Justiça brasileira; outros, no entanto, buscam nesta Audiência fortalecer o papel que este Poder vem desempenhando na garantia do direito à saúde no Brasil. Conforme apresentado no capítulo anterior, a judicialização tem entre seus diversos fatores determinantes a busca de direitos por grupos minoritários e a falta de consenso político no interior do Poder Legislativo

⁴⁴ Ainda que pareça uma diferenciação maniqueísta, não se deve olvidar que o resultado da Audiência Pública pode ter um caráter normativo para os outros níveis do Judiciário. Mesmo que cada orador tenha medido suas palavras a ponto de não causar constrangimento à platéia, partiam de uma premissa básica: favorável ou contrária ao atual estágio de desenvolvimento do fenômeno da judicialização. Poderia ter-se adotado outra terminologia mais amena, mas decidiu-se por este modelo justamente para enfatizar o tipo de influência que cada orador pretendeu ter sobre a percepção dos Ministros do STF a respeito das demandas judiciais em saúde.

⁴⁵ Ressalta-se que se considerou somente as falas desta Audiência Pública, mesmo que por vezes o discurso apresentado nesta Audiência possa se contrapor ao histórico discursivo desses oradores. Deve-se ter em vista que cada fala nesta Audiência tem o propósito de convencer o Auditório, mesmo que para isso tenha-se que fazer algumas afirmações que não condigam com a estrutura de pensamento do orador.

(interpretado tradicionalmente como inércia). Estas duas temáticas permearam toda a discussão ocorrida nos seis dias de Audiência.

No **APÊNDICE A** é apresentado um quadro construído com o posicionamento de todos os oradores em relação ao fenômeno da judicialização da saúde. É possível perceber que a grande maioria dos oradores que se posicionaram prioritariamente contra o atual fenômeno das demandas judiciais em saúde ou são gestores ou representam a gestão dos serviços de saúde. Posicionamento oposto ao adotado pelos representantes das carreiras do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Poder Judiciário e da sociedade civil em geral. Por outro lado, ocupantes de importantes posições públicas não se posicionaram claramente em relação ao fenômeno da judicialização da saúde, procuraram ter uma postura mais isenta, optando por discutir apenas as causas deste fenômeno.

Pode-se dizer que a Audiência Pública da saúde dividiu-se em duas estratégias distintas, uma que defendia o “lugar da quantidade” e a outra o “lugar do irreparável”. “Entendemos por *lugares da quantidade* os lugares-comuns que afirmam que alguma coisa é melhor do que outra por razões quantitativas” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p.97). Desta forma, o maior ataque contra as demandas judiciais em saúde ocorre pelo custo que ela impõe aos serviços de saúde, consumindo grande quantidade de recursos para poucas pessoas, quando estes recursos poderiam ser utilizados para um conjunto maior de pessoas. Já “o lugar do irreparável se apresenta como um limite, que vem acentuar o lugar do precário: a força argumentativa, vinculada à sua evocação, pode ter um efeito fulminante” (idem, p.103). Assim, em diversas ocasiões são levantados fatos de pessoas que morreram sem conseguir um medicamento ou de pessoas que podem morrer caso não obtenham um tratamento.

Além dessas estratégias retóricas, merece destaque a utilização, por ambos os lados, de *hierarquias*⁴⁶ (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p.90). A todo o momento são invocados argumentos que buscam hierarquizar as situações: o justo sobre o injusto, o todo sobre a parte, o mais barato sobre o oneroso. O que está em jogo aqui é a organização que se dá aos dados existentes sobre a judicialização da saúde. Convencer o auditório sobre uma dessas hierarquias é levá-lo a concordar com a premissa que as embasam. A evocação dessas hierarquias não ocorre, no entanto, apenas na retórica dos participantes, todas elas estão

⁴⁶ Perelman e Olbrechts-Tyteca admitem, no exame da argumentação, duas categorias: “uma relativa ao *real*, que comportaria os fatos, as verdades e as presunções, a outra relativa ao *preferível*, que conteria os valores, as hierarquias e os lugares do preferível” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p.74).

postas no cotidiano. Em determinados momentos optou-se por uma ou por outra. Note-se que tais hierarquias não se constituem como antagonicas, mas nem por isso podem ser utilizadas conjuntamente. Justamente pela proximidade que elas têm com a vida dos sujeitos que ouvem é que são importantes, cabe ao orador articulá-las da melhor forma possível.

Por último, é importante destacar os “tipos de objetos de acordo” utilizados. Cada orador apresenta um leque de dados, fatos, verdades e presunções que são base de seus posicionamentos. Assim, os oradores tentam, em suas retóricas, convencer o auditório de que a situação na forma como ele apresenta é a melhor maneira de ser interpretada. Não se pode perder de vista que o auditório pretendido constitui-se primordialmente dos Ministros do Supremo. Estes, por sua vez, fazem parte de um corpo (o Poder Judiciário) que vem decidindo favoravelmente às demandas judiciais em saúde. Desta forma, além das estratégias citadas até agora, operou-se fundamentalmente uma hermenêutica do texto constitucional, sobretudo dos princípios e diretrizes do SUS.

A partir da leitura das falas da Audiência Pública foi identificado o posicionamento prioritário de cada orador em relação às demandas judiciais em saúde: se favorável, contrário, ou se impossível de determinar apenas pelas falas⁴⁷. No **APÊNDICE A** constam os trechos das falas que justificam a inserção de cada orador num grupo específico. No que diz respeito ao posicionamento dos participantes da AP, pode-se dizer que existe uma forte relação entre a inserção institucional e a posição que defendem.

Numa breve aproximação pode-se distribuir todos os oradores em três macro-categorias de inserção profissional: “gestores” (ou representantes da gestão dos serviços de saúde); “operadores do direito” e “sociedade civil”. Primeiramente deve-se dizer que a distribuição dos oradores entre essas três macro-categorias é bastante igualitária, o que facilita a comparação entre os grupos. Em segundo lugar, importa esclarecer que estas não são conclusões de base estatística, mesmo porque não há aqui o princípio da aleatoriedade na escolha da amostra. Como mencionado anteriormente, a participação nesta Audiência ocorreu mediante inscrição de tese e aceite do Ministro que convocou a atividade. Mas, mesmo diante destas limitações, é possível perceber algumas relações importantes que corroboram certas hipóteses relacionadas ao fenômeno da judicialização.

⁴⁷ O posicionamento indeterminado foi criado para tentar manter-se nos estritos limites da retórica de cada orador. Se fossem levados em consideração aspectos externos à AP, em alguns casos seria possível identificar uma posição favorável ou contrária.

Neste sentido, ao atentar-se para a distribuição dos *gestores* entre os três posicionamentos, não estranha encontrar a maior parte deles no grupo contrário às demandas judiciais. Dos quinze *gestores* que tiveram direito à fala, nove foram contrários, dois favoráveis e quatro indeterminados. Esse posicionamento majoritário se explica pelo fato dos gestores analisarem as demandas judiciais em saúde pela ótica dos recursos escassos. Buscam em suas falas demonstrar que o gasto via determinação judicial desestabiliza as contas dos serviços de saúde e inviabiliza o planejamento e desenvolvimento das ações coletivas em saúde.

Pensamento oposto a este é adotado pelos oradores da *sociedade civil*. Neste grupo encontram-se pacientes, representantes de associações de pacientes, médicos, pesquisadores, dentre outros. Este grupo, representado por dezesseis pessoas, teve apenas uma fala contrária e três indeterminadas, ficando amplamente concentrado na defesa das demandas judiciais. O fato de realizarem a defesa da judicialização deve-se, sobretudo, à percepção de que a Justiça tem auxiliado no alcance e continuidade de tratamentos que pelos trâmites do SUS seriam impossíveis. Defende-se aqui o direito individual à saúde, com vistas ao direito à vida.

Os *operadores do direito* também ficaram bastante concentrados na defesa das demandas judiciais. Dos dezenove oradores, quatorze defenderam a importância da judicialização. Dos quatro contrários, três deles eram procuradores de estados ou municípios e o outro era Advogado-Geral da União, ou seja, são pessoas que têm como função defender os interesses do Estado, portanto assumem a mesma posição que os *gestores*. Apenas um não se posicionou claramente. Neste grupo de oradores também não há surpresas quanto às posições que adotaram. Mesmo porque são os próprios operadores do direito os principais responsáveis pelo fenômeno da judicialização. De um lado os advogados buscam obter direitos para seus clientes, de outro, os magistrados aceitam a tarefa de julgar estes casos e na maioria das vezes acenam positivamente a eles.

3.1. A utilização dos núcleos argumentativos

No **CAPÍTULO 1**, foram descritos os principais núcleos argumentativos utilizados pelos oradores para convencerem o auditório. Os argumentos podem ser compreendidos como

os meios utilizados pelos indivíduos para sustentar suas idéias a fim de persuadir ou convencer sua audiência. Interessante destacar que o mesmo tipo de argumento, por vezes, foi evocado ora para defesa, ora para ataque ao fenômeno da judicialização da saúde, como é o caso, por exemplo, de argumentos baseados no princípio da integralidade da saúde.

“No primeiro caso, ou seja, no caso em que se pretende defender uma conclusão (tese), é preciso angariar a adesão do auditório acerca das premissas que são apresentadas para fazê-lo aceitar, por consequência, a tese que delas decorre. No segundo caso, entretanto, para contestar a tese que se expõe torna-se necessário fragilizar as premissas da argumentação do interlocutor, fazendo-o reconhecer sua improcedência e/ou suas limitações para sustentar a conclusão que delas decorre. Em qualquer um dos casos, o ponto de partida da argumentação consiste no assentimento daquilo que se admite como válido para o desenvolvimento do diálogo” (OLIVEIRA, 2007, p. 270).

Pode-se dizer que, antes mesmo da adoção de premissas específicas, seja a favor ou contrária ao fenômeno da judicialização no campo da saúde, foi possível identificar pelo menos duas estruturas argumentativas nas quais elas aderem: 1) estruturas argumentativas por princípio; 2) estruturas argumentativas pragmáticas. Em cada uma dessas estruturas, não necessariamente excludentes, pode-se encontrar argumentos favoráveis e contrários. A primeira diz respeito à formação de um juízo sobre casos particulares a partir de regras gerais ou de disposições jurídicas abstratas, que objetivam o convencimento pelo uso da razão. A segunda refere-se a avaliações concretas e valorativas tomando em consideração os casos particulares, independentemente de referências a normas abstratas, que muitas vezes pretendem atingir o convencimento pela empatia. Em geral (há exceções, evidentemente), notamos que a primeira matriz argumentativa tende a ser utilizada com mais frequência por representantes da área do direito, já a segunda matriz tende a ser evocada, principalmente, pelos representantes da gestão dos serviços de saúde e pelos representantes de associações de portadores de patologias.

Mesmo que não seja a intenção deste capítulo provar ou não a existência do fenômeno da judicialização em si, cabe retomarmos algumas das premissas apresentadas por Tate e Vallinder (1995) as quais condicionam a ampliação do Poder Judiciário. Das oito premissas apresentadas no **CAPÍTULO 2**⁴⁸, é possível identificar seis que tenham estrita relação com a questão tratada neste momento. Esta relação é evidenciada a partir da retórica dos participantes da Audiência Pública da Saúde. Certamente os oradores não se balizaram conscientemente pelos pressupostos acadêmicos, mas suas falas deixaram explícita a validade teórica do trabalho dos autores norte-americanos.

⁴⁸ Ver a seção 2.1.3. Elementos teóricos para compreensão do fenômeno da judicialização, p.46.

Em primeiro lugar, destaca-se a evocação recorrente à Carta Constitucional de 1988, trazendo para o campo da prática a existência teórica de uma política de direito à saúde, de forma a negar a perspectiva que assume o direito à saúde como uma norma programática⁴⁹. A esse respeito o Representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil afirmou que o Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988, evoluiu em relação à eficácia dos Direitos Sociais. Além disso, enfatiza o atual momento de definição a respeito da amplitude do Poder Judiciário como garantidor desses Direitos.

“Momento este que se pode dizer um dos mais ricos da história do constitucionalismo brasileiro, pois, após compreender o sentido da Constituição Republicana de 1988, passamos a definir critérios não mais para negar-lhe eficácia, como há pouco faziam alguns autores, referindo-se a esses direitos como meras normas programáticas, mas discutindo uma dogmática constitucional capaz de atender aos conflitos decorrentes da práxis constitucional, sem em nenhum momento negar a eficácia desses direitos” (Flávio Pansieri).

Outro orador que abordou este assunto foi o Defensor Público-Geral da União, Dr. Leonardo Mattar, reforçando a tese de que considerar o direito à saúde como norma programática “cria descrédito e insegurança com relação às normas e ao próprio Estado brasileiro”. Ao contrário disto, para ele a afirmação do direito à saúde como um direito de plena eficácia fortalece o sentimento da população de pertencimento ao Estado brasileiro, “e não simplesmente sujeitos de deveres”. O professor Ingo Sarlet seguiu a mesma linha argumentativa. Para ele, apenas a partir da década de 1990 é o que judiciário abandonou uma postura mais “tímida em relação à judicialização da política e também em relação à própria efetividade do direito à saúde. Na verdade, até então, a posição dominante era, inclusive no Superior Tribunal de Justiça (STJ), de que o direito à saúde era norma programática e, portanto, não tinha aplicabilidade alguma, a não ser na medida da lei que o concretizasse”. Para este orador,

“Hoje mesmo, adeptos à judicialização reconhecem (...) que é necessário superar a era dos extremos, tanto a rejeição da mera programaticidade é necessária quanto também rejeitar e controlar o famoso “pediu-levou”, não importa quem pediu, o que pediu, as consequências da decisão. A busca, portanto, de uma conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas as dimensões” (Ingo Sarlet).

A única fala que destoou no primeiro dia da Audiência foi pronunciamento do então Advogado-Geral da União, e hoje Ministro do STF, José Antônio Dias Toffoli. A premissa apresentada por ele naquele momento dotava o Executivo de todos os poderes para definir o que seria o direito à saúde. Ao contrário dos outros convidados do primeiro dia, que tenderam a ampliar a interpretação sobre o direito à saúde, desfazendo qualquer tentativa de enquadrar

⁴⁹ A esse respeito ver a seção 2.1.1. Aspectos históricos da atuação do Judiciário no Brasil, p.41.

este direito como norma programática, o hoje Ministro do STF não só reafirmou este caráter, como levou para o Executivo toda a responsabilidade de dar-lhe materialidade.

“O direito à saúde não implica garantia de acesso a todo e qualquer medicamento ou tratamento médico. (...) É necessário que as políticas públicas que contemplem a integralidade, a universalidade, a isonomia e a racionalidade nos usos dos fármacos devem ser observadas. Não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha reservado toda uma seção do capítulo destinado à seguridade social para abordar o direito à saúde, apenas o artigo 196, mais precisamente a expressão “A saúde é direito de todos e dever do Estado” é que tem sido utilizada como fundamento nas decisões prolatadas pelos juízes, sem qualquer preocupação de enquadrá-lo em uma abordagem sistemática que permita *aferir o real alcance* que lhe quis atribuir a Constituição Federal. Se nós formos conjugar todos os dispositivos que a Constituição traz sobre o tema, poderíamos sintetizá-los na seguinte sentença: O direito à saúde será garantido pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas que visem, além da prevenção, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (artigo 196), *as quais serão regulamentadas pelo Poder Público* - a Constituição atribui, já no artigo 197, a regulamentação ao Poder Público - e constituirão um sistema único, organizado de acordo com diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade (artigo 198, incisos I a III). Desse modo, o direito à saúde foi posto na Constituição Federal dentro de um arcabouço bastante delineado, em que, de um lado, está a obrigação estatal de garantir tal direito - a saúde é dever do Estado -, mas, de outro lado, os meios de que disporá para fazê-los: as políticas públicas, as ações e os serviços de saúde” (José A. D. Toffoli).

A alusão explícita à idéia de norma programática não aconteceu em todas as falas, mas é possível associarmos parte dos argumentos proferidos com esta perspectiva teórica. Assim, as discussões a respeito dos princípios e diretrizes do SUS trazem à tona divergências em relação às formas de efetivação do direito à saúde, ou, mais que isso, até mesmo sobre o próprio conceito de direito à saúde. Na tentativa de familiarizar o auditório com a tese a ser desenvolvida pelo orador (favorável ou contrária à judicialização), a quase totalidade dos oradores trouxe para o centro do debate as principais diretrizes e princípios do SUS. Em alguns casos, propôs-se, inclusive, uma reinterpretação destes princípios. Caso mais evidente ocorre com o princípio da integralidade, que por seu caráter polissêmico enseja interpretações diversas (MATTOS, 2001).

Para o Secretário de Saúde do Estado do Amazonas, Dr. Agnaldo Costa, “a integralidade corretamente interpretada no sistema de saúde racionaliza a oferta de serviços e, por isso, transforma-se em instrumento fundamental de melhoria da eficiência dos gastos”. Esta mesma perspectiva, inserida numa lógica de princípios, é adotada pelo Dr. Antônio Carlos Nardi, Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), para quem é necessário “organizar os serviços de saúde em uma rede regionalizada e hierarquizada, articulando o cuidado em saúde e garantindo o acesso a uma integralidade regulada”. Neste sentido, ele complementa, “a integralidade ilimitada, sem base científica, ética e orçamentária, e sem que o compromisso para com a coletividade não

atende à própria Constituição, que impõe o dever de priorizar as ações e os serviços preventivos aos curativos”. O presidente do CONASEMS finaliza este argumento afirmando que a interpretação mais ampla do princípio da integralidade “é uma afronta ao bom senso e à hermenêutica do direito à saúde”. Desta forma, o orador contrapõe o princípio da integralidade com o argumento baseado nas funções da justiça, na medida em que não é aceitável na atuação dos juizes uma interpretação mais ampliada da integralidade.

Já o Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do MP dos Estados e da União, Dr. Leonardo Bandarra, busca justificar pela própria lógica de estruturação do Direito que a integralidade tem alguns limites legais superiores, que seriam, para ele (no caso da assistência farmacêutica), a Anvisa e os protocolos clínicos do SUS. “A delimitação de critérios atendíveis eticamente de oferta não significa necessariamente a negação da diretriz da integralidade”.

Em todos esses trechos a respeito da interpretação do princípio da integralidade, fica evidente a intenção de restringir a integralidade àquilo que a gestão dos serviços e do sistema determinarem como sendo cientificamente e eticamente viáveis. Significa dizer que um princípio constitucional seria regulado por normas infraconstitucionais, que, ademais, seriam produzidas por órgãos vinculados ao Poder Executivo e não ao Legislativo.

Ao contrário desta perspectiva, um grupo de oradores assume o princípio da integralidade como algo necessariamente amplo e altamente aplicável à vida material. O Sr. Luiz Alberto Volpe, do Grupo Hipupiara, chega a afirmar que a Audiência Pública que está sendo realizada tem o propósito de julgar se a integralidade é um conceito absoluto ou relativo, em outros termos, se a saúde é ou não uma norma programática. Este orador articula argumentos voltados para a interpretação do texto constitucional (integralidade), para a defesa da dimensão individual à saúde, e para a ênfase em alguns aspectos subjetivos, evidenciando o que Perelman e Olbrechts-Tyteca (1996) chamaram de “lugar do irreparável”, pois as mortes dos pacientes não poderiam ser revistas, sendo necessário, portanto a antecipação da tutela.

“Finalizando, gostaria de rogar a Vossas Excelências, que irão julgar se o conceito de integralidade do Sistema Único de Saúde é absoluto ou relativo, que lembrem de minha mãe e de meu pai, que estão assistindo, repito, angustiados a esta transmissão. Peço, em nome deles, que não me condenem à morte, porque ainda não descobriram reversão para o fenômeno de resistência viral. Muito em breve eu verei necessitar de mais um medicamento aprovado internacionalmente, porém não incluído na lista do SUS. Assim, peço em nome de nove milhões de pessoas que necessitam de tratamentos excepcionais, segundo estimativa do próprio Doutor Osmar Terra, arquiteto desse projeto de gestão do financeiramente possível, que mais se assemelha a uma proposta de genocídio em massa. Não tenho dúvidas, Excelências, que, no caso deste Tribunal considerar que o conceito de

integralidade do Sistema Único de Saúde é relativo, esta Audiência será lembrada com bastante severidade, em todos os velórios. Esta Audiência será lembrada com bastante severidade em todos os sepultamentos de pessoas que faleceram por não obter do Estado a integralidade na assistência que os manteria vivos. Dentre eles, este que vos fala” (Luiz Alberto Simões Volpe – Grupo Hipupiara).

O Presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose utiliza uma estratégia semelhante, associa a integralidade a alguns aspectos subjetivos, buscando a identificação da platéia a partir da alusão à morte de pessoas.

“Estamos acompanhando esta Audiência com muita preocupação, pois, como demonstraremos a seguir, somos testemunhas de uma grande manobra do Poder Executivo brasileiro, que tenta limitar a integralidade e a universalidade do atendimento à saúde da população brasileira. Cremos que, caso venha o Poder Executivo a lograr êxito, estará o Brasil determinando um grande extermínio de pessoas, um homicídio coletivo e autorizado” (Sérgio H. Sampaio).

A idéia de equidade foi também um argumento recorrente na fala dos oradores ao se referirem ao texto constitucional, sobretudo, associando-a à noção de cidadania. Para alguns oradores, a judicialização da saúde gera dois tipos de cidadãos, os com liminar e os cidadãos que devem se submeter aos trâmites burocráticos e às filas do SUS. Uma outra perspectiva, mais pragmática, aponta para os resultados que as liminares têm tido, salvando vidas humanas e garantindo o direito à vida também àqueles com doenças raras. Uma terceira interpretação da equidade defende que apenas os mais pobres teriam o direito de ingressar com ações na justiça, visando evitar que os mais favorecidos tenham acesso privilegiado “via liminar”. De acordo com o professor Ingo Sarlet,

“Outro aspecto também tematizado em alguns artigos recentes é se a saúde é direito dos pobres; apenas pobres poderiam litigar em juízo. Há estudos, por exemplo, mostrando que boa parte das ações são financiadas não pela Defensoria Pública, mas por ONG’s ou mesmo por advogados particulares. O argumento, segundo alguns, que se deflui disso é o de que o direito à ação está beneficiando uma elite brasileira e não a cidadania, não aos pobres, o que também é uma perversão na perspectiva adotada. Primeiro porque não há uma Defensoria Pública sequer instalada de forma eficiente em alguns Estados – o que deveria existir, mas não há. Segundo, sabemos que consultar um médico que não seja do SUS (...) não significa que a pessoa não tenha tentado esperar alguns meses na fila do atendimento do SUS para obter uma pré-inscrição. E sabe-se que pagar uma consulta de um médico é muito mais em conta, e é onde as pessoas conseguem os recursos, do que depois conseguir o medicamento correspondente. Então, essas questões não esgotam nenhuma das perspectivas, mas apenas mostram que o argumento não pode ser tão simplificado em termos de exclusão do acesso à Justiça. (Ingo W. Sarlet).

Um aspecto da equidade que merece destaque diz respeito ao acesso a determinados tipos de medicamentos. De fato, este foi o principal tema tratado na Audiência Pública da saúde, o que reforça a idéia de que a judicialização da saúde tem contribuído para a interpretação da saúde como consumo de medicamentos e acesso a altas tecnologias. Para o Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, o fato de um paciente da rede privada ter acesso a determinado insumo que o da rede pública não tem direito revela a dupla face da cidadania

brasileira, determinada pelas condições financeiras dos indivíduos. Este orador, para enfatizar o dilema posto pela idéia de equidade, recorre também a argumentos de cunho subjetivo.

“Senhores, imaginem a angústia de um oncologista que está atualizado com sua especialidade e, diante de um paciente com câncer, quer utilizar o tratamento mais eficaz, tratamento não experimental com droga aprovada no Brasil há mais de cinco anos e da qual ele já adquiriu experiência e confiança. O oncologista não quer dividir a população brasileira em duas categorias: o cidadão de primeira classe, que tem direito a um convênio e, com isso, acesso ao tratamento atual; e o pobre cidadão de segunda classe, que depende do SUS e terá de fazer o tratamento menos eficaz. (...) Como é fato público, todos sabemos que figura do alto escalão do Governo recentemente foi diagnosticada com linfoma de célula B, fez estadiamento usando exame PET/CT, iniciou o tratamento quimioterápico com a droga Rituximab, que garante 20% a mais de chance de não volta da doença. Seu plano de saúde cobriu todos esses procedimentos. Se fosse realizado pelo SUS, não os faria, o que hoje é a triste realidade para a maior parte da população brasileira” (José Getulio Martins Segalla).

O princípio da participação social foi evocado no intuito de também dar materialidade ao direito à saúde, retirando-o não apenas de uma esfera ideal, mas também de uma lógica determinada apenas pelos gestores. Se, anteriormente, defendeu-se que a integralidade deveria ser regulada pelos gestores, aqui se defende que este princípio deve ter como parâmetro as decisões da população a partir de seus representantes legítimos. Para a Fundadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Débora Diniz, “um debate sobre o justo em saúde deve enfrentar as diretrizes e os resultados da aplicação de uma política de saúde para os casos concretos”, sendo necessário, para tanto, a “participação de diferentes setores científicos e de controle social nas instituições responsáveis pela regulação, registro e incorporação de um novo produto no SUS”. Para a Representante do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário,

“O direito à saúde, no Estado democrático brasileiro, está assim definido: Ele acolhe essa compreensão da saúde dizendo, no artigo 196, que a saúde é direito de todos e que deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à diminuição do risco e o acesso da população aos serviços. Muito bem. O que isso significa, então, sob a ótica jurídica? Isso significa afirmar que as ações que compõem a política de saúde se traduzem em atos normativos - têm que se traduzir em atos normativos, porque vivemos em um Estado de Direito -, mas elas também exigem a participação popular, porque essa é a única forma de se garantir o direito justo. (...) É necessário, nos protocolos clínicos e nas diretrizes farmacêuticas, que se verifique a existência desses protocolos e sua adequada atualização periódica, por exemplo; mas que é necessário e indispensável que ele verifique, particularmente, a existência do verdadeiro controle da política popular (...) em cada fase desta política. Por exemplo, que nos protocolos não haja apenas, para a sua implementação, a participação de associação de portadores da doença” (Sueli G. Dallari).

O princípio da universalidade, por sua vez, apareceu com mais freqüência associado ao argumento do custo do tratamento e da segurança dos pacientes. O primeiro caso é mais evidente e aparece como o argumento mais freqüente nesta Audiência. Trata-se aqui de um típico exemplo de utilização do “lugar da quantidade” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 1996), ou seja, não é universal um sistema que garante medicamentos caros para

poucos à custa da exclusão de muitos. Este argumento apareceu mais vezes do que foi rebatido. Em uma dessas ocasiões a Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, Dra. Cláudia Pereira, apresentou a relação de gasto com medicamentos e com publicidade pelo governo do Distrito Federal, enfatizando a existência de um grande descompasso entre a definição de prioridades neste governo. No segundo caso, associação do princípio da universalidade com a garantia da segurança dos pacientes, a fala do Secretário de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde exemplifica a situação:

“Os sistemas de cobertura universal, como o brasileiro, são diligentes quanto às suas incorporações, beneficiando sempre as alternativas diagnósticas e terapêuticas reconhecidamente seguras e efetivas, cujos benefícios e custos guardem o melhor equilíbrio possível e que não prejudiquem a Justiça e a igualdade do acesso a elas. (...) Quando um procedimento, medicamento ou insumo é incorporado ao SUS, seu uso é massificado e ganha larga escala, tendo em vista especialmente os seus potenciais usuários, que são os mais de cento e oitenta milhões de brasileiros. Desta forma, a incorporação de tecnologias está diretamente relacionada à alocação de recursos, e é preciso ter em mente que os gastos dela recorrentes devem e precisam ser suportados por toda a sociedade” (Alberto Beltrami).

A argumentação baseada na quantidade foi preponderante na fala dos representantes da gestão. Além disso, tentou-se, a partir da demonstração dos vultuosos gastos realizados no setor saúde, associar a idéia de demanda judicial com a redução nas verbas da saúde para a maior parte da população. Para o representante do Conselho Federal de Medicina, no entanto, este argumento tenta introduzir a idéia de que se deve sacrificar algumas vidas para salvar outras (em maior número). Para ele,

“a seguir esse raciocínio ao pé da letra, não há justificativa para que o Estado invista no tratamento de pacientes acometidos por patologias como insuficiência renal crônica, por exemplo, que gasta vultosa quantia com hemodiálise, transplantes, medicamentos para beneficiar um pequeno grupo da sociedade. Ato contínuo, alguém propõe que se os deixe morrer, economizando-se esse recurso para um maior contingente populacional. Expõe-se aqui o lado mais cruel da visão utilitarista” (Geraldo Guedes).

Observa-se que a idéia de que o custo do tratamento demandado via justiça impede a manutenção do princípio da universalidade assumiu a centralidade dos debates no decorrer da Audiência Pública da saúde. Os dados fornecidos pelos oradores muitas vezes foram apresentados isoladamente, sem a sua devida contextualização e, sobretudo, a comparação com o todo. O Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, apenas enfatiza a quantidade de ações recebidas, sublinhando o elevado custo disto para o Estado. Ele não discute a necessidade desses medicamentos e nem faz qualquer ressalva quanto aos serviços de saúde no Estado. Ele se limita a apresentar os dados financeiros, como se suas conclusões pudessem ser inferidas disto espontaneamente; argumento que se encerra em si

mesmo, participando do repertório dos “tipos de objetos de acordo” usados para demonstrar à platéia que a melhor maneira de se encarar os fatos é pelo “lugar da quantidade”.

“Na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, são recebidos, em média, cerca de quarenta novas ações de medicamentos por dia útil. Isso faz com que, no ano de 2008, a Secretaria de Estado tenha gasto R\$ 29.000.000,00 (vinte e nove milhões de reais) apenas no cumprimento de decisões judiciais, sendo – dado importante para a questão da isonomia –, desses R\$ 29.000.000,00 (vinte e nove milhões de reais), R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) com a aquisição de dois medicamentos específicos para o atendimento de 333 pessoas” (Rodrigo T. A. Mascarenhas).

Uma terceira configuração da universalidade, embora menos comum, merece destaque. Ela versa sobre a importância do direito à saúde não se transformar em direito ao consumo de medicamentos. Conforme expressa o Promotor de Justiça do MP do DF e representante da AMPASA, “a lógica sanitária é pública e não privada. A saúde não é e nem poderá ser tratada como uma mercadoria; isto muito menos pelo próprio Estado brasileiro. O titular do direito à saúde é um cidadão e não um consumidor” (Jairo Bisol). Para este orador, isto significa reconhecer que “quando se fala em universalidade, fala-se em universalidade da cidadania e não universalidade do consumo. Fala-se em universalidade da saúde e não em universalidade da mercadoria”.

O princípio do SUS mais lembrado foi o da descentralização, com seus desdobramentos em hierarquização e regionalização. Uma primeira acepção pode ser encontrada no discurso do Procurador-Geral da República, para quem “a descentralização não pode ser invocada para negar o direito do cidadão”. Esta fala vai de encontro a algumas afirmações feitas durante a Audiência. Se o argumento do alto custo gerado pelas demandas judiciais em saúde foi o mais utilizado, podemos dizer que em seguida encontramos a defesa de que a maior parte das ações não acerta os seus destinatários. A União diz que é responsabilidade dos Estados e Municípios; os Estados acusam os Municípios; os Municípios culpam os Estados. O que está em jogo aqui é a idéia de solidariedade entre os entes federativos na garantia do direito à saúde. Para o Presidente da Confederação Nacional dos Municípios a discussão deve voltar-se para a reforma do pacto federativo.

“Eu tenho ouvido na imprensa que a reforma tributária é a mãe das reformas; que a reforma política é a tia das reformas, mas eu quero dizer que a reforma da federação do pacto federativo é a avó, bisavó, tataravó das reformas. Sem que haja reforma – um efetivo pacto federativo definido e cumprido na legislação – não adianta falar em nenhuma outra solução para o nosso país. E isto, lamentavelmente, é escamoteado. Quando se quer colocar uma questão para baixo do tapete, fala-se em pacto federativo, porque ninguém entende direito, eu também entendo um pouco só, mas ficamos tangenciando a verdade” (Paulo Ziulkoski).

Nas defesas realizadas pelos oradores para justificar a impertinência de recebimento de alguma ação por parte dos entes federados, tentou-se trazer para o cenário as normatizações do MS. De fato, estas normas têm a função de regular o funcionamento interno ao SUS, mas, de forma alguma, prevalecem em relação às leis. Conforme será visto no **CAPÍTULO 5**, o STF tem rejeitado a hipótese de que as normas infraconstitucionais regulem os princípios constitucionais. A posição do Procurador Barroso é significativa, pois justifica a necessidade do Poder Judiciário optar entre um dos três entes para evitar desperdício de recursos financeiros, sem entrar no mérito de quem seria a responsabilidade de arcar com aquela demanda.

“Há uma jurisprudência dominante que consagra uma solidariedade entre todos os entes federativos. Embora esta possa parecer uma decisão libertadora, na medida em que assegura ao administrado receber a prestação de qualquer dos três entes, do ponto de vista prático, isto cria grande dificuldade administrativa e grande dispêndio desnecessário de recursos, porque há três estruturas que passam a funcionar para, em juízo, atuarem para a defesa da Fazenda Pública. De modo que, quando na distribuição do sistema, seja clara a responsabilidade de um ente, seja por ser um medicamento relacionado a atendimento básico, estratégico ou excepcional, quando o sistema for claro, a jurisprudência precisaria, em nome da racionalidade, da eficiência e da economia de recursos escassos estabelecer que o réu da ação vai ser a entidade estatal responsável por aquela prestação e ponto. Com isso se evitam as multiplicações de atuações administrativas” (Luís Roberto Barroso).

Além da primeira premissa, indicada por Tate e Vallinder (1997), e discutida até o momento (referência à Carta Constitucional), pode-se identificar uma segunda premissa nas oratórias dos participantes da Audiência Pública da Saúde: a existência de grupos de pressão que tenham identificado nos tribunais possíveis arenas para a veiculação de seus interesses.

Os representantes de grupos de patologias específicas, que participaram como oradores da Audiência Pública, são um exemplo típico desses grupos de pressão, figurando como um dos principais defensores da judicialização da saúde. Destacamos os pronunciamentos dos representantes das seguintes instituições: Grupo Hipupiará Integração e Vida, Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos, Associação Brasileira de Mucopolissacarídeos e Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose. Estes são grupos de pacientes que encontraram coro às suas demandas apenas nos tribunais judiciais, pois foram excluídos das prioridades do Executivo e não encontraram acolhimento nos trâmites do Legislativo. Nas falas de seus representantes sobressai a lógica pragmática voltada para a dimensão individual da saúde. A defesa desta dimensão aborda frequentemente questões financeiras e econômicas da área da saúde. O Defensor Público-Geral da União, pronunciando-se em favor dos grupos mencionados, afirma que o risco de desestruturação do sistema de saúde não pode ser utilizado

como argumento para se negar o direito à vida de alguém. Este argumento coaduna-se com uma visão mais pragmática, pois se volta para a discussão de um caso concreto e específico.

“Senhores, parece-me que culpar o sistema de Justiça por falhas na prestação de saúde ou até por um possível colapso é culpar, na verdade, o cidadão que demanda o Judiciário fazendo esse pedido. E eu, como Defensor Público - e aqui referi que é nesta condição que gostaria de falar aos senhores -, não tenho coragem e não teria coragem de dizer para o cidadão, para o seu João, quando ele vier me perguntar por que o pedido de antecipação de tutela dele foi negado – de apresentar este argumento: “Seu João, a sua doença não estava prevista; a sua doença não está no orçamento; o seu leito não existe. Se formos deferir seu pedido, vamos ter que tirar alguém daquele leito, Senhor João; então, infelizmente, o senhor vai ter que conviver com a sua doença da melhor maneira possível, mas o Estado não vai poder lhe auxiliar, porque se deferirmos seu pedido vamos bagunçar todo o sistema de organização da Saúde no País”. Isso não é possível. Não podemos usar esse argumento. O cidadão não pode ouvir isso. Se nós temos outros instrumentos? Evidentemente que temos. Temos outras dificuldades? Temos, mas essa justificativa, a meu ver, é muito cruel e não pode ser apresentada à população do nosso País” (Leonardo L. Mattar).

O relato a seguir também evidencia a exposição de casos particulares para se falar da judicialização. Esta estratégia visa ressaltar os aspectos subjetivos presentes nos casos individuais. Alguns grupos levaram para a AP pacientes com doenças em estágio avançado, reforçando a intenção de angariar a simpatia e o reconhecimento da platéia sobre a tese defendida.

“Temos, aqui, um exemplo contundente de uma paciente também do nosso serviço, portadora de artrite psoriática, com grave lesão de pele, e que, depois de doze semanas de uso de uma droga imunobiológica, vinte e quatro semanas após pode-se ver a diferença do impacto. Ela usava todas as drogas que estão dentro do protocolo do Ministério da Saúde, e teve que adquirir essa droga por ação judicial – por judicialização. Então, nós não discutimos, aqui, se é benéfico ou não, o nosso interesse é defender o interesse do paciente que, como médicos, atendemos” (Valderillo Feijó).

A resposta a este tipo de argumento veio explicitamente na fala do Secretário Reinaldo Guimarães, na qual fica evidente a estratégia, igualmente pragmática, de desconstrução de argumentos baseados em apelos emocionais.

“Quantas vezes, após apresentar os conceitos e instrumentos da Política de Assistência Farmacêutica do Ministério da Saúde (...) meu contraditores imaginaram desconstruir meus argumentos pelo relato de uma história individual, não raro trazendo ao debate, em pessoa, um paciente. Não os critico, afinal trata-se de um argumento, mas pondero, Ministro Direito, que essa estratégia, eficaz para nos emocionar a todos, é amplamente insuficiente para, *per se*, construir uma política pública” (Reinaldo Guimarães).

A principal contestação à defesa irrestrita da dimensão individual da saúde aconteceu pela evocação de sua dimensão coletiva. Na utilização deste núcleo argumentativo sobressai uma concepção ideal de respeito ao público, e também de melhor utilização de recursos. O representante do Estado do Rio de Janeiro associa este núcleo com o argumento das funções da justiça, para ele “se houver a efetiva necessidade de provocação do Judiciário (...) que pelo menos isso seja feito em uma ação coletiva, proposta em face dos três entes, nas quais o impacto das decisões (...) possa ser avaliada no seu conjunto, e não apenas na dramaticidade do caso individual” (Rodrigo Tostes Mascarenhas). O presidente do CONASEMS, por sua

vez, afirma que “os altíssimos recursos utilizados para o cumprimento de decisões judiciais de cunho individual e sem evidência científica, se investido no coletivo, em respostas científica e socialmente aceitas, dariam para ampliar o cuidado em saúde, beneficiando, assim, um número muito maior de pessoas” (Antônio Carlos Nardi). Interessante destacar que este comentário desconsidera que antes da existência do intenso fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, a saúde pública já era absolutamente deficitária. Outras falas foram nesta mesma direção, como o trecho destacado a seguir da Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde. “E nós fizemos uma comparação. Com esse valor, Ministro, gasto entre 2003 e 2005 - um milhão de dólares -, nós poderíamos ter atendido aproximadamente 3.830 pacientes para cirurgias de catarata, tendo restabelecido totalmente a visão desses doentes, ou seja, a cura total” (Cleusa Bernardo). Além da desconsideração em relação ao passado recente dos gastos em saúde, foi enfatizado durante a Audiência o baixo investimento, mesmo em tempos de EC 29, na área da saúde. O Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União rebate firmemente as críticas que depositam na judicialização da saúde a culpa por atuais problemas financeiros do setor saúde, para ele

“o impacto que as ordens dos magistrados ocasionam nos orçamentos municipais, estaduais e federal, em muitas ocasiões provocando – alega-se – eventual insuficiência de recursos para os atos da administração voltados à execução de programas de saúde de grande abrangência, é o argumento recorrente na defesa dos gestores públicos. Entretanto, também é verdade que a decantada insuficiência de recurso, não raro, esteve associada ao descumprimento massivo de investimentos mínimos pelos entes federativos, notadamente no que diz respeito à Emenda Constitucional nº 29 - Diga-se que aproximadamente dois terços dos Estados ainda não respeitam essas determinações da Emenda Constitucional. Bem como a precarização de planos de saúde e sua execução, não raro, completamente afastado das orientações providas dos conselhos e conferências de saúde. Por outro lado, dificilmente se observa, como seria de rigor, a demonstração do impacto das ordens judiciais concessivas e insumos em face do orçamento do ente federativo reclamante” (Leonardo Bandarra).

Um dos aspectos comentados no **CAPÍTULO 2** desta tese é encontrado nos argumentos de alguns participantes. O orador supracitado trás para o debate uma questão que considera problemática no atual estágio da judicialização da saúde: o fato do Judiciário dar ganho de causa às ações individuais e não às coletivas⁵⁰.

“A discussão jurisprudencial sobre o bem jurídico “saúde”, na forma peculiar pela qual se desenvolveu entre nós, não enfocou o SUS diretamente, senão tendeu a considerá-lo pelo seu avesso, isto é, pelo cuidado das doenças e, neste, pela busca a assistência farmacêutica. Ou seja, a maior densidade do labor judicial se ateve a apreciar ações, sobretudo individuais, que buscavam os fármacos. Nesse perímtero estrito, é que se apresentam a debate a universalidade, a integralidade de atenção, a igualdade e seu subproduto conceitual, a equidade, e a resolutivi-

⁵⁰ Ver Esquema 1, pág. 41

dade, esteios mestres do Sistema Único de Saúde. É de baixíssima intensidade estatística os volumes das decisões voltadas para política sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças ou outros agravos de forma coletiva, bem como aqueles que afetam o meio estranho da gestão e o do financiamento público da saúde. Apesar de serem questionados em diversas ações públicas, não há decisão judicial nesse sentido em termos percentuais. A agenda judicial, portanto, é proposta pelo acúmulo de ações e decisões, notadamente disputando drogas prescritas sob os mais variados critérios” (Leonardo Bandarra).

Cumprido destacar ainda a posição do Dr. Antônio Fernando, de que “embora prevaleça nas ações individuais a dimensão individual do direito à saúde, não se pode automaticamente concluir que elas necessariamente prejudiquem a dimensão social do direito à saúde ou a coletividade”. Posição semelhante a esta assume o Procurador do RJ, para quem se deve converter este debate do individual para o coletivo, “o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; o que o Judiciário tem que decidir é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas, porque, aí, em vez de se atender uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade” (Luís Roberto Barroso).

Por último, cabe destacar a fala da Promotora do Distrito Federal, que atribui também ao Poder Judiciário parte da responsabilidade sobre os problemas gerados pela judicialização da saúde. Para ela, o privilégio dado às ações individuais escamoteia as questões estruturais do SUS, deslocando a discussão de uma perspectiva pública e coletiva, para o âmbito privado. De acordo com a Promotora,

“O mesmo Judiciário que tem sido receptivo às demandas individuais mostra-se bastante refratário às demandas coletivas e estruturantes do SUS. Um exemplo ilustra a situação. O MPDFT, por meio da 2ª PROSUS, propôs, no ano de 2005, ACP visando à implantação no DF de serviços de residências terapêuticas, instituídas desde 2000 como parte integrante da política de saúde mental do MS. As residências terapêuticas são serviços substitutivos à hospitalização, cuja função primordial é a ressocialização de pacientes com transtornos mentais e histórico de longo período de internação, e que, embora não mais precisem de internação, não contam com qualquer suporte familiar ou social, até pelo longo período de exclusão a que foram submetidos. Pois bem, em que pese haver política pública para implantação de residências terapêuticas e não existirem esses serviços no DF, foi negada a concessão da tutela antecipada e, até hoje não há sequer uma residência terapêutica no DF. Essa ACP, cuja natureza é eminentemente estruturante do sistema, na medida em que visa ao cumprimento de uma política pública existente (criada pelo próprio Estado) e, principalmente, a não persistência de violações de direitos humanos, eis que está se negando a liberdade da pessoa que está submetida à internação desnecessária, não encontrou resposta positiva do Poder Judiciário, sob o fundamento de que, nesse caso específico, haveria ingerência no Poder Executivo” (Catia Gisele M. Vergara).

A terceira condição da judicialização que merece destaque reúne três das premissas clássicas, pois diz respeito tanto à atuação do Executivo quanto do Legislativo. O fato de se recorrer ao Judiciário para ter acesso a medicamentos indica que as políticas desenvolvidas pelo Executivo têm sido falhas. Por outro lado, o Legislativo não vem atuando, por exemplo,

sobre as formas de financiamento ou criando normas para distribuição de medicamentos – principais áreas que vêm propiciando o aumento das demandas judiciais em saúde. Não à toa, nos discursos de grande parte dos oradores, as normas infraconstitucionais estabelecidas pelo Ministério da Saúde são evocadas com *status* de lei.

Neste cenário, encontramos indícios de que as instituições majoritárias (por exemplo, as Secretarias de Saúde) têm sido incapazes de desenvolver políticas públicas, não conseguindo angariar apoio público suficiente para manter estas políticas. A falta de reconhecimento popular a respeito dessas políticas implantadas também é um dos fatores que tem fomentado a judicialização. Há uma percepção pragmática de que o acesso aos serviços e insumos de saúde não tem sido garantido pelas políticas oficiais. Busca-se, portanto, esta garantia através do Judiciário.

Além desta percepção mais pragmática, é possível afirmar que existe também uma posição que assume como inerente certa ineficiência do processo político de decisão concentrado no Executivo. Isto é, determinados grupos passaram a buscar na justiça a garantia de seus direitos à saúde por não acreditarem que seja possível o Executivo, por conta própria – ou até mesmo respondendo as pressões desses grupos –, atender a suas demandas. O pleito via judicial acaba sendo uma forma de driblar o processo político convencional, normalmente mais demorado, pois envolve, além de um procedimento extenso, a construção de acordos, alianças e concessões entre representantes de interesses divergentes, sendo a via judicial, portanto, um atalho eficiente na busca de soluções imediatas. Uma fala significativa, neste sentido, pode ser extraída do pronunciamento do Procurador-Geral da República:

“O Estado brasileiro tem o dever de garantir a todos o direito à saúde, aplicando da forma mais adequada os recursos existentes, o que significa buscar a conjugação das melhores técnicas, dos melhores custos e dos melhores resultados. A decisão sobre a conjugação destas variáveis é do Estado Administrador, mas o que fazer quando o Estado se omite? Diante de tal situação não remanesce ao cidadão outra alternativa senão a de reivindicar a tutela jurisdicional. E esta não deve ser prestada apenas com base em uma prescrição médica, mas na avaliação técnica do caso, considerando os aspectos médicos e econômicos. Portanto, ao ver do Ministério Público Federal, a atuação do Poder Judiciário é imprescindível para a efetivação do direito à saúde nos casos concretos” (Antônio F. B. S. de Souza).

Um dos casos em que fica evidente a morosidade do processo legislativo diante das diversas demandas sociais (Tate (1997) chega a se referir a uma possível “inércia” legislativa) diz respeito à incorporação tecnológica no SUS. Na Audiência Pública foram questionados por diversos grupos os motivos que levam os gestores a não ampliarem as listas de cobertura do SUS. As explicações aventadas abrangiam problemas relativos aos riscos à segurança do

paciente na utilização de tecnologias ainda não aprovadas pelo Ministério da Saúde; ao custo elevado de alguns tratamentos devido à preservação dos direitos de patente das indústrias da saúde; e, por fim, às pressões exercidas pelas indústrias para a incorporação de tecnologias ao SUS, sem prejuízos, evidentemente, de seus lucros. Não raro estas explicações aparecem conjugadas, embora com diferentes ênfases. Observemos, neste sentido, a fala do Secretário de Atenção à Saúde do MS. Ao mesmo tempo em que demonstra grande preocupação com os possíveis riscos de tratamentos experimentais à saúde dos pacientes (algo que deve ser avaliado *antes de tudo*), ele introduz (*além disto*), a questão dos custos destes procedimentos ao SUS.

“Quanto à obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados ou não aconselhados pelos protocolos clínicos, deve-se dizer que o que é “experimental” não pode ser considerado “tratamento”, mesmo que um estudo experimental, uma determinada tecnologia ao medicamento já comercializado com outra indicação terapêutica. Uma eventual obrigação desta natureza, *antes de tudo*, colocaria em risco a saúde dos próprios pacientes e, *além disso*, imporia ao SUS condutas diagnósticas e terapêuticas não aconselhadas por serem comprovadamente inefetivas, ou por serem ainda experimentais, ou por serem alternativas de pior ou igual resultados às disponíveis, ou por serem mais onerosas ou por pouco, ou nada, agregarem em termos de eficiência custo/benefício e custo/utilidade. Em todos esses casos, quem assumiria a responsabilidade técnica, administrativa e moral pela utilização desses meios diagnósticos ou terapêuticos? (...) Somente protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas são capazes de definir adequadamente o rol de medicamentos a serem utilizados racionalmente no SUS. Sim, o SUS permite o acesso aos procedimentos, medicamentos ou insumos quando os mesmos são amparados em normas e instrumentos operacionais que buscam, *antes de mais nada*, proteger o indivíduo e garantir a integralidade assistencial sustentável para todos com melhor resultado, o menor risco e o menor custo e gasto” (Alberto Beltrami).

Em relação à questão dos protocolos clínicos, o Presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose, rebatendo as declarações do professor Paulo Picon, semelhantes à posição apresentada pelo Secretário Alberto Beltrami, afirma que aquele havia se esquecido de considerar que no Brasil existem apenas 42 protocolos clínicos. Segundo ele,

“Existem doenças contempladas na Portaria de Medicamentos Excepcionais do Governo Federal que não têm protocolo que determine a sua utilização. E vejam uma coisa: esqueceu, também, o Doutor Picon de mencionar que 76% dos protocolos existentes hoje foram elaborados durante os anos de 2001 e 2002. Como vocês podem ver, 31 protocolos foram editados até 23/12/2002. Esqueceu o Doutor Picon de afirmar que nós ficamos quatro anos sem a edição de nenhum Protocolo de Diretrizes Terapêuticas como programa de saúde junto às políticas sociais do Brasil. E vejam, os outros 24% dos protocolos foram construídos no período de novembro de 2006 a setembro de 2007. Isso é um absurdo, porque a alegação do Executivo é que não estabelece a padronização dos medicamentos para essas doenças graves, progressivas, doenças raras, doenças negligenciadas, porque não existem protocolos e diretrizes terapêuticas; que casualmente, Senhor Presidente, os protocolos deveriam ser criados pelo próprio Executivo” (Sérgio Sampaio).

Em relação ao debate em torno dos tratamentos considerados “experimentais”, nota-se a utilização polêmica desta qualificação, como na fala do Secretário Beltrami, cuja posição é contestada por outros oradores, a exemplo do Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacaridoses, para quem:

“As medicações para mucopolissacaridose não são experimentais, não são sem efeito algum, não são sem comprovação científica – eu trouxe trabalhos científicos que anexei aos meus documentos. O alto custo da medicação não deveria justificar a exclusão dessa medicação na lista do SUS, nem a dor e a morte imposta ao acometido como característica dessa síndrome, que já é uma outra agravante à falta dessa sensibilidade. (...) Fala-se que ações judiciais têm promovido aplicação inadequada de recursos públicos. Então por que, para acabar com isso, o SUS não elabora uma política para doenças raras e para medicamentos excepcionais, para drogas órfãos? Por que o SUS insiste em desobedecer ao Texto Constitucional? Por quanto tempo mais teremos que sofrer? Quantas crianças mais terão que morrer? A falta de reposição enzimática em pacientes acometidos por mucopolissacaridose, entre outros agravantes, leva ao óbito prematuro. Tal terapia produz melhora significativa da qualidade de vida e expectativa de vida, promovendo a diminuição dos agravos e da síndrome. Essa é a opinião de pelo menos duzentos geneticistas no Brasil. Esses geneticistas que tratam dessas síndromes também sofrem com a falta da assistência do SUS, que nem o diagnóstico confere aos portadores de mucopolissacaridose” (Josué Felix).

O debate acerca da incorporação tecnológica pelo SUS também é marcado pela intervenção de representantes do setor empresarial. Destaca-se, inicialmente, a postura assumida pelo Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica, que, a fim de defender “o ponto de vista empresarial”, isto é, o ponto de vista da indústria farmacêutica nacional, apóia abertamente a atual política do SUS.

“Objetivamente, Senhor Presidente, pensamos que, em primeiro lugar, o SUS deva dar cobertura apenas aos medicamentos registrados pela Anvisa no Brasil. Todas as nossas empresas precisam registrar produtos junto à Agência para que tenham atestadas a eficácia e a segurança. Não existe nenhuma razão para que o sistema forneça um produto que não foi aprovado no país. Um produto não registrado no Brasil não está amparado pela nossa legislação. Portanto, a sua comercialização, do ponto de vista empresarial, é concorrência desleal” (Ciro Mortella).

É interessante notar, a partir da fala acima, embora não seja possível nos aprofundarmos sobre isso, que é no mínimo imprudente considerarmos os interesses da “indústria farmacêutica” como algo homogêneo. É necessário tratar concretamente a qual indústria refere-se ao falar de seus interesses. No caso em exame, podemos perceber um conflito entre interesses econômicos de setores da indústria nacional e da indústria estrangeira. Não podemos ignorar a importância econômica que o SUS representa para diversos segmentos da indústria nacional e internacional. O tipo de política adotada pelo SUS tem um impacto direto no desenvolvimento dessas indústrias, o que justifica o seu interesse no debate público sobre a judicialização da saúde no país. Como afirmara Tate (1995, p. 30), “seria um equívoco deixar a impressão de que a judicialização da política se desenvolve de algum modo isolada dos interesses sociais e econômicos que estruturam o sistema político”. Para o representante da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde (Ampasa),

“O SUS está sendo construído em cima de um modelo de ofertas oriundas do complexo industrial de grupos corporativos e dos planos privados de saúde, e não das demandas da população. De modo que, antes de referenciar-se num pacto do Estado com a sociedade, evidencia uma subordinação das decisões políticas fundamentais aos interesses de setores produtivos privados e corporativos na área da saúde” (Jairo Bisol).

Essa conexão entre interesses econômicos e o processo de judicialização, que por vezes passa despercebida para a maioria dos pacientes, não deixa de ser notada com apreensão pelos gestores do SUS, como podemos ilustrar pelo trecho da fala do Presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), transcrito abaixo:

“Particularmente, é nociva a tentativa de laboratórios transferirem o custeio de experimentações para o setor público. Sabe-se que mais de 90% das experimentações, Ministro Gilmar, não trazem resultados concretos para os pacientes, ocasionando uma gigantesca despesa que sai do bolso do contribuinte sem nenhum benefício, até com risco para o usuário. Centenas de milhões de reais de recursos públicos são desperdiçados a cada ano em tratamentos experimentais infrutíferos, que deveriam ser pagos, sim, pelos laboratórios. Isso sem considerar a ironia dessa história, porque, ainda os laboratórios colocam no preço dos medicamentos que vendem, preços extraordinariamente altos, o custo que têm com experimentações que não dão resultado. Embutem esse custo que pretensamente teriam com as experimentações malsucedidas e que, agora, tentam obrigar, induzir o setor público a pagar” (Osmar Terra).

Importante destacar um posicionamento que surgiu durante a Audiência Pública de que parte dos problemas causados pela demanda judicial, sobretudo aquela associada aos gastos financeiros, decorreria da manutenção das patentes dos medicamentos. O Professor José Pinotti foi muito enfático em suas proposições, buscando parte da origem dos atuais problemas de gestão dos serviços de saúde na ideologia neoliberal difundida no país na década de 1990. Para ele,

“A partir dos anos 90, inicia-se esse processo entrópico, monetarista, neoliberal, que estoura, agora, nesta crise econômica que vivemos. No seu bojo a intenção clara de privatizar, com objetivos de lucro, as grandes políticas públicas como: Educação, Previdência e Saúde. As emendas constitucionais são aprovadas, resistindo a da saúde, a única derrubada, mas não se consegue resistir às pressões. A contra-reforma privatizante é avassaladora. O Congresso aprovou em 1996, com total apoio do Governo, a malfadada Lei das Patentes, razão fundamental desse processo de judicialização, sem as salvaguardas recomendadas internacionalmente, de fabricação local e interregno, destruindo a indústria farmacêutica brasileira e nos tornando dependentes. Hoje compramos produtos da Índia, com mais de 1200 indústrias farmacêuticas” (José A. Pinotti).

Outra fala de destaque no tocante à questão das patentes foi proferida pela Representante da ONG Conectas Direitos Humanos. Para ela, se a questão central de limitação da integralidade e da universalidade é o custo dos tratamentos, dever-se-ia adotar o “uso legítimo de flexibilidades e limitações à proteção intelectual, como a licença compulsória (...) para medicamentos essenciais e necessários à nossa população” (Heloisa M. Almeida). Esta mesma atitude é defendida pelo Representante do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos. Para ele as patentes “levam a distorções inaceitáveis”.

“Temos medicamentos cujo custo de produção é de R\$3,00 e o preço comercial chega a mais de R\$1.000,00 uma ampola. É o caso do pefilardeteferon. A legislação brasileira prevê a concessão de licença para uso não comercial, em casos de emergência nacional ou interesse público (Art. 71 – Lei nº 9.279/96). Os medicamentos de alto custo devem ser enquadrados nesta previsão legal” (Antônio B. da Silva).

O direito de patente constitui-se, portanto, como o principal instrumento das indústrias farmacêuticas para garantir seus interesses econômicos. O que agrava este quadro, no momento da demanda judicial em saúde, é a compra, pelo Estado, em regime de urgência, impossibilitando as negociações de preços, prevalecendo o valor cobrado pelas empresas.

Impulsionados também por esta questão, alguns oradores apresentaram, como solução para driblar os interesses das indústrias de saúde, o fortalecimento da Comissão para Incorporação de Tecnologias no SUS (CITEC). Ficou evidente, em algumas falas, a necessidade de uma resposta positiva ou negativa em relação à incorporação de determinada tecnologia. Para o presidente do CONASEMS, uma sistemática incorporação de tecnologias ao SUS evita “a pressão de produtores e comerciantes de medicamentos, equipamentos, procedimentos, nacionais ou multinacionais, que têm o interesse financeiro envolvido e podem deixá-lo se sobrepor à saúde da população” (Antônio C. F. Nardi).

Cabe ressaltar que o MS enviou para a Audiência Pública seus representantes já munidos de algumas decisões que foram lançadas no decorrer das falas e utilizadas como argumentos. Já no primeiro dia da Audiência, o Secretário de Atenção finaliza sua fala propondo alterações na forma de funcionamento da CITEC, “ampliando sua composição, agilizando suas decisões e tornando o seu funcionamento mais transparente”; e “quanto aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, propomos atualizar os já existentes e elaborar novos protocolos, atualizando-os periodicamente, sempre com base na melhor evidência científica disponível”. Na última fala da Audiência, no sexto dia de sua realização, o Ministro da Saúde reassume tais compromissos, enfatizando a intenção do MS de resolver os dilemas postos pela judicialização da saúde. Este posicionamento foi, inclusive, alvo de diversas críticas ao longo da Audiência, pois estaria se criando uma tendência de privilegiar os casos judicializáveis, abandonando àquelas demandas que não chegam aos tribunais judiciais. Para o professor Raul Cutait, a solução para isto passa pela criação de um mecanismo que permita “que tudo o que é novo seja incorporado de uma forma mais ou menos automática, não apenas quando existe uma demanda, uma pressão, tipo um processo judicial”.

A falta de análises rotineiras para a incorporação de novas tecnologias ao SUS cria no juiz, no momento de decidir sobre a concessão de determinado insumo, uma sensação de insegurança. Nesse sentido, o Judiciário tem atuado muito mais no vazio das decisões do SUS do que indo contra os protocolos e diretrizes existentes. Esta constatação leva à última

premissa apresentada por Tate e Vallinder (1995): uma postura dos juízes no sentido de aceitarem o desafio de opinar sobre questões políticas.

Conjuntamente a esta constatação, foram feitas diversas críticas em relação à legitimidade e competência do Poder Judiciário desempenhar o papel que vem assumindo na área da saúde. Este argumento, muito próximo à crítica da capacidade instrumental, descrita no **CAPÍTULO 2**, foi levantado de diversas formas por aqueles que intentaram desqualificar o fenômeno da judicialização; em geral isso era feito associando esta idéia ao fato dos juízes não terem conhecimento científico suficiente para decidir sobre prescrição de medicamentos, ou, muitas vezes, não terem condições de identificar que, por trás do pedido, existem interesses de empresas e indústrias farmacêuticas. A discussão presente nesta última premissa volta-se, fundamentalmente, para a utilização do argumento das funções da justiça.

O que está em jogo é a legitimidade ou não do Judiciário atuar na área da saúde. Talvez exista uma expectativa, certamente ingênua, de alguns gestores de tentar limitar a atuação do judiciário nesta área, não só pela retração do Poder Judiciário, mas também pela ampliação dos poderes do Executivo. Esta intenção fica evidente nos dois projetos de lei que tramitam no Senado dos senadores Tião Vianna⁵¹ e Flávio Arns⁵². Ambos projetos visam aumentar o poder discricionário do Executivo em detrimento da atuação hermenêutica do Judiciário. Neste sentido, destaca-se a resposta de um Magistrado a respeito das diversas propostas de supressão da participação do Judiciário na área da saúde.

“O que me preocupa aqui é a dupla exclusão: é a exclusão de quem não recebe nem o medicamento que o protocolo, a lei impõe o fornecimento, e a exclusão de que essa pessoa não poderia, então, buscar o Poder Judiciário, seja por via coletiva, seja por via individual. É dupla exclusão do sistema: ou seja, temos que nos conformar a sermos atendidos na medida do sistema existente e não sermos atendidos, ainda que a lei, os protocolos, imponham esse atendimento” (Ingo W. Sarlet).

Um segundo posicionamento, que também faz coro à voz do professor Sarlet, vem da defesa de um Juiz Federal em relação à atuação do Poder Judiciário. Para ele, tem sido criada uma pecha de que os tribunais inferiores não têm sido criteriosos ao atenderem os pleitos da área da saúde. “Não é verdade que os juízes de primeiro grau costumam conceder todas as liminares pedidas. Essa afirmação feita algumas vezes não tem base empírica, até porque não existe sistema de informática que permita que se saiba o percentual de liminares concedidas em razão daquelas que foram requeridas”. Além disso, o Juiz Jorge André C. de Mendonça

⁵¹ http://www.tiaoviana.com/index.php?option=com_content&task=view&id=302&Itemid=34

⁵² http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81517

apresenta alguns dados que demonstram que as segundas instâncias de todo o país vêm confirmando as sentenças dadas pelos juizes de primeira instância, reafirmando com isso que “não é uma irresponsabilidade da primeira instância quando, várias vezes, concede algumas liminares, seja em matéria de medicamento, seja em outra matéria qualquer”. A pretensão do Juiz Federal é qualificar o trabalho realizado pelo Judiciário no Brasil e justificar a permanência deste Poder na interpretação de matéria ligada à saúde pública.

Por fim, resta destacar a fala do Defensor Público-Geral da União e ressaltar que se compartilha de suas expectativas de que o atual estágio da judicialização da saúde no Brasil tenha um efeito pedagógico sobre os gestores. “O governante, depois de alguns anos, verificando que esse direito é efetivamente um direito garantido, e isso estando claro e dito pelo Supremo Tribunal Federal, ele vai saber que é necessário alocar mais recursos da rubrica da saúde, sob pena de haver a intervenção do Poder Judiciário” (Leonardo Mattar). O maior exemplo deste efeito pode ser encontrado no início da década de 1990, com as políticas do Ministério da Saúde de atenção aos portadores do vírus HIV, conforme já comentado no **CAPÍTULO 2**. O que permanece como um alerta para os gestores de saúde e para a sociedade como um todo é a possibilidade de apenas grupos já mais privilegiados terem força suficiente para embarcarem suas necessidades como prioridades políticas. Não devemos ignorar que o acesso à justiça, embora possa ser gratuito, não é tão fácil assim.

A Audiência Pública da Saúde, realizada nas dependências do STF, é um marco importante para este recente fenômeno da judicialização que se vive no Brasil. Os posicionamentos apresentados não representam apenas aquelas poucas pessoas que participaram, mas carregam consigo expectativas e opiniões de diversos grupos do Brasil, os quais são, inclusive, a chave de interpretação da judicialização. Nos capítulos seguintes, tratar-se-á de alguns grupos específicos que utilizaram uma outra via da judicialização, ainda menos explorada, com menos resultados, mas não menos importante, a judicialização via Ação Direta de Inconstitucionalidade. Se, nas falas públicas, identificaram-se elementos que permitem compreender um pouco como caminha a judicialização no Brasil, os capítulos seguinte, se deterão sobre uma argumentação mais privada, restrita ao mundo jurídico. Contudo, da mesma forma como as falas na Audiência da Saúde, as Adins buscam convencer os Ministros do STF sobre determinada tese. Ambos os momentos buscam um convencimento jurídico que, em seguida, propiciará um efeito político.

CAPÍTULO 4 – MAPEAMENTO DAS ADINS NA ÁREA DA SAÚDE

O objetivo deste capítulo é apresentar o mapeamento de Adins relacionadas à área da saúde a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, de forma a evidenciar os temas abordados e os atores políticos envolvidos naquelas contestações jurídicas submetidas ao STF. Isto permitirá conhecer, em primeiro lugar, em que medida a Suprema Corte tem aceitado o chamado à judicialização, isto é, até que ponto o STF tem desempenhado um papel ativo na condução das políticas de saúde do país, ou, ao contrário, tem optado pelo distanciamento destas questões⁵³; e, em segundo lugar, uma vez que ele tenha aderido a esta postura ativa, em que sentido têm se orientado suas decisões.

4.1. Caracterização das Adins

Ao longo dos primeiros vinte anos de vigência da Constituição Federal, foram ajuizadas ao todo 130 Adins na área da saúde⁵⁴, sendo 80 voltadas para legislações estaduais e 50 para federais. Conforme se pode observar, a partir da distribuição das Adins realizada na **Tabela 1**, poucas foram as ações levadas ao STF que diziam respeito à área da saúde, diferentemente do que ocorrera à época em relação a outras áreas como da administração pública, política tributária, relações de trabalho, etc⁵⁵. Enquanto algumas entidades já haviam descoberto esse instrumento como uma importante forma de atuação política via poder judiciário, o mesmo só ocorreria na área da saúde a partir da segunda metade da década de 1990. Em parte isto se explica pela atuação de alguns movimentos sociais⁵⁶ na área da saúde que passaram a buscar na justiça a garantia de direitos estabelecidos constitucionalmente.

⁵³ Esse distanciamento, conforme comentado no **CAPÍTULO 1**, ocorre pelo retardamento da decisão do mérito e, sobretudo, pelo deslocamento do foco de atuação do STF de questões essenciais para questões puramente formais.

⁵⁴ Conforme exposto na metodologia desta Tese, delimitamos a área da saúde na busca realizada na página eletrônica do STF a partir dos seguintes descritores: saúde, doença, medicamento, remédio, patologia.

⁵⁵ Cf. Vianna et al (1999, p.63/64)

⁵⁶ Ver a esse respeito: BRASIL. *O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais* - Série Legislação nº 3. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde - Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: DF, 2005.

A primeira Adin da área da saúde foi a ADI 8, de 1988, proposta pela Associação dos Laboratórios Farmacêuticos Nacionais contra o Conselho Interministerial de Preços⁵⁷ requerendo reajuste nos preços dos medicamentos. Observa-se que as primeiras Adins na área da saúde não se voltaram para a discussão das políticas de saúde⁵⁸, como seria de se esperar, dada a aprovação da lei 8080 em 1990. Apenas nos anos de 1997 e 1998 é possível observar uma concentração de Adins nestas áreas. Outro fator importante de se notar é a proeminência da contestação da legislação estadual sobre a federal, concentrando 61% das Adins, fato observado também na análise de Vianna et al (1999, p.55), na qual os governadores figuram como propositores principais.

Pode-se retomar, neste sentido, a perspectiva apresentada no início desta tese, de que é o vértice da pirâmide legal que deve balizar os princípios presentes nas normas inferiores, como as Constituições Estaduais. Além disso, é possível perceber que, nas contestações presentes nas petições iniciais, são evocados os princípios federativos que atribuem à União a legitimidade de legislar sobre determinado tema, visando retirar a legitimidade dos Estados de estabelecer normas para a área da saúde. Tais proposições podem estar indicando certo refluxo no que diz respeito à diretriz da descentralização da gestão do SUS. Não que isto signifique estar-se abrindo mão dos repasses financeiros da União, mas indica certo refluxo na que diz respeito à aproximação do processo decisório em nível estadual.

Mesmo que a o art. 17 da lei 8080/90 defina as competências da direção estadual do Sistema Único de Saúde, observou-se, nestas últimas décadas, que a saúde vive um misto de atribuições legislativas complementares e concorrentes entre as esferas Nacional e Subnacionais, característica do sistema federativo brasileiro. Ora observa-se maior centralidade em um, ora em outro. A linha que separa esses momentos é tênue e varia conforme as orientações políticas das maiorias estabelecidas a cada eleição. Não é intenção desta tese realizar uma análise política destes momentos, mas cumpre ressaltar a utilização dos processos de judicialização como instrumentos políticos de oposição (VIANNA at al, 1999). No caso específico da saúde, isto tem influência inclusive sobre as concepções de descen-

⁵⁷ Ação conduzida pelos advogados Miguel Reale Júnior e David Teixeira de Azevedo

⁵⁸ Não se está considerando a regulação de preços de medicamentos como política de saúde por não se tratar de ato normativo do MS, mas sim de um Conselho que visava regular a política de preços no Brasil, voltada para o controle da inflação. O Conselho Interministerial de Preços foi criado pelo Decreto n. 63.196, de 1968, com o objetivo de implantar "uma sistemática reguladora de preços, através da análise e avaliação do comportamento dos preços no mercado interno". Era composto pelos Ministros da Indústria e Comércio, da Fazenda, da Agricultura e do Planejamento.

<http://www.receita.fazenda.gov.br/Memoria/administracao/reparticoes/1822a1970/conselhos.asp> , acessado em 24.07.2009.

tralização dos gestores do Ministério da Saúde ao longo do processo de implantação do SUS. É possível afirmar que este processo, em alguns momentos, consolidou-se como mais municipalista e, em outros, buscou o resgate de uma descentralização mais estadualista. A análise das NOB's e da NOAS revela estes momentos (SOUZA, 2001; SCATENA, 2001; PELLEGRINI, 2007). Tais concepções de descentralização se refletem na propositura de Adins, pois estas são possíveis apenas ante a atuação dos legislativos estaduais na área da saúde.

Das 80 Adins que contestam legislações estaduais, trinta e quatro delas já obtiveram uma decisão final, sendo vinte e cinco procedentes/ procedentes em parte, ou seja, 73% das Adins com julgamento obtiveram do STF a decisão de que a norma Estadual estaria contrariando os princípios constitucionais. Conforme afirma Vianna et al (1999, p.66) “esses dados não surpreendem, dado o monopólio normativo da União sobre os aspectos centrais da vida social brasileira, apesar da natureza federativa do pacto republicano”.

Tabela 1 - Distribuição das Adins segundo Tipo de Norma Contestada por Ano

Ano	Normas Estaduais	Normas Federais	Total	Frequência
1988	0	1	1	0,8%
1989	0	0	0	0,0%
1990	3	0	3	2,3%
1991	1	2	3	2,3%
1992	2	2	4	3,1%
1993	1	0	1	0,8%
1994	3	1	4	3,1%
1995	4	1	5	3,8%
1996	2	4	6	4,6%
1997	9	2	11	8,5%
1998	5	6	11	8,5%
1999	1	6	7	5,4%
2000	4	2	6	4,6%
2001	2	3	5	3,8%
2002	5	4	9	6,9%
2003	13	2	15	11,5%
2004	10	2	12	9,2%
2005	9	6	15	11,5%
2006	3	0	3	2,3%
2007	3	1	4	3,1%
2008	0	5	5	3,8%
Total	80	50	130	100,0%

Fonte: STF (elaboração própria).

A **Tabela 2** fornece um panorama da distribuição geográfica da judicialização no Brasil, na qual é possível perceber a presença marcante dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, os quais concentram cerca de 22% da demanda nacional ao STF. A proeminência destes dois entes federados se assemelha à dimensão individual da judicialização da saúde no Brasil, conforme discutido no **CAPÍTULO 2** desta tese. A região sudeste concentra 50% das Adins que questionam legislações estaduais.

Tabela 2 – Distribuição das Adins por UF

UF	Frequência	%
Amapá	5	3,8%
Bahia	1	0,8%
Ceará	1	0,8%
Distrito Federal	1	0,8%
Espírito Santo	9	6,9%
Goiás	2	1,5%
Minas Gerais	1	0,8%
Mato Grosso do Sul	3	2,3%
Mato Grosso	1	0,8%
Pernambuco	6	4,6%
Paraná	7	5,4%
Rio de Janeiro	15	11,5%
Rio Grande do Norte	2	1,5%
Rondônia	3	2,3%
Rio Grande do Sul	4	3,1%
Santa Catarina	6	4,6%
Sergipe	1	0,8%
São Paulo	14	10,8%
Nacional	48	36,9%
TOTAL	130	100,0%

Fonte: STF (elaboração própria).

O **Gráfico 1** apresenta a distribuição das Adins segundo os seus autores. As associações da sociedade civil⁵⁹ (empresariais, de trabalhadores e de classe) foram as que mais propuseram Adins, sendo que, conforme os dados desagregados na **Tabela 3**, as principais propositoras foram as associações empresariais. Este grupo concentra 26% das Adins na área da saúde. Tal fato serve para indicar uma das faces da judicialização no Brasil, aquela voltada para os interesses comerciais. Buscam-se, diretamente no Supremo, interpretações que garantam a afirmação do setor privado sobre o público, ou que ampliem a relação do setor pri-

⁵⁹ Utiliza-se aqui a expressão Sociedade Civil de acordo com a acepção de Gramsci, ou seja, a sociedade civil seria o lugar de luta pela hegemonia, onde estão dispostos todos os indivíduos que travam permanentemente uma luta de classe. Esta tese refere-se às associações empresariais, associações de trabalhadores e associações de classe como sociedade civil, justamente por serem representantes de classes que buscam no STF a hegemonia da interpretação de determinada legislação.

vado com o SUS. Assim, todas as Adins que contestam legislações da área da saúde suplementar foram encaminhadas por associações empresariais. De uma forma muito específica, esta situação encontra respaldo na literatura internacional, na qual se afirma que um dos principais aspectos da judicialização é o questionamento, por parte da minoria, da vontade da maioria. Se for considerado que os grupos empresariais são uma minoria, se comparados ao restante da sociedade, pode-se afirmar que no Brasil a judicialização, no tocante ao processo aqui estudado, está servindo para garantir os direitos dos grupos empresariais, justamente aqueles que detêm as maiores possibilidades de meios de apresentação de suas demandas.

Tabela 3 – Frequência das Adins segundo autores

Autores	Frequência	%
Governador	31	23,7%
Partido político	25	19,1%
PT	2	1,5%
PDT	4	3,1%
PSDB	5	3,8%
PMDB	1	0,8%
PFL/DEM	4	3,1%
PSL	1	0,8%
PSB	1	0,8%
PPS	1	0,8%
PL	1	0,8%
PT e PDT	1	0,8%
PT, PCdoB, PL e PPS	1	0,8%
PT, PCdoB, PDT e PSB	2	1,5%
PT, PCdoB, PDT, PSB e PV	1	0,8%
Procurador	20	15,3%
Sociedade civil	55	42,0%
Entidades Empresariais	34	26,0%
Entidades Trabalhadoras	10	7,6%
Entidade de Classe	11	8,4%
TOTAL	131	100,0%

Fonte: STF (elaboração própria).

No **Quadro 1** estão listadas todas as entidades da sociedade civil que ajuizaram Adins na área da saúde. Ao separar por grupos específicos que atuam no interior da sociedade civil tem-se uma visão mais nítida sobre os processos de judicialização no Brasil. As associações patronais são as que mais reconhecem a Adin como um instrumento de pressão para alcançar

seus objetivos. Já as associações de trabalhadores ainda têm uma atuação tímida junto ao STF (ao menos no que diz respeito à saúde).

Associações de Classe
Conselho Federal de Farmácia
Federação Nacional dos Farmacêuticos
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal de Enfermagem
Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente
Associação Médica Brasileira
Sociedade Brasileira de Psicólogos em Prol da Segurança do Trânsito
Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho
Associações Patronais
Associação dos Laboratórios Farmacêuticos Nacionais
Associação Nacional para Difusão de Adubos e Corretivos Agrícolas
Confederação Nacional de Comércio
Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento
Confederação Nacional do Sistema Financeiro
Confederação Nacional da Indústria
Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica
Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas
Confederação Nacional da Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços
Sindicato das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal e Interestadual do Estado de Goiás e das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros de Goiânia
Confederação Nacional do Transporte
Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas
Associações de Trabalhadores
Confederação Nacional de Trabalhadores na Indústria
Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos
Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino
Confederação Nacional das Profissões Liberais
Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
Confederação Nacional dos Metalúrgicos da Central Única dos Trabalhadores

Quadro 1 – Entidades da Sociedade Civil

Fonte: STF (elaboração própria).

Conforme se observa no **Gráfico 1**, o item que congrega a maior parte de Adins é o *financiamento do setor saúde*, com 22%, seguida pela *regulação* (11%) e *relações de trabalho* (11%). Se for considerado que, além destes três itens, a *Gestão* (9%) também diz respeito à organização e condução da administração pública, temo-se um quadro da judicialização da saúde (na dimensão coletiva) no Brasil que concentra mais de 50% das Adins neste tema. Neste sentido, é possível afirmar que a judicialização da saúde, buscada pela proposição de Adins, volta-se, numa parte expressiva, para questões que dizem respeito à relação econômica estabelecida entre o Estado e o mercado. Isto, por sua vez, faz questionar se este fenômeno

tem orientado as políticas públicas de saúde a partir dos princípios e diretrizes universalistas do SUS, ou se, ao invés disso, tem convertido matérias intrínsecas à administração pública em questões constitucionais, baseadas em princípios tais como a “liberdade de iniciativa econômica⁶⁰”, em nome dos quais se questiona a legitimidade da gestão do SUS. Esta atuação, requerida em parte por grupos empresariais, busca ainda a legitimação da concepção de dois sistemas autônomos de saúde, um público e outro privado. Os grupos representantes das entidades empresariais ajuizaram cerca de um quinto dessas Adins.

Esta perspectiva encontra coro na análise de Bahia (2005), para quem

“as solicitações dos prestadores de serviços e empresas de planos de saúde concentram-se em torno do debate sobre a legitimidade e intensidade da intervenção governamental. Ancorados em conceitos sobre os benefícios da liberdade de trocas entre vendedores e consumidores os representantes das empresas de planos de saúde questionam a legislação referente a regulamentação das atividades de suas empresas”. (BAHIA, 2005, p.26).

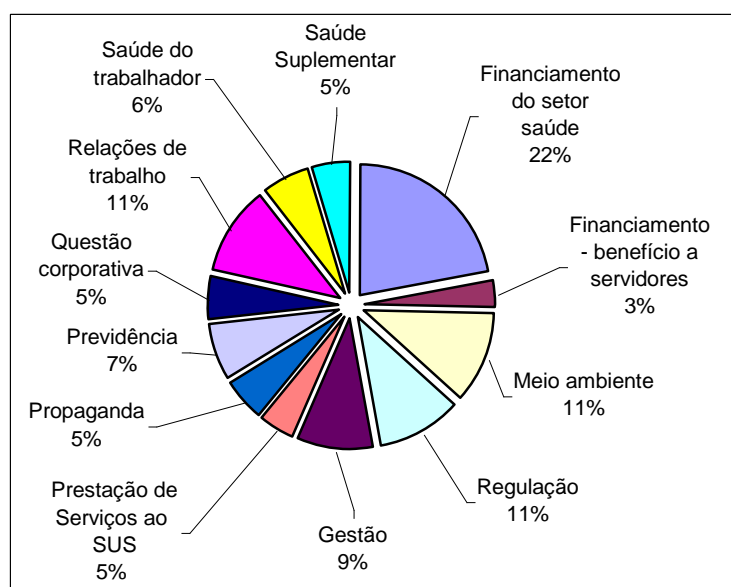


Gráfico 1 – Distribuição das Adins segundo item analítico

Fonte: STF (elaboração própria).

Cabe ressaltar que, embora o art. 199 da Constituição afirme que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, ao mesmo tempo, admite que as instituições privadas possam participar de forma complementar no SUS. Para Paim (1992), o texto constitucional “não deixa muito claro os compromissos, ou a responsabilidade para com a saúde da população, daquelas organizações de saúde que não queiram integrar-se ao SUS” (PAIM, 1992, p.40). O autor alerta ainda para o fato da Lei 8080/90 também ser “reticente quanto a tais

⁶⁰ Expressão apresentada como argumento na ADI 3311.

compromissos ou responsabilidades, mesmo que o artigo 197 da Constituição estabeleça que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público, dispor nos termos da lei sobre sua regulamentação, fiscalização e controle”. (PAIM, 1992, p.40). Ora, são justamente essas atribuições que vêm sendo contestadas na justiça.

A compreensão do fenômeno da judicialização no Brasil passa também pela análise da receptividade do judiciário em relação às questões que lhes são submetidas. Conforme vem-se afirmando ao longo desta tese, é condição para a existência da judicialização a aceitação, por parte do Poder Judiciário, da tarefa de opinar sobre questões próprias da esfera política. Nesta análise, pode-se decompor a receptividade do STF em três fases: a *liminar*, a *decisão monocrática* e a *decisão final*. Na maioria das Adins, os requerentes demandam liminares que declarem imediatamente a inconstitucionalidade de determinada lei ou norma, no entanto, raras ocasiões isto ocorre. Das cento e trinta Adins que compõem o banco de dados desta tese, em apenas vinte e seis delas observou-se a concessão de alguma liminar. Na **Tabela 4**, nota-se que são os governadores o grupo com a maior taxa de sucesso na concessão de liminares, seguido pela sociedade civil.

Tabela 4 – Decisão de concessão de liminares por grupo de proposição

	Deferida	Indeferida	Deferida em Parte	Prejudicada
Governador	7	1	1	14
Partido político	5		3	11
Procurador	2	1	1	2
Sociedade civil	5	6	2	25
Entidades Empresariais	3	2	2	16
Entidades Trabalhadoras		4		2
Entidade de Classe	2			7
Total	19	8	7	52

Fonte: STF (elaboração própria).

Chama atenção nesta tabela que as entidades representantes dos trabalhadores, embora sejam reconhecidas, nas decisões monocráticas, como instituições legítimas para proposição de Adins (**tabela 5**), nunca conseguiram a concessão de liminares, o que significa que o STF, de fato, nunca considerou os pleitos destes atores como legítimos *a priori*, ao passo que deferiu, mesmo que em parte, cinco liminares aos pedidos feitos pelas entidades empresariais⁶¹

Cabe ressaltar que a decisão monocrática é um tipo de julgamento em que o próprio relator, “com base na jurisprudência consolidada e no poder que lhe foi designado pelo

⁶¹ Estas últimas, porém, têm esbarrado com mais frequência nos critérios de arquivamento sumário das Adins.

Regimento Interno, decidiu sobre a impugnação ou manutenção da norma questionada *de ofício, em despacho*” (MARANHÃO, 2003, P.68). Esta decisão pode ocorrer devido à perda de objeto – norma contestada já alterada pelo legislador –, por falta de legitimidade do proponente, ou por desconsideração da relevância para STF da norma impugnada. A literatura (PACHECO, 2008) tem demonstrado que a análise dos requisitos formais para o ajuizamento de uma Adin tem sido o fator decisivo nas decisões monocráticas.

Tabela 5 – Decisão Monocrática por grupo de proposição

	Extinto o processo	Não Conhecido	Negado seguimento	Prejudicada
Governador	1		1	2
Partido político	1	1	4	4
Procurador			2	
Sociedade civil	1	1	11	8
Entidades Empresariais		1	6	5
Entidades Trabalhadoras			1	3
Entidade de Classe	1		4	
Total	3	2	18	14

Fonte: STF (elaboração própria).

Observa-se na **Tabela 6** que a sociedade civil obteve a menor taxa na concessão de liminares, ficando próxima à metade da taxa dos governadores. Os partidos políticos, por sua vez, são os maiores beneficiários na concessão de liminares. Isto pode indicar que, embora os partidos não tenham alta taxa de decisão final favorável (**tabelas 7 e 8**), têm conseguido, através do STF, legitimação em seus pedidos de urgência, contornando, ao menos em alguns momentos, o curso natural do processo democrático estabelecido no Legislativo. A percepção do STF em relação às urgências pode ter sido influenciada pelo grupo que ajuizou a Adin.

Em relação à decisão final (**Tabela 7**), observou-se que os governadores obtiveram maior sucesso nas decisões de suas Adins. Destaca-se que a contestação dos governadores visa, ao invés de legitimar a autonomia dos Estados frente à União, à adequação de suas legislações à lógica nacional. Nas palavras de Vianna et al (1999, p.71),

“tal singularidade põe em evidência a natureza particular da Federação brasileira, uma vez que o recurso às Adins pelos governadores, em sua maioria, não se tem destinado a defender a autonomia estadual contra a União, mas, inversamente, reclamado a intervenção desta contra a legislação produzida pela vontade do soberano nas Assembléias estaduais”.

Tabela 6 – Taxa de sucesso na concessão de liminares por grupo de proposição

	Deferida/em parte	Indeferida	Prejudicada
Governador	25,8%	3,2%	45,2%
Partido político	32,0%	0,0%	44,0%
Procurador	15,0%	5,0%	10,0%
Sociedade civil	13,0%	11,1%	46,3%

Fonte: STF (elaboração própria).

Mais que isso, os governadores têm buscado a ampliação do Judiciário em detrimento da atuação dos Legislativos estaduais. Este pode ser um indício de uma nova estratégia na condução dos assuntos dos Estados, tendo em vista que, havendo discordância entre as proposições do Legislativo e do Executivo, este último busca na Suprema Corte uma interpretação que limite a atuação de seus legisladores. Vale destacar, no entanto, que a mesma estratégia não tem sido utilizada pelos Legislativos estaduais.

Outro ponto relevante em relação às decisões finais é, mais uma vez, a comparação das instituições no interior da *sociedade civil*. Por menor que seja a quantidade de ações consideradas procedentes, chama a atenção o fato das Entidades Empresariais terem sido as únicas a conseguirem esta decisão, tendo o STF pouco decidido sobre as questões levadas pelos representantes dos trabalhadores.

Tabela 7 – Decisão Final por grupo de proposição

	Procedente	Improcedente	Procedente em parte	Prejudicada	Não conhecido
Governador	12	2	4		
Partido político	2	1	2	2	3
Procurador	3	1	1	1	1
Sociedade civil	2			2	8
Entidades Empresariais	2			2	4
Entidades Trabalhadoras					1
Entidade de Classe					3
Total	19	4	7	5	12

Fonte: STF (elaboração própria).

Mais uma vez, o que chama a atenção é a perspectiva apresentada por Vianna et al (1999) de que são os governadores os maiores beneficiados por este instrumento, não sendo possível afirmar que esta dimensão da judicialização esteja ampliando o acesso da sociedade na participação da construção das leis. Até porque, quando se detém em outra dimensão deste dado (**Tabela 8**), das Adins propostas pelos governadores, mais de 50% tiveram decisão favorável, enquanto que, das Adins iniciadas pela sociedade civil, apenas 3,7% obtiveram sucesso, devido, sobretudo, à participação das entidades patronais e de classe, uma vez que as

entidades representantes dos trabalhadores, da mesma forma que acontece no caso da concessão de liminares, nunca obtiveram uma decisão final que considerasse seus pedidos procedentes. Esta característica não é especificidade do recorte proposto nesta tese, Maranhão (2003), ao analisar as Adins contra Medidas Provisórias, também identificou que o único grupo vitorioso foi o das *associações patronais*.

Tabela 8 – Taxa de sucesso na decisão final por grupo de proposição

	Procedente/em parte	Improcedente	Prejudicada	Não conhecido
Governador	51,6%	6,5%	0,0%	0,0%
Partido político	16,0%	4,0%	8,0%	12,0%
Procurador	20,0%	5,0%	5,0%	5,0%
Sociedade civil	3,7%	0,0%	3,7%	14,8%

Fonte: STF (elaboração própria).

Conforme apreendeu-se a partir da **Tabela 9**, que apresenta a taxa de pronunciamento do STF, tomando em consideração suas decisões em cada uma das fases dos processos, este tribunal tem efetivamente se debruçado sobre as questões que lhes são apresentadas, mesmo que, por vezes, selecione aquelas que julgará com maior ou menor celeridade. Não é possível, porém, afirmar a existência de diferenças significativas quanto ao pronunciamento do STF entre os proponentes, embora a variação das taxas seja de 21%. Cabe apenas ressaltar que, das 130 Adins analisadas, trinta e sete obtiveram decisão monocrática e quarenta e sete decisão final, restando ainda quarenta e seis Adins, isto é, um terço do total, sem decisão.

Tabela 9 – Taxa de pronunciamento do STF por grupo de proposição

	Total Adins	Pedido Liminar	Decisão monocrática	Decisão Final	% pronun ⁶²	% não pronun ⁶³
Governador	31	23	4	18	77%	23%
Partido político	25	19	10	10	80%	20%
Procurador	18	6	2	7	61%	39%
Sociedade civil	55	38	21	12	69%	27%
Entidades Empresariais	34	23	12	8	71%	29%
Entidades Trabalhadoras	10	6	4	1	70%	30%
Entidade de Classe	11	9	5	3	82%	18%

Fonte: STF (elaboração própria).

É possível perceber, a partir da **Tabela 10**, na qual se apresenta a distribuição dos proponentes dentro dos itens analíticos das Adins, que a sociedade civil e os partidos políticos foram os grupos que mais ajuizaram Adins na área do financiamento à saúde e da previdência,

⁶² Quantidade de Adins em que o STF se pronunciou de alguma forma.

⁶³ Quantidades de Adins em que não houve ainda nenhuma espécie de julgamento do STF.

temas que permeiam grande parte das discussões públicas sobre a saúde. No que diz respeito à *Prestação de serviços ao SUS e à Saúde Suplementar*, a sociedade civil, isto é, as entidades empresariais que buscam respaldo no STF para seus interesses privados, figura como a maior proponente de Adins.

Tabela 10 – Porcentagem de Adins por item analítico

	Governador	Partido político	Procurador	Soc. Civil	Total
Financiamento do setor	17,2%	37,9%	3,4%	41,4%	100%
Financiamento - benefício a	25,0%	50,0%	0,0%	25,0%	100%
Meio Ambiente	20,0%	6,7%	26,7%	46,7%	100%
Regulação	42,9%	0,0%	21,4%	35,7%	100%
Gestão	66,7%	16,7%	8,3%	8,3%	100%
Prestação de serviços ao	16,7%	0,0%	0,0%	83,3%	100%
Propaganda publicitária	0,0%	33,3%	33,3%	33,3%	100%
Previdência	0,0%	44,4%	11,1%	44,4%	100%
Questão corporativa	0,0%	0,0%	28,6%	71,4%	100%
Relações de trabalho	35,7%	14,3%	42,9%	7,1%	100%
Saúde do trabalhador	25,0%	12,5%	0,0%	62,5%	100%
Saúde Suplementar	0,0%	0,0%	0,0%	100,0%	100%

Fonte: STF (elaboração própria).

Conforme se observa na **Tabela 11**, em que está apresentada a concentração temática das Adins de acordo com o grupo proponente, os governadores ajuizaram a maior parte das ações nos seguintes itens: *Gestão* (25,8%), *Regulação* (19,4%), *Financiamento* (16,1%) e *Relações de trabalho* (16,1%). Isto se explica por serem tais questões bastante relevantes para a condução das políticas de saúde nos Estados por parte dos governos, sobretudo no que se refere à produção legislativa das Assembleias. Se a legislação estadual anterior ao mandato de um governador contradisser, em alguma medida, seu programa de governo, sua estratégia volta-se para a contestação no judiciário, tendo como base, uma interpretação conveniente de algum preceito constitucional.

Os partidos políticos destacam-se por suas atuações principalmente nas questões referentes ao *financiamento do setor saúde* (44%), embora tenham também se esforçado na contestação de leis referentes à *previdência* (16%). Esta preocupação dos partidos políticos, ora em oposição ao governo, com a questão do financiamento, deve-se ao papel central da política tributária na conformação das políticas públicas e, portanto, para a chamada governabilidade dos Estados. Assim, as Adins realizadas por esses partidos visam tanto à

desestruturção do governo de situação, quanto à defesa, mesmo que indireta, de seus próprios interesses.

Tabela 11 – Porcentagem de Adins por proponente

	Governador	Partido político	Procurador	Sociedade Civil
Financiamento do setor	16,1%	44,0%	5,0%	22,2%
Financiamento - benefício a	3,2%	8,0%	0,0%	1,9%
Meio Ambiente	9,7%	4,0%	20,0%	13,0%
Regulação	19,4%	0,0%	15,0%	9,3%
Gestão	25,8%	8,0%	5,0%	1,9%
Prestação de serviços ao	3,2%	0,0%	0,0%	9,3%
Propaganda publicitária	0,0%	8,0%	10,0%	3,7%
Previdência	0,0%	16,0%	5,0%	7,4%
Questão corporativa	0,0%	0,0%	10,0%	9,3%
Relações de trabalho	16,1%	8,0%	30,0%	1,9%
Saúde do trabalhador	6,5%	4,0%	0,0%	9,3%
Saúde Suplementar	0,0%	0,0%	0,0%	11,1%
Total	100%	100%	100%	100%

Fonte: STF (elaboração própria).

Os Procuradores têm se detido, sobretudo, em questões de *relações de trabalho* (30%) e *meio ambiente* (20%). Isto é compreensível, em primeiro lugar, porque no Brasil existe a figura do Procurador do Trabalho, que se concentra exclusivamente nas questões referentes às relações trabalhistas e, em segundo lugar, porque, a partir da Constituição Federal, o Ministério Público passou a desempenhar o papel de defensor dos direitos individuais e sociais indisponíveis, dentre os quais encontra-se a defesa do meio ambiente, conforme o artigo 225 da Constituição, segundo o qual "... todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

As Adins da Sociedade Civil foram as mais dispersas entre os itens analíticos, sendo o único grupo a ingressar com ações em todas elas (os outros três grupos não figuraram em quatro itens cada um). Mas, ainda assim, chama atenção a concentração de contestações voltadas para o *financiamento do setor saúde* (22,2%). Alguns grupos da sociedade civil visam à defesa de seus interesses diretos na área da saúde, tanto no que diz respeito à manutenção de formas de financiamento para conveniados ao SUS, quanto no que se refere às formas de financiamento do setor em geral. As questões relativas ao *meio ambiente* também são objetos freqüentes de questionamento de grupos da sociedade civil, até porque dizem

respeito, por exemplo, ao direito dos consumidores de serem informados sobre a utilização de alimentos transgênicos ou que contenham agrotóxicos. Em terceiro lugar estão as ações voltadas para a *Saúde suplementar (11,1%)*, cujos únicos postulantes até o momento, conforme a descrição deste item, são as entidades empresariais. Parte expressiva dos pleitos deste grupo de proposição pretende defender aspectos relacionados ao consumo na área da saúde e não efetivamente o direito à saúde.

O levantamento feito leva a repensar a possibilidade da judicialização, neste nível do judiciário, estar servindo para aproximar a sociedade civil dos assuntos do estado. Talvez seja precipitado afirmar, como defende o eixo procedimentalista, que a judicialização, ao menos no campo da saúde, seria uma forma de ampliação da democracia. Os resultados que ora apresentam-se indicam um caminho diferente, pois só quem tem obtido resultados expressivos do STF são os grupos que já estão inseridos no processo político. Apenas pesquisas futuras poderão responder se estes grupos estão, como nos sugere Vianna et al (1999), abrindo caminho para as minorias se manifestarem. De acordo com Da-Ros (2009),

“[o STF] tem excluído do rol de legitimados ativos entidades associativas da sociedade civil (como a Associação dos Devedores de Instituições Financeiras, por exemplo), bem como entidades muito abrangentes, que não possa se identificar com precisão o tipo de atividade econômica a que estão vinculados seus membros – de que são exemplos as politicamente representativas Central Única dos Trabalhadores (CUT) e Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT)”.

Assim, argumenta o autor, o STF “tem limitado de forma importante o acesso que inicialmente se pensaria existir”. Da mesma forma, Maranhão (2003) já havia identificado que entidades como a UNE e a CUT sempre são enquadradas pelo STF como proponente ilegítimo. Além disso, a parcela da sociedade civil, ligada aos interesses de garantia do direito universal à saúde, ainda não reconhece neste instrumento uma estratégia efetiva de luta. Não é possível, a partir do material analisado, compreender o porquê desta opção, apenas estudos qualitativos mais profundos seriam capazes de lançar luz sobre isto. Mas, ainda assim, não podemos deixar de comentar que os movimentos sociais voltados para a defesa dos direitos sociais poderiam se apropriar mais deste instrumento e aprofundar suas discussões sobre a hermenêutica dos princípios fundamentais. Por outro lado, não podemos ignorar que depende também da aceitação do STF a esse tipo de demanda, pois, como nos lembra Cappelletti, a inclinação dos magistrados aos temas políticos é condição fundamental para a judicialização.

Se, de alguma forma, acreditou-se que o acesso à justiça da sociedade civil seria um caminho para enfrentar os lobbies de empresas e prestadores de serviços privados junto ao

Legislativo, essas mesmas empresas se adiantaram em adotar a Adin como mais uma estratégia de atuação⁶⁴. Além disso, conforme comentado no **CAPÍTULO 1**, um dos principais teóricos sobre a judicialização no mundo, Tate (1995), reconhece a centralidade dos interesses econômicos na estruturação dos sistemas políticos, e, conseqüentemente, na atual conformação do fenômeno da judicialização.

O STF realmente tem se pronunciado sobre questões políticas, não efetivamente sobre as mais relevantes, e nem necessariamente sobre aquelas oriundas da sociedade civil como um todo; mas, de alguma forma, esta Corte tem apresentado forte disposição para entrar neste campo de disputa. Exemplo maior disso foi a Audiência Pública convocada pelo STF no início do ano de 2009, aspecto analisado no **CAPÍTULO 3** desta tese.

A análise detalhada dos dados desagregados revela que grande parte das questões levadas ao STF tem a especificidade de serem mais do que disputas hermenêuticas, pois dizem respeito a conflitos federativos. Como se salientou anteriormente, os governadores dos Estados, para se defenderem dos questionamentos presentes em diversas Adins, utilizam como argumento a autonomia dos entes federados; mas, para justificarem seus interesses nas Adins que propõem, buscam resgatar a proeminência da União sobre os Estados. Nas Adins que buscam vergastar normas estaduais, 60% envolvem conflitos de natureza federativa⁶⁵, tendo como principal argumento a “invasão de competência Legislativa” por parte das Assembléias Legislativas Estaduais e dos Governadores.

As questões federativas dizem respeito à forma de organização do país e ao nível de autonomia de cada ente que o compõe, ou seja, cada nível de governo tem certas atividades sobre as quais ele toma as decisões finais. Conforme sucinta definição de Lima (2006),

“podemos afirmar que o federalismo diz respeito a uma forma particular de organização político-territorial do poder do Estado, que o distingue do modelo unitário e do confederativo em relação aos aspectos fundamentais de sua estrutura e funcionamento. O federalismo reparte a autoridade política do Estado (a soberania) e o exercício do poder (o governo) em múltiplos centros soberanos definidos geograficamente e coordenados entre si. A conseqüência desta pluralidade não é a extinção do poder central, mas a existência de um governo nacional autônomo, mantido voluntariamente pela união de todos os cidadãos para atingirem objetivos comuns, sem comprometer a existência de direitos originários em seus territórios constituintes e a diversidade espacial de interesses” (LIMA, 2006, p.28).

⁶⁴ Não apenas isso, pois deve-se considerar também a hipótese da judicialização na primeira instância estar servindo para garantir interesses comerciais de empresas do complexo da saúde.

⁶⁵ Este tema tem se demonstrado altamente relevante nas análises políticas atuais, como destaca Abrúcio (2002, p.66) “das 34 Emendas Constitucionais aprovadas de 1995 até junho de 2002, 15 delas afetavam diretamente o pacto federativo”. Desta maneira não estranha-se encontrar apenas no recorte desta tese tantas Adins voltadas para a discussão de questões federativas.

No Brasil, embora seja prevista na Carta Constitucional a autonomia dos territórios, conforme se tem observado, a defesa desta autonomia no nível estadual varia conforme os interesses políticos dos governadores em cada momento específico. Importante destacar que esta é uma especificidade da Judicialização ainda não muito aprofundada nos estudos sobre o tema. Observa-se, nesta primeira análise, que é no Judiciário que desembocam as questões relativas à definição e redefinição de competências de cada ente federado. Mais uma vez Tate e Vallinder (1995) têm razão ao afirmar que as questões postas de lado pelo Legislativo acabam ganhando espaço no Judiciário. O tema das relações federativas ganhou espaço nas discussões do STF, parecendo ser esta a principal característica da Judicialização requerida a partir do instrumento específico da Adin. Por este motivo, o **CAPÍTULO 5** desta tese analisará duas Adins que têm como pano de fundo uma discussão federativa. Tal análise servirá para apontar mais um caminho que a Judicialização vem percorrendo no Brasil.

CAPÍTULO 5 – ANÁLISE DAS ADINS

Conforme apresentado no **CAPÍTULO 4**, grande parte das Adins têm como pressuposto algum conflito federativo. Isto se justifica pela própria natureza da Adin, que visa adequar todo complexo legal aos princípios constitucionais. Mesmo assim, determinados pleitos e demandas chamam atenção, pois, o mesmo governo se comporta de forma dúbia em relação aos seus pleitos, ora pende para o aumento de sua autonomia, ora para a diminuição da mesma. Isto varia conforme o interesse em tela.

Independente das orientações e intenções dos governantes, a estrutura jurídica brasileira apresenta alguns desafios que ainda não foram solucionados. O principal deles, no que diz respeito aos objetivos deste capítulo, é o formato concorrente de maior parte das políticas sociais brasileiras. Segundo Arretche (2004, p.22), na Assembléia Nacional Constituinte (ANC), todas as propostas que combinavam a descentralização das atribuições com a descentralização dos recursos foram derrotadas.

“Assim, qualquer ente federativo estava constitucionalmente autorizado a implementar programas nas áreas de saúde, educação, assistência social, habitação e saneamento. Simetricamente, nenhum ente federativo estava constitucionalmente obrigado a implementar programas nestas áreas. Decorre deste fato a avaliação de que a Constituição de 1988 descentralizou receita, mas não encargos” (ARRETCHE, 2004, p.22).

Para a autora esta especificidade inscrita na Constituição gera “superposição de ações; desigualdades territoriais na provisão de serviços” (idem). De forma que, ao menos no caso da saúde, o governo federal tem o poder de formular, coordenar e, sobretudo, financiar as políticas de saúde que serão desenvolvidas em nível local, rompendo com a idéia de aproximação da gestão com a realidade local dos cidadãos, um dos ideais da reforma sanitária. “Em outras palavras, o governo federal dispõe de recursos institucionais para influenciar as escolhas dos governos locais, afetando sua agenda de governo. A edição de portarias ministeriais tem sido o principal instrumento de coordenação das ações nacionais em saúde” (idem). Tais portarias são responsáveis por muitos dos conflitos judiciais, pois, apesar de não terem força de lei, definem a forma e os critérios do repasse de recursos financeiros. Assim, o governo federal não obriga os entes inferiores a aderirem a suas propostas, mas induz financeiramente para que isto aconteça.

A bibliografia é extensa neste sentido (SOLLA e COSTA, 2007; BAPTISTA, 2007, entre outros), mas cabe comentar um caso específico ocorrido no Estado do Rio Grande do

Sul a propósito da edição da NOAS (Norma Operacional da Assistência à Saúde) 2001. No interior do Estado, já vinham se desenvolvendo consórcios regionais de saúde, respeitando as vocações, fluxos de pessoas e, principalmente, a importância do desenvolvimento econômico regional. Com a edição da referida norma, os municípios tiveram que se reestruturar, abdicando de todo um arranjo construído coletivamente. Silva (2003) especifica o que ocorreu:

“Parece que esse projeto de regionalização da saúde, que se caracteriza pela horizontalidade das relações entre os entes federativos e destes com o conjunto da sociedade numa perspectiva de construção de pactos regionais pautados pela solidariedade entre esses atores, além do respeito às vocações e potencialidades locais, se contrapõe às propostas de cunho nacional, em particular à NOAS. Devido a sua baixa permeabilidade a arranjos locais e regionais que caracteriza a diversidade das experiências em nosso sistema público de saúde, a imposição do nível federal de implantação da NOAS vem acarretando muitos transtornos no âmbito dessa região, colocando em xeque os avanços obtidos até então” (SILVA, 2003. p.96).

Percebe-se, pelo exemplo citado, o imenso potencial indutor do governo federal. A especificidade do arranjo federativo, no caso em exame, consistiu na assunção de funções discutidas coletivamente por parte dos municípios, até que a NOAS 2001 lhes exigisse o abandono de certas funções. Lima (2006, p.271) destaca, neste sentido, que “as transferências federais da saúde são mais importantes do que a arrecadação tributária própria em cerca de 52% dos municípios brasileiros em 2002”.

Assim, deparou-se com a existência de dois aspectos em relação a alocação de recursos⁶⁶: o poder de tributar e o poder de gastar. No Brasil, a tributação é fortemente centrada na União, o que se justifica pelo federalismo assimétrico⁶⁷ brasileiro. Contudo, é necessário argumentar que a possibilidade de cumprimento das funções sociais definidas na Constituição com base nos princípios federativos implica num alto poder de gasto. Daí a importância dos repasses federais. As transferências financeiras integram (e constituem) o rol das relações federativas existentes no Brasil⁶⁸, e são fundamentais para a estabilização dos arranjos federativos. Importa destacar, neste sentido, trecho de Baptista (2007), para quem a ação do Ministério da Saúde (MS) contém ainda traços de práticas centralizadoras e verticais baseadas, sobretudo, na utilização de instrumentos de indução política que “muito mais submetem os níveis subnacionais de governo às regras do sistema do que de composição de uma política acordada e sustentada de saúde nas diversas realidades institucionais do país e respaldada numa prática social concreta” (BAPTISTA, 2007, p.625). Esta autora enfatiza

⁶⁶ Conforme Watts apud Lima (2006 p.53)

⁶⁷ Federalismo assimétrico significa que existem unidades federativas com composições sociais e culturais que diferem umas das outras e do país como um todo.

⁶⁸ Não é intenção desta tese discutir os sistemas de transferências financeiras intergovernamentais, para aprofundamento nesta questão ver LIMA (2006).

ainda uma postura de acomodação das demais esferas de governo nas relações estabelecidas com a União no que diz respeito à condução da política de saúde. Isto indica que estas esferas:

“percebem na relação de tutela com o Ministério da Saúde a garantia de benefícios e recursos para dar sustentação às suas políticas locais sem uma responsabilização maior de seus orçamentos próprios ou o compromisso com uma agenda política mais extensiva. De fato, tem sido mais fácil criticar o Ministério da Saúde pela centralização decisória e indução financeira dos recursos do que criticar os Estados e municípios no esforço para a elaboração de políticas locais condizentes com as necessidades de suas regiões” (BAPTISTA, 2007, p.625).

Fica evidente, desta forma, a heterogeneidade das relações federativas no país. Como salienta Abrúcio (2002, p.23), devem-se compreender tais relações para além de “um simples cabo de guerra, as relações intergovernamentais requerem uma complexa mistura de competição, cooperação e acomodação”. Neste complexo sistema de competição e cooperação, o Judiciário vem sendo chamado ora como árbitro do processo, ora como legitimador de ações, sobretudo no que diz respeito às ações dos Estados. A inserção do Judiciário nos arranjos federativos ocorre pela dificuldade dos entes federados de pactuarem os termos de suas relações – sobretudo no que diz respeito à atuação dos Poderes Executivos, mas em grande parte também pela inércia do Legislativo federal. A estrutura jurídica Brasileira é extremamente complexa e necessita de um permanente processo hermenêutico. Além disso, dada a especificidade de nossa elite política brasileira, muitas vezes o que ocorre com os direitos sociais é um permanente jogo de empurra, em que cada ente tenta se livrar de um conjunto de atribuições.

“Áreas potencialmente passíveis de política pública, como meio ambiente, bem-estar social, a legislação, saúde e pesquisa, são objetos de constante reconstrução social e econômica. Os limites do que é por consenso uma área de interesse do governo de uma unidade territorial, ou de preocupação do governo federal, estão em permanente fluxo. (...) Assim, outro importante ator político cuja competência legislativa não se deve à verificação periódica do conjunto dos cidadãos da pólis (*demós*), ou mesmo dos cidadãos das unidades territoriais da federação (*demoi*), os tribunais, geralmente desempenham um papel mais importante em um sistema federativo do que em um sistema unitário” (STEPAN, 1999).

No caso do Brasil, a análise das relações federativas deve remontar à própria Constituição de 1988. Não se pode perder de vista que a divisão de poderes no Brasil entre os três entes federados passou por diferentes concepções de acordo com cada período histórico. Durante muito tempo, houve uma concentração de poder no nível central e que, em determinado momento, sobretudo com o fim da ditadura militar, desconcentrou-se este poder para os níveis inferiores da federação. Para Abrúcio (2002),

“O caráter centrífugo, o federalismo assimétrico e hierárquico e a oligarquização do sistema político no plano subnacional, com o respectivo fortalecimento dos governadores e de suas máquinas estaduais, constituem as três características básicas do modelo federativo brasileiro em seu nascedouro. Esta configuração estruturou caminhos que influenciaram o desenvolvimento político e econômico posterior. O peso dos “caciques regionais”, a

desigualdade regional e a criação de um modelo político refratário à republicanização nos níveis estadual e municipal são as maiores conseqüências do modo como a Federação foi fundada no Brasil” (ABRÚCIO, 2002, p.30).

O fortalecimento dos governadores e a independência federativa advieram conjuntamente com a liberdade com que as Constituições estaduais, a partir da redemocratização, se construíram e com o advento de “novos instrumentos de atuação no plano intergovernamental, como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins), extensamente utilizadas pelos governadores” (ABRÚCIO, 2002, p.44). Os governadores recorrem a este instrumento, conforme comentado no **CAPÍTULO 4**, tanto para alterarem as Constituições estaduais previamente sancionadas, quanto para recorrerem de normas e legislações federais que interfiram nas autonomias estaduais. Estamos diante da clássica combinação entre o princípio da autonomia e o princípio da interdependência. No caso da saúde, isto se materializa na afirmação de que os entes federativos são solidários na garantia do direito à saúde (interdependência) ao mesmo tempo em que define (por normas infraconstitucionais) a divisão de atribuições entre os três entes federativos (autonomias). No Brasil adotou-se que a responsabilidade pela maioria dos serviços públicos é comum aos três níveis da federação. Para Souza (2005),

“Isso gera debates acalorados sobre qual nível é responsável por qual política ou serviço público. Tal debate, que resulta, muitas vezes, em trocas de acusações entre governantes, desconsidera que os constituintes optaram por uma divisão institucional de trabalho entre os entes federativos claramente compartilhada, sinalizando que o federalismo brasileiro teria um caráter mais cooperativo do que dual ou competitivo” (Souza, 2005, p.112).

Para Elazar (1987, p.12) a definição mais simples possível do federalismo seria “*self-rule plus shared rule*” (auto governo mais governo compartilhado). Sua realização só seria possível pela existência de uma ótima relação entre o maior grau possível de autonomia dos territórios e uma coexistência harmoniosa e cooperativa dentro da federação que seja capaz de gerar consensos. No caso da saúde, para que haja respeito às diversidades regionais, é imperiosa a necessidade de correta complementaridade entre os diferentes níveis de governo. Pelo caráter cooperativo do federalismo brasileiro, a implantação do SUS ocorre a partir da disposição de atores políticos dialogarem em arenas decisórias; assim, prefeitos, governadores e secretários de saúde têm disputado recursos e poderes concomitante à “consolidação de espaços de negociação e pactuação de interesses – entre a sociedade e o Estado (Conselhos de Saúde) e entre os agentes federativos (Comissões e Conselhos de Gestores)” (LIMA, 2006, p.272). São diversos atores negociando permanentemente, em distintos espaços de

negociação, que nem sempre dialogam entre si. O entrave aos avanços do SUS está justamente na falta de consenso entre esses atores institucionais. A consequência dessas discordâncias muitas vezes são as disputas judiciais. Como se trata de conflitos entre esferas de poder, o árbitro final acaba sendo o STF.

A presença do Judiciário neste tipo de conflito tem diversas justificativas. A compreensão de algumas delas pode ser encontrada no trabalho de Lijphart, para quem o conceito de federalismo tem significados primário e secundários atrelados entre si. O primário seria o de que o “federalismo constitui uma divisão garantida de poder entre governo central e os governos regionais”. Contudo o que garantiria esta divisão de poder seriam as características secundárias do federalismo: 1) forte bicameralismo com forte representação das regiões (o Senado Federal); 2) existência de uma Constituição rígida, que defina claramente os limites dos poderes de cada ente federado, e que seja difícil de ser alterada; e 3) possibilidade de revisões judiciais por um árbitro neutro com autonomia (desempenhando o controle da constitucionalidade) (LIJPHART, 2003, p.20).

O Judiciário no Brasil detém um poder institucional de se opor, de certa forma, às ações políticas dos demais atores, representando um contrapeso nas disputas políticas sobre conflitos de interesses. Se forem comparados os poderes dos atores e instituições envolvidos nos conflitos citados, percebe-se claramente a posição de destaque que o Poder Judiciário, em especial o STF, tende a assumir. Mesmo porque é o STF quem tem o monopólio de dizer o que é constitucional ou não. A centralidade desta instituição, no cenário político nacional, pode estar encoberta por opção própria do STF. Diversos estudos demonstraram (DA-ROS, 2009; MARANHÃO, 2003) que o STF tem se mantido fora de temas fundamentais para o governo central, como nos casos de privatização e de política econômica, entre outros. Em matérias que não causam tanta repercussão nos governos centrais, como muitos dos casos envolvendo questões federativas, o STF tem tido a última palavra.

Este capítulo destina-se justamente à análise de duas Adins que têm como questões de fundo os conflitos federativos⁶⁹. Tais conflitos são subsidiados pela disputa hermenêutica de duas legislações: o artigo 4º da Lei 8080/90 e a Emenda Constitucional nº 29, ainda não completamente regulamentada. A área da saúde tem sido bastante representativa nos estudos

⁶⁹ Conforme explicitado na metodologia, a escolha das Adins ocorreu (1) pela possibilidade de acesso, ou seja, deveriam estar nos arquivos do STF, (2) pela pertinência temática para a área da saúde, nos casos em exame o estudo de Adins voltadas para o financiamento (categoria mais relevante, conforme CAPÍTULO 4), e (3) pela relação com o Estado do RJ.

sobre o federalismo. Isto se deve, em parte, à existência de vastos mecanismos que normatizam as relações intergovernamentais, os quais têm sido objeto de exaustivas análises nos últimos anos, por este motivo não se deterá nesta temática específica. Tais mecanismos servem como ponto de partida para a discussão central desta tese: a atuação do STF.

5.1. Considerações sobre o artigo 4º da Lei 8080/90 e sobre a EC 29

Inicialmente deve-se enfatizar que a abertura presente nos textos legais da Lei 8080/90 e da EC29 tem propiciado muitas das ações no STF votadas para a área da saúde. Tais ações demandam desta instituição o preenchimento das lacunas legais existentes. Certamente este não é o papel imaginado para o controle concentrado da constitucionalidade das leis, mas sim para os próprios legisladores. Preencher lacunas legais difere substancialmente da competência primária da Suprema Corte: fornecer a interpretação última de nossos códigos legais.

O julgamento de Adins pressupõe o cotejamento de normas infra-constitucionais com a própria Constituição. O que se tem observado, no entanto, é a apreciação dessas normas com as indeterminações constitucionais, ou seja, com aquilo que a Constituição deixa em aberto. Esta nova tarefa, para a qual o STF vem sendo chamado, aproxima-o cada vez mais do âmbito das decisões políticas, justificando a utilização da terminologia Judicialização.

Se, nas primeiras instâncias do Poder Judiciário, requere-se diretamente a alocação de recursos financeiros, conforme discutido no **CAPÍTULO 2**, na Suprema Corte busca-se a legitimação do que está por trás dessas ações, a partir de uma interpretação legal (1) do conceito de saúde e (2) dos possíveis gastos com ela.

Recorde-se o texto inscrito no art. 4º da lei 8080/90,

“A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País”.

Não se trata aqui de tentar caminhar na contramão do consenso estabelecido em torno de um conceito ampliado de saúde, que não se limite à ausência de doenças. Porém, após anos de incertezas no financiamento do SUS, o legislador definiu, a partir do ano de 1999, um

percentual mínimo a ser gasto com o setor saúde⁷⁰. A questão subjacente a esta afirmação, que tem chegado às mesas dos tribunais, diz respeito ao próprio conceito de saúde. Em nenhuma lei existente hoje no Brasil consta a definição última do conceito de saúde, ou, até mesmo, se os investimentos no setor saúde deveriam incluir também aqueles fatores determinantes e condicionantes da saúde inscritos na Constituição. Dada nossa tradição jurídica, toda norma deve estar perfeitamente clara, e por coerência, não pode se contrapor a nenhuma outra norma. No caso da legislação sobre a área da saúde, imperam incertezas e indefinições, uma característica que pode ser positiva num governo afeito às necessidades sociais. Ao mesmo tempo, pode ser negativa numa lógica hostil às demandas populares. Conforme comentado no **CAPÍTULO 2**, o consenso estabelecido na Assembleia Nacional Constituinte, é o responsável por esta situação dúbia no setor saúde⁷¹. Vianna et al (1999) ponderam que uma radicalização nas proposições na ANC poderia levar à perda completa dos anseios sociais.

Não se está defendendo nesta tese a jurisdicionalização do conceito de saúde. Entende-se que seria impossível imobilizar conceito tão dinâmico que tem sua compreensão fundada em aspectos históricos e culturais. Entretanto, enfatiza-se que a atual judicialização da saúde tem suas bases justamente nessa indefinição legal do conceito de saúde. Este é um dilema a ser enfrentado pela sociedade. Talvez seja esta uma função dos conselhos de saúde, que, pela potencialidade de relação com os usuários, pode ter a prerrogativa de indicar a interpretação da idéia de saúde, considerando as especificidades étnicas e sociais próprias do Brasil.

Se, na década de 1990, vivenciou-se um período de desfinanciamento⁷² da saúde, a partir dos anos 2000, com a aprovação da EC29 – que vinculou a receita da saúde ao orçamento de estados e municípios – a questão passa a ser a destinação destes gastos. De alguma forma a pergunta “o que é saúde?” volta ao cenário público, não mais pela necessidade de sua ampliação, mas, ao contrário, pela necessidade de sua redução. Se, durante quase meio século, discutiu-se o ideal de saúde, parece que agora o Brasil tem uma preocupação bem diferente: como materializar este ideal com os recursos existentes? De certa forma estar-se-ia trazendo à cena a discussão sobre os recursos escassos, mas não se deve deter nela, deve-se ampliá-la,

⁷⁰ Característica comum à área da educação que já havia conquistado semelhante garantia financeira.

⁷¹ As regras da Constituição, “foram capazes de conciliar os interesses de novos e velhos atores políticos e grupos de interesse. Essa opção pela conciliação pode ser também um dos fatores explicativos de por que a Constituição tornou-se tão detalhada e por que contém muitos dispositivos que requerem regulamentação posterior, apesar de seu alto nível de detalhe, alguns exigindo leis complementares e outras leis ordinárias. O consenso foi o caminho possível pela ausência de uma clara maioria partidária ou ideológica” (Souza, 2005, p.110).

⁷² Sobretudo após a extinção do Inamps em 2003.

trazendo para o cenário público a definição coletiva de prioridades em saúde. Este papel pode ser desempenhado pelos conselhos e conferências de saúde dos municípios e estados brasileiros. De certa forma, o Conselho Nacional de Saúde iniciou sua participação nesta área, ao editar a Resolução 322, que define em que podem ser gastos os recursos do fundo de saúde. Como consequência a esta empreitada, o governo do estado do Rio de Janeiro ajuizou Adin contestando tal resolução. Assunto que será tratado na seção seguinte.

Ainda em relação à interpretação do artigo 4º da lei 8080/90, se for mantido o referencial positivista, inevitavelmente ter-se-á que proclamar a falência do sistema de saúde, pois os percentuais estabelecidos pela EC 29 não seriam suficientes para abarcar todas as políticas voltadas para os “fatores condicionantes e determinantes” da saúde. Mas, se, por outro lado, interpretar-se esse artigo à luz de decisões democráticas, poder-se-á tê-lo como referencial de luta política e não como a própria definição da política. Certamente a garantia completa do direito à saúde implicaria na garantia de seus “determinantes e condicionantes”, esta é uma contradição que esta tese não pretende superar. Ela estará presente a seguir e provavelmente posicionar-se-á de forma dúbia. Entende-se que a superação desta contradição extrapola os limites de um trabalho acadêmico como este, deve ser solucionada nos espaços públicos, a partir da participação da sociedade. Dentre tais espaços destaca-se a atuação do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que, embora passível de críticas quanto à sua composição, representa a instância maior de participação social na área da saúde. Este conselho, ao editar a Resolução 322, reconhece a plenitude do conceito de saúde, mas optou por privá-lo de parte de seus condicionantes e determinantes por questões de financiamento. Não se trata de limitar a idéia de saúde e muito menos o próprio direito, mas sim de fazer opções a luz de investimentos financeiros. O conflito envolvido ao redor de tal Resolução deve-se a uma suposta invasão nas competências legislativas dos Estados, o que, pela interpretação da governadora do Estado do Rio de Janeiro, feriu a autonomia estadual.

Este exemplo demonstra a importância de se estudar a garantia do direito à saúde no Brasil à luz das disputas federativas (LIMA, 2006; ARRETCHE, 2000; SOUZA, 2005), sobretudo ao analisar as questões de prioridades estaduais versus prioridades federais. Esta relação, muitas vezes conflituosa, propicia a instauração de arranjos institucionais tênues que podem durar menos que um mandato de governo. Exemplos evidentes disto foram as disputas estabelecidas entre o governo federal e o município do Rio de Janeiro no que diz respeito à

condução da política de saúde. Tal disputa gerou uma intervenção federal nos hospitais do município do Rio de Janeiro no ano de 2005.

Este processo pode ser compreendido a partir da “instabilidade dos arranjos federativos e dos processos de centralização e descentralização” que apontam para a “diversidade de valores federais dentro de uma federação, que variam de acordo com as circunstâncias históricas, com a dinâmica da economia política, dos partidos e da cultura política” (LIMA, 2006, p.35). Mais que isso, Souza (2005) argumenta que o modelo simétrico de federalismo adotado pelo Brasil não condiz com suas assimetrias. Para a autora existem dois fatores primordiais que sustentam nosso modelo de federalismo simétrico:

“O primeiro é que as regras sobre as competências, recursos e políticas públicas das entidades subnacionais são capítulos detalhados da Constituição, deixando pouca margem de manobra para iniciativas específicas. O segundo é que o Supremo Tribunal Federal (STF) vem decidindo sistematicamente que as constituições e as leis estaduais reflitam os dispositivos federais ou são monopólios federais, o que impõe uma hierarquia das normas constitucionais e legais, apesar da Constituição não explicitar tal princípio” (SOUZA, 2005, p.111).

Stepan (1999), analisando a relação entre democracia e federalismo em alguns países, propõe quatro variáveis importantes para a compreensão da capacidade de decisão dos entes federados. Importa, neste momento, resgatar apenas uma destas variáveis⁷³: “o grau em que a Constituição confere poder de elaborar políticas às unidades da federação”. Para ele “quanto maior é a extensão da competência para elaborar políticas que a Constituição retira da alçada legislativa do governo central, mais restringido fica o *demos*⁷⁴”. Isto é importante, pois este autor argumenta que “uma sociedade política pode descentralizar a administração e transferir a maior parte do orçamento às unidades da federação em áreas como saúde, aplicação das leis e bem-estar social, mas reservar aos legisladores da esfera federal o direito de aprovar as leis básicas e fiscalizar sua execução nesses campos”.

Tal proposição ajuda a pensar o caso brasileiro, pois a reforma sanitária brasileira almejava aproximar a gestão do sistema de saúde dos cidadãos, a partir dos ideais de descentralização e municipalização, mas a tal desconcentração de poder para as esferas inferiores da federação não aconteceu da mesma forma para as questões de condução e de proposição de políticas. O federalismo brasileiro, para Stepan, configura-se como um dos mais restritivos no mundo para os níveis inferiores da federação. Isto apenas reforça a tese da

⁷³ As outras variáveis propostas por Stepan são: Variável 1: O grau de super-representação da Câmara Territorial.; Variável 2: A "abrangência das políticas" formuladas pela Câmara Territorial.; Variável 4: O grau de nacionalização do sistema partidário em suas orientações e sistemas de incentivos.

⁷⁴ Stepan utiliza *demos* para designar o conjunto dos cidadãos da sociedade política.

descentralização administrativa, mas não financeira. No entanto, esta administração diz respeito mais à condução de políticas do que propriamente à proposição e definição destas políticas. Exemplo maior disto no campo da saúde é a lógica dos “Programas⁷⁵” que balizam parte significativa da partilha de recursos do financiamento do Ministério da Saúde (LIMA, 2006; MACHADO, 2005; PRADO, 2003).

Este capítulo tem como objetivo compreender como as disputas federativas acabam chegando ao STF (propiciando o fenômeno da Judicialização) sob a justificativa de conflitos sanitários. Até agora, discutiu-se a forma como as relações federalistas afetam o desenvolvimento das políticas de saúde no Brasil, a seguir deter-se-á nas especificidades desses arranjos durante o primeiro ano de governo de Rosinha Garotinho à frente do Estado do Rio de Janeiro (Ver **APÊNDICE C – Linha do Tempo**).

5.2. Considerações sobre o ano de 2003 no Estado do Rio de Janeiro

O ano de 2003 não foi um período atípico no Estado do Rio de Janeiro. Início de governo e conturbação legislativa. No ano anterior a então governadora Benedita da Silva vetou projeto que autorizava a criação do Fundo de Erradicação e Combate à Pobreza e Desigualdades Sociais (FECP) no Estado do Rio de Janeiro para ser iniciado no exercício fiscal de 2003 e ir até o ano de 2010. Este Projeto de Lei previa, sobretudo, o aumento das alíquotas do ICMS. Benedita da Silva ocupou o cargo de Governador por poucos meses⁷⁶, era Vice-Governadora na Gestão de Antony Garotinho que se desvinculou do cargo para concorrer à Presidência da República. No fim do ano de 2002 o resultado para as eleições já

⁷⁵ LIMA (2006, p.117) defende que no período das edições das Normas Operacionais do SUS, houve uma “mudança da idéia original de repasses globais não fragmentados (tipo “*block grants*”) para mecanismos distintos de transferências, segundo nível da atenção à saúde, tipo de serviço ou programa”. Mesmo após o fim de tais normas, a lógica de financiamento do MS permanece a mesma. Tal lógica exige, por exemplo, que os municípios adêquem suas prioridades às fontes de financiamento disponíveis, o que implica num comprometimento de sua autonomia sem a garantia de que estes recursos serão gastos da melhor forma possível. Certamente esta estratégia visa homogeneizar as prestações de serviços de saúde no Brasil. No caso da Atenção Básica isso é evidente, uma tentativa de garantir um mínimo de serviços de saúde em todas as regiões urbanas do país. Não restam dúvidas sobre a importância, no cenário sanitário nacional, da Estratégia de Saúde da Família (ESF), mas deve-se imaginar que, no limite, esta estratégia de indução do MS pode trazer sérias consequências para a gestão em nível local, que pode abandonar prioridades (inclusive aquelas definidas conjuntamente com as instâncias de participação social) a fim de conseguir recursos federais.

⁷⁶ De 6 de abril de 2002 a 1º de janeiro de 2003.

havia sido informado: a candidata Rosinha Garotinho havia ganhado as eleições no Rio de Janeiro e sucederia o marido na gestão estadual.

De posse do resultado das eleições, a Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro passou a trabalhar em regime de urgência para aprovar leis que beneficiassem a próxima governadora. Projetos prioritários que seriam necessários para a continuidade do modelo de gestão e relacionamento com as camadas mais pobres da população, adotadas desde o governo de Antony Garotinho. Um desses projetos era a aprovação do Projeto Legislativo nº 3413-A/2002. A Assembléia do Rio de Janeiro discutiu e aprovou este projeto e encaminhou para sanção ainda na gestão de Benedita da Silva, que, para não ficar com o custo político de um projeto impopular como este, o vetou integralmente.

“Sem embargo da elogiável inspiração dessa Egrégia Casa de Leis, o Projeto não me concedeu a oportunidade de acolhê-lo com a sanção.

O que motivou a vetá-lo de forma integral não se pauta em seu mérito e sim no fato de abordar temática relativa a instituição de fundos, cuja iniciativa a Constituição Federal, em seu art. 167, inciso IX, c/c o art. 61, § 1º, inciso II, “e”, outorgou privativamente ao Poder Executivo.

Demais, o Projeto inegavelmente apresenta superlativa desconformidade com a sistemática instituída no art.165, §9º, inciso II, da Constituição Federal, o qual exige a edição de lei complementar para disciplinar as condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Nessa conformidade, mais adequada foi a opção de apor veto total ao Projeto ora encaminhado à deliberação dessa Egrégia Casa Parlamentar. Dada a importância e relevância conferida à matéria pela ALERJ, **solicito convocação de sessão extraordinária** para apreciação do presente veto” (ênfases originais).

O veto foi derrubado no dia 30 de dezembro numa sessão extraordinária da Assembléia Legislativa e o referido projeto tornou-se a lei nº 4.056 de 2002⁷⁷. No ano seguinte, dado o ajuizamento de Adins (ADI 2845 e ADI 2869) questionando a constitucionalidade dessa Lei, a já governadora Rosinha Garotinho sancionou a Lei 4.086/2003⁷⁸ que alterou a forma de escrita dos artigos da Lei 4.056, mas não seus significados. A principal mudança foi substituir o seguinte trecho do artigo 1º: “recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço da renda familiar, saneamento e outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria de qualidade de vida”, por “visando a melhoria de qualidade de vida”. Essa mudança na redação não alterou o sentido que o Fundo tem, mas ampliou o leque de possibilidades de investimento do Estado. Se pairavam dúvidas quanto à legalidade desta legislação, elas foram

⁷⁷ Referir-se-á a esta lei como a Primeira Lei de Criação do FECP (Fundo Estadual de Combate à Pobreza).

⁷⁸ Referir-se-á a esta lei como a Segunda Lei de Criação do FECP (Fundo Estadual de Combate à Pobreza).

extintas com a edição da Emenda Constitucional nº 42 em 19 de dezembro de 2003, que em seu Art. 4º prevê que os

“adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal até a data da promulgação desta Emenda, naquilo em que estiverem em desacordo com o previsto nesta Emenda, na Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, ou na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, terão vigência, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”

Desta forma, o governo federal legitimou posteriormente a conduta adotada por alguns membros da federação, entre eles, o Estado do Rio de Janeiro. Interessante notar que o conteúdo da lei justifica qualquer adicional criado, sem criação de nenhum critério para tanto. Com isso, facilitou-se a decisão do relator em relação às referidas Adins, a perda de objeto estava manifesta, tendo tido seu seguimento negado.

A estratégia política adotada pela base parlamentar de apoio à Governadora Rosinha surtiu efeito, pois o aumento de ICMS no Estado foi efetivamente implantado naquele ano – mesmo que a EC42 seja do final do ano – e vigora até hoje. Em 2003, a arrecadação do ICMS aumentou cerca de 950 milhões de reais⁷⁹, tendo sido de mais de treze bilhões de reais o total de recursos arrecadados pelo Estado neste ano. De acordo com a EC29, o Rio de Janeiro teria como obrigação financeira aplicar pelo menos 10,29% desses recursos com saúde. De acordo com dados do SIOPS, neste ano o Estado do Rio de Janeiro investiu 10,99% da arrecadação com saúde, ou seja, um pouco a mais do que o exigido constitucionalmente. Mas, de acordo com estudo realizado por Campelli e Calvo (2007, p.1616), o RJ investiu em saúde neste ano apenas 8,04% do orçamento total. Isso será retomado mais tarde.

Neste mesmo ano foi aprovada a Lei nº 4.167, de 26 de setembro de 2003, que “autoriza o poder executivo a instituir no orçamento de 2003, programas de trabalho no fundo estadual de saúde (FES)”. O atendimento dessas despesas será custeado por um crédito de 25% do total de recursos do FES, e inclui os seguintes programas de trabalho:

- Farmácia Popular;
- Ações de Saúde através de Órgãos Estaduais
- Despesas decorrentes dos Contratos de Financiamento - Programas de Saneamento Básico;
- Ações de Saneamento Básico;
- Suplementação Alimentar;
- Saúde na Terceira Idade;
- Cheque Saúde Cidadão;

⁷⁹ www.fazenda.rj.gov.br/portal/index.portal?_nfpb=true&_pageLabel=arrecadacao&file=/informacao/arrecadacao/dados/fecp/arrec_mensal/index.shtml

- Alimentação Escolar nas Férias;
- Apoio aos Serviços de Saúde do CBMERJ;
- Fornecimento de medicamentos e material hospitalar.

5.2.1. A ADI 3088

No dia 12 de dezembro de 2003, o PSDB ajuizou Adin impugnando a Lei 4.167/03⁸⁰ com pedido de liminar, suspendendo imediatamente os efeitos desta lei. A liminar não foi concedida e o processo tramitou por um ano e quatro meses, vindo a ter seu seguimento negado pela perda de objeto, já que se tratava de lei com efeitos exauridos. Mas o que levou um partido político de oposição a requerer a declaração de inconstitucionalidade de uma lei nos últimos dias do ano? Talvez se esteja diante da clara opção de atuação política descrita por Vianna et al (1999) de declarar publicamente repúdio à norma sem acreditar, no entanto, em um resultado positivo. Da mesma forma, estranha a edição de uma legislação válida apenas para aquele ano que seja editada a três meses do fim do ano. Na verdade, desde o ano anterior, o governo do RJ já incluía como despesas de saúde as ações descritas, mas com a edição da portaria 2047/02 do MS e da Resolução 322/03 do CNS, talvez o Estado tenha querido afirmar sua superioridade hierárquica, buscando um novo arranjo de forças no cenário da condução das políticas públicas de saúde. Como argumenta o PSDB em sua petição inicial, no ano de 2002, as contas do Estado haviam sido rejeitadas, justamente pela computação no âmbito da FES de ações semelhantes ao previsto na referida lei.

“cumpre lembrar que as contas do exercício de 2002 do Governo do Estado do Rio de Janeiro foram objeto de Parecer do Tribunal de Contas que concluiu pela sua rejeição, tendo sido consignado na ocasião, por aquela Corte, que o percentual constitucional mínimo a ser aplicado na saúde era de 9,06% e somente à ela haviam sido destinados 8,17%, tendo sido glosados cerca de R\$ 61.000.000,00 (sessenta e um milhões de reais) gastos em programas da mesma natureza que o Programa Estadual de Acesso à Alimentação e indevidamente apresentados como sendo aplicações em ações e serviços de saúde” (Petição Inicial).

Na disputa que envolveu esta Adin, a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Alerj), no parecer assinado pelo seu presidente Jorge Picciani (pertencente à base

⁸⁰ Lei que autoriza a criação dos programas de trabalho no âmbito do orçamento do Fundo Estadual de Saúde.

aliada do Governador Antony Garotinho e da Governadora Rosinha Garotinho⁸¹), esclareceu que “as Contas do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, referentes ao exercício de 2002, foram aprovadas por esta Assembléia”.

A manobra jurídica presente na edição da referida lei no RJ foi possível, pois inexistia em âmbito federal legislação que discipline detalhadamente como devem ser gastos os recursos da saúde. Existia sim, desde 8 de maio, a resolução 322 do CNS que impedia que os recursos do FES fossem gastos com os programas previstos no ordenamento jurídico carioca. De certa forma a edição da lei 4167/03⁸² (e da lei 4.179, a qual comentar-se-á adiante) significou uma disputa entre uma unidade territorial e uma instância do SUS pela legitimidade de edição de normas. O RJ reafirmou sua autonomia como ente federado e chamou a si a responsabilidade pela competência residual.

Esta não foi, no entanto, a principal argumentação do PSDB, que se voltou a questionar o mérito da legislação, apontando as incoerências inconstitucionais quanto aos gastos do FES. Para este partido o estabelecimento das ações e serviços considerados como de saúde já está presente na Lei Nacional 8080/1990. Além disso, um outro conjunto de argumentos visa identificar o não cumprimento pelo governo do RJ dos princípios e diretrizes do SUS. “Em seu art. 7^o a referida lei nacional enumera os princípios que devem ser atendidos pelas ações e serviços públicos de saúde, em especial os **incisos I e IV**, que impõem a **universalidade de acesso** e a **igualdade da assistência à saúde**, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (petição inicial – grifos no original). O que está em jogo aqui é que a Lei impugnada estabelece condições para obtenção de benefícios, não podendo, portanto, obter a classificação legal de serviços públicos de saúde, na medida em que todo serviço de saúde deve ser universal.

“Sábio o legislador infraconstitucional: não se pode discriminar o trabalhador rural que não obteve trabalho durante a última colheita, o chefe de família que não tem cadastro no CPF ou o morador desta ou daquela comunidade, negando-lhes, por estes motivos, o acesso às ações e serviços de saúde”.

“Recursos destinados à prevenção e à assistência à saúde, se não suspenso de imediato o dispositivo impugnado, estarão sendo utilizados, de modo irreversível, em programas que, além de não se caracterizarem como sendo desta área, discriminam e não garantem a **universalidade de acesso** e a **igualdade de assistência**, configurando-se, desta forma, o *pelicurum in mora*”.

⁸¹ Em agosto de 2003, o Casal Garotinho troca o PSB pelo PMDB, partido de Jorge Picciani. Não é intenção dessa tese fazer uma exegese política do Estado do RJ, mas alguns comentários são pertinentes para localizar no cenário político as forças em disputa.

⁸² Lei que autoriza a criação dos programas de trabalho no âmbito do orçamento do Fundo Estadual de Saúde.

Como desdobramento do primeiro argumento, a petição inicial enfatiza que o saneamento básico não pode ser considerado como ação de saúde. Este é o ponto crucial para o governo do RJ, que, em outra ocasião, na ADI 2999 requererá do STF interpretação que legitime este tipo de gasto no orçamento da saúde. Comentar-se-á isto adiante.

“as referidas ações e serviços instituídos pela Lei Estadual 4179/2003⁸³, embora se constituam em benefícios, não podem ser enquadrados como sendo de saúde, por força do disposto na lei nacional 8080/90. Também, em razão de sua própria natureza, não podem ser enquadradas como geradoras de ações e serviços de saúde as atividades referentes a **“Despesas Decorrentes de Contratos de Financiamento – Programas de Saneamento Básico”** e **“Ações de Saneamento Básico”**”.

No parecer dado pela Alerj é possível identificar três argumentos pertinentes neste momento. O primeiro deles volta-se para a defesa de que não é admissível ajuizamento de Adin “que tenha por objeto lei de efeitos concretos, tal como as leis de natureza orçamentária”. A correlação feita pela Alerj subtrai toda a historicidade presente na existência de recursos orçamentais específicos para a saúde. Não se trata apenas de lei de natureza orçamentária que o Estado teria autonomia para definir, nem se trata também de qualquer definição orçamentária, mas de dotação prevista constitucionalmente. Assim, um conflito que teria uma natureza federativa (não investimento na saúde do previsto constitucionalmente) foi transmutado em mero conflito orçamentário.

Na seqüência argumentativa da Alerj, ela defende o mérito da Lei, alegando que as ações previstas devem ser consideradas como sendo efetivamente de saúde. Mesma argumentação utilizada pela governadora Rosinha Garotinho na ADI 2999.

“Não há como recusar aos programas indicados pelo artigo 1º da Lei Estadual 4167/2003 o caráter de ações e serviços públicos de saúde. Todos estão em harmonia com os preceitos acima transcritos e inseridos no campo de atuação do SUS (...), trata-se de programas que atendem aos fatores determinantes e condicionantes da saúde, previstos na Lei Federal mencionada [Lei 8080/90]”.

Por último, cabe resgatar o argumento de que os programas implantados não violam os princípios da universalidade e da igualdade da assistência de saúde.

“Ora, a implementação de qualquer programa de governo depende, evidentemente, do estabelecimento de regras, para que seja possível verificar quem, de fato, se enquadra na situação que se pretende atingir. Não se trata de vedar o acesso de certas pessoas aos programas de saúde, mas, apenas, de desenvolver ações planejadas junto ao público que delas necessita”.

Na seqüência da argumentação da Alerj, está disposta a defesa do Poder Executivo do RJ, da qual retiraram-se dois núcleos argumentativos considerados mais relevantes. No entanto, antes de iniciar a defesa, o Poder Executivo resgata a ADI 2999 e sugere que as duas

⁸³ Esta lei institui o programa estadual de acesso à alimentação (PEAA).

tramitem conjuntamente. Este pedido não é ingênuo, não visa facilitar os trâmites no STF. Vislumbra, sobretudo, o deslinde de uma posição dúbia tanto da Advocacia-Geral da União (AGU) quanto da Procuradoria-Geral da União⁸⁴, que, nos pareceres dado à ADI 3088, defendem as razões da Governadora Rosinha, mas no caso da ADI 2999, defendem a posição do Governo Federal representado pelo Ministério da Saúde. Mais adiante será explicitada melhor esta minúcia.

O primeiro argumento presente na retórica jurídica da defesa do Poder Executivo aponta para o fato de que a Constituição deixou em aberto a definição das ações que poderiam ser compreendidas como sendo de saúde. Neste caso, reacende-se o debate sobre as competências residuais, pois, na falta de legislação nacional, cada unidade territorial teria a autonomia para definir seus parâmetros.

“Percebe-se, pela dicção dos parágrafos 2º e 3º do artigo 198 da Constituição Federal que restou fixada apenas a base sobre a qual incidiria a alíquota que levaria a apuração do valor a ser aplicado em ações e serviços públicos na área da saúde. A própria alíquota, a definição de quais atividades poderiam ser enquadradas como pertinentes à área da saúde, as normas de fiscalização das despesas, nada disso foi fixado pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 198 da CR/88, tendo sido a matéria relegada à regulamentação por posterior Lei Complementar, até hoje ainda não editada”.

O segundo elemento retórico defende o mérito da Lei, justificando como sendo do campo da saúde as ações presentes na Lei nº 4.167/03. Fica implícito no texto da Ré a assunção da competência de definir os parâmetros para aplicação do recurso do FES, devido à lacuna Constitucional. Além disso, alega que o art. 200 da Constituição da República, ao tratar das atribuições do SUS, inclui entre estas a formulação de políticas e a execução de ações de saneamento básico e de vigilância sanitária. Portanto, é a própria Constituição que reconhece no saneamento básico elemento determinante à boa saúde da população, “o que torna irrazoável a exclusão defendida pelo Autor”.

“Ora, a adoção, pelo Estado do Rio de Janeiro, de políticas públicas correlacionadas à saúde, embora de forma indireta, tais como saneamento básico, combate à desnutrição e à pobreza e distribuição de medicamentos a preços subsidiados, cumpre, efetivamente, a diretriz constitucional, não havendo razão jurídica para que sejam excluídas tais despesas dos recursos previstos no artigo 198 §2º, da CR/88 e do artigo 77 da ADCT”.

Na seqüência de sua defesa, o Estado advoga que os principais males que comprometem a saúde da população, em especial nas camadas de menor renda, são

⁸⁴ Na argumentação da Procuradoria-Geral da República presente no parecer dado a ADI 2999, esta Procuradoria não entra no mérito da Legislação, defende apenas os aspectos formais. Postura diferente da adotada pela AGU que afirma, na ADI 3088, que as ações de saneamento básico podem ser consideradas como ações de saúde e na ADI 2999 afirma que “a lei 8080, não define as ações de saneamento básico como “ações de saúde”, não sendo possível que a Governadora-requerente alargue o conceito desta espécie de atividade sem violar o disposto no artigo 3º da referida legislação”.

provenientes da falta de alimentação (desnutrição) e da falta de saneamento básico. Problemas esses diretamente relacionados à pobreza. Desta forma, as ações de combate à pobreza inserem-se nas medidas de natureza preventiva no âmbito da saúde pública.

“a interpretação teleológica e sistemática do texto constitucional, amparada pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e comprometida com o atingimento do objetivo fundamental de 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais', nos termos do art. 3º, III, da CRFB, somente poderá conduzir à conclusão segundo a qual as despesas com saneamento básico, programas de distribuição de remédios e de alimentos, dentre outros, incluem-se dentre os gastos com a saúde pública” (grifo no original).

A próxima manifestação presente na Adin é da Advocacia-Geral da União (AGU). Importante ficar claro que o Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo e exerce a representação judicial da União perante o Supremo Tribunal Federal. Está submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República, sendo por ele nomeado. É atribuição da AGU “defender, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a norma legal ou ato normativo, objeto de impugnação” (Art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993). Além disso, o art. 8º da Lei nº 9868/99 prevê que, na tramitação da Adin, “decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias”. Por serem cargos de indicação presidencial, não seria inapropriado supor que este Advogado e este Procurador tendam a defender as posições político-ideológicas do Presidente da República. No caso da ADI 3088, o Réu é o Governo do Estado do Rio de Janeiro, que, no início de 2003, era dirigido pelo PSB, partido da base aliada do governo Lula⁸⁵, e à época desta ADI, era governado pelo PMDB⁸⁶, partido ainda mais forte⁸⁷ da base do governo Lula.

A postura adotada pela AGU nesta Adin foi de defesa incondicional do mérito da Lei, embora também faça uma defesa da forma. Inicialmente, ressalta a argumentação utilizada pela Alerj de que “ao autorizar a criação de programas de trabalho no âmbito do Orçamento do

⁸⁵ A expressão ‘base aliada’ se justifica pelo fato do candidato à Presidência da República Antony Garotinho, que no 1º turno das eleições conquistou 17% dos votos válidos, ter apoiado no segundo turno o candidato do PT, Lula, que venceu o candidato Serra (PSDB) com 61,3% dos votos. Além disso, a expressão ‘base aliada’ também se deve pela composição ministerial. Logo no início de sua gestão, Lula indicou Roberto Amaral (nome histórico do PSB) para o Ministério de Ciência e Tecnologia.

⁸⁶ A governadora Rosinha trocou o PSB pelo PMDB em agosto de 2003.

⁸⁷ De fato, o PMDB só veio a integrar o primeiro escalão do governo Lula no ano seguinte, mas esta costura vinha sendo feita pelo menos desde meados de 2003, conforme noticiado pelo jornal Estadão: “Um ano após a posse, Lula promoveu sua primeira reforma ministerial. O objetivo: acomodar um novo aliado, de peso, o PMDB. O apoio foi acertado ainda em março de 2003, selado pela executiva em junho, mas só concretizado em janeiro de 2004, com a chegada de dois peemedebistas ao primeiro escalão: Amir Lando e Eunício Oliveira”. <http://www.estadao.com.br/especiais/os-ministros-de-lula.7284.htm> (acessado em 07/11/09).

Fundo Estadual de Saúde, a abertura de crédito especial e o remanejamento de recursos orçamentários – reveste-se, inequivocamente, da natureza jurídica de lei orçamentária”. Assim, a AGU defende o não cabimento de Adin “tendo em vista cuidar-se de lei tão-somente em sentido formal, porque, materialmente, detém conteúdo de ato administrativo, de efeitos concretos”.

Em seguida, a AGU afirma que a definição do que seriam os serviços de saúde deve ser fixadas por normas infraconstitucionais. A Constituição não adentrou nesta minúcia, não havendo, neste caso, conflito de constitucionalidade. Ademais, de acordo com o princípio da descentralização, cada ente federado teria autonomia para definir sua política de saúde. Neste caso, “a definição das bases conceituais para a operacionalização e o cumprimento do que determina o art. 77, do ADCT, é tarefa do agente político encarregado de estabelecer e implementar política nacional de saúde no país, nos termos da legislação vigente”. Ora, se não existem determinações constitucionais sobre a amplitude das ações e serviços de saúde, é absolutamente plausível compreender que “os Programas de Trabalho, a serem criados pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, atendem aos *fatores determinantes e condicionantes* da saúde”, caracterizando-se, portanto, como serviços de saúde; o que justifica o gasto financeiro via FES.

A última a manifestar-se nesta Adin foi a Procuradoria-Geral da República, que inicia a defesa do Estado do Rio de Janeiro afirmando que a Lei nº 4.167/03 não apresenta nenhum tipo de ofensa ao texto constitucional e se detém nos aspectos formais. Até aceita que possa haver certa “incompatibilidade entre a Lei estadual nº 4167/2003 e a lei federal nº 8080/1990, a partir de uma suposta contradição com os princípios regentes das ações e serviços públicos de saúde, contidos no artigo 7º da lei 8080, e não propriamente em função da Constituição Federal”. O que significa afirmar a impertinência de uma Adin.

Por fim, conforme já comentado, como os efeitos desta legislação visavam apenas o ano de 2003, o Ministro Relator – Marco Aurélio – negou seguimento à ação, sem entrar na discussão central do mérito da Adin. Significa reconhecer absoluto afastamento do STF neste tipo de matéria. A tentativa desta Corte de não atuar diretamente em determinados conflitos de natureza política pode ser interpretada como um repúdio à judicialização ao menos na área da saúde. Talvez esta seja uma área de potencial conflito com o Executivo assim como é a área de definição de política econômica. Motivo que explica parte do afastamento do STF (MARANHÃO, 2003).

De acordo com Pacheco (2008, p. 18), essa estratégia informal de levar ao arquivamento da ação permite que o “Supremo resolva tanto os casos difíceis, ou, como se verifica aqui, um conjunto relativamente expressivo de ações, de modo a evitar a abertura de precedentes que comprometeriam a coerência da ordem jurídica e da jurisprudência do Tribunal”. A autora defende que é preciso olhar para as decisões do STF em termos de impacto territorial. Assim, fica evidente que esta Corte “julga o mérito de questões de pequena relevância nacional ao mesmo tempo em que se utiliza sistematicamente, conforme exposto anteriormente, de argumentos formais para o não julgamento de questões de grande relevância para o país” (idem, p.19).

5.2.2. A lei 4179/2003

Três dias depois da sanção da Lei nº 4167/03⁸⁸, foi aprovada a Lei 4.179 de 29 de setembro de 2003 que “dispõe sobre a instituição do programa estadual de acesso à alimentação PEAA. Seu artigo 2º prevê que “os benefícios financeiros decorrentes do PEAA serão efetivados através da distribuição de cupom, cheque, cartão ou outro instrumento próprio, ou pelo acesso a alimentos preparados ou em espécie pelas famílias em situação de insegurança alimentar, entre outras, nas modalidades abaixo discriminadas”. O artigo 5º esclarece que “o atendimento aos projetos e atividades integrantes do PEAA correrá à conta de dotações consignadas anualmente ao orçamento do Fundo Estadual de Saúde - FES, vinculado à Secretaria de Estado de Saúde”. Após sua edição, o PSDB do Rio de Janeiro ingressou com a ADI 3087, no dia 12 de dezembro de 2003, contestando a constitucionalidade da referida Lei. O Ministro Relator Joaquim Barbosa, em Decisão Monocrática, entendeu que o requeinte não cumprira com as exigências formais para ingressar com Adin e não conheceu da ação. Em suas palavras:

“esta Corte entendeu que a legitimidade restrita para a propositura de ações diretas impõe a observância dos seguintes critérios para a representação de partidos políticos: (i) em ações diretas subscritas exclusivamente pelo advogado será exigido instrumento de procuração contendo poderes específicos, assim entendidos como a expressa referência, na procuração, ao texto legal a ser impugnado; (ii) não se fará essa exigência quando já houver apreciação do pedido de liminar ou de mérito na ação direta. No presente caso, não houve ainda apreciação

⁸⁸ Lei que autoriza a criação dos programas de trabalho no âmbito do orçamento do Fundo Estadual de Saúde.

do pedido de liminar, a petição inicial veio subscrita exclusivamente pelo advogado e este não supriu a deficiência apontada pelo despacho mencionado. Não conheço da presente ação direta” (19 de fevereiro de 2004).

Contudo, após o partido requerente dar entrada com a procuração específica, o Eminent Relator reconsiderou sua decisão e aceitou dar continuidade ao julgamento do mérito da Adin, pela importância do assunto tratado no cenário nacional.

“(…) reconsidero a decisão por mim proferida a fls. 40, a fim de que a presente ação direta tenha regular processamento. Em virtude da relevância da matéria, adoto o rito do art. 12 da lei 9.868/1999. Solicitem-se informações definitivas à autoridade requerida, no prazo de dez dias. Em seguida, abraça-se vista, sucessivamente, no prazo de cinco dias, ao advogado-geral da união e ao procurador-geral da república” (16/02/2005).

Depois de regularizada sua situação, esta Adin continuou seu trâmite normal e desde 30/05/2005 encontra-se com relator, Ministro Joaquim Barbosa, para decisão. Por último, cabe comentar que a Procuradoria Geral da República deu parecer contrário à declaração de inconstitucionalidade da lei, pedindo pela declaração de improcedência da referida Adin.

A exposição da tramitação desta Adin específica neste momento é essencial para se compreender um pouco como funcionam os trâmites no STF e como os processos políticos atravessam esses trâmites. Mas, volte-se ao ano de 2003 no Rio de Janeiro. O Governo Rosinha sancionou pelo menos três leis voltadas para a mesma ação: combate aos sintomas da pobreza. Sendo que na primeira lei, nº 4086, criou-se uma nova alíquota de impostos, mas não se especificou onde iriam ser gastos esses recursos, indicou-se apenas de forma genérica; na segunda lei, nº 4167, criou-se um programa de trabalho financiado pelo FES; e na terceira lei, nº 4179, criou-se um programa de alimentação (muito semelhante ao texto original da lei 4086) que teria como financiamento parte dos recursos do Fundo Estadual de Saúde. Se forem somados os recursos da exigência da EC 29 para o ano de 2003 no RJ com os recursos do adicional de ICMS arrecadado para compor a FECP, tem-se um total de R\$ 2.281.342.323,00 (mais de dois bilhões de reais) de recursos próprios do Estado (fora as transferências da União vinculadas à saúde) para financiar o combate à pobreza, programas de trabalho, programas de alimentação e toda a saúde do Estado do RJ. No entanto, o que se observou não foi a soma desses gastos, mas a sobreposição de uma rubrica em outra, ou seja, o governo do RJ utilizou os recursos do FECP para fins de cumprimento da EC29. Segundo Campelli e Calvo (2007),

“Apesar de já existirem parâmetros claros e acordados entre o Ministério da Saúde, os Estados e seus Tribunais de Contas sobre o que seria incluído como despesas de ações e serviços de saúde, nos termos da Portaria nº. 2047/2002/GM e Resolução nº. 322/03 do CNS, cabe salientar que dentre os Estados que indicaram o cumprimento da EC-29 nos anos mencionados, alguns incluíram gastos considerados alheios à saúde, tais como as despesas com inativos, com saneamento, habitação urbana, recursos hídricos, merenda escolar, programas de alimentação e hospitais de clientela fechada, para atingirem as metas de

aplicação. É importante que o conteúdo das despesas com ações e serviços de saúde incluído em cada Estado seja verificado e avaliado a partir de um padrão comum para o conjunto dos entes federados” (p.1619).

Não se trata de afirmar que o PSDB tenha extrema preocupação com o financiamento da saúde pública e nem que o PMDB não o queira fazer. Trata-se tão somente de marcação de posição dos partidos políticos no cenário público, uma estratégia para alcançar a opinião pública. A intenção do PSDB talvez fosse forçar uma intervenção federal no Estado do RJ, o que desgastaria tanto a imagem da Governadora do RJ quanto do próprio Presidente da República em início de mandato.

5.3. A Resolução 322 do CNS

Seis meses antes da edição das Leis que criaram programas de trabalho e de acesso à alimentação (Leis 4167/03 e 4179/03), o CNS editou a Resolução 322 no intuito de esclarecer conceitual e operacionalmente o texto constitucional, “de modo a lhe garantir eficácia e viabilizar sua perfeita aplicação pelos agentes públicos até a aprovação da Lei Complementar a que se refere o § 3º do artigo 198 da Constituição Federal”. O CNS justifica esta atuação a partir das “competências regimentais e atribuições conferidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 e conforme estabelecido no artigo 77, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT”. Ou seja, para este conselho, trata-se de desempenhar seu estrito papel garantido constitucionalmente, sem extrapolar os limites de sua discricionariedade. A Resolução 322 visa dirimir dúvidas quanto à origem dos gastos do orçamento da saúde e quanto à forma como podem ser utilizados. A edição desta Resolução baseou-se, entre outras coisas nas,

- “discussões realizadas pelo grupo técnico formado por representantes do Ministério da Saúde, do Ministério Público Federal, do Conselho Nacional de Saúde - CNS, do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde - CONASS, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - CONASEMS, da Comissão de Seguridade Social da Câmara dos Deputados, da Comissão de Assuntos Sociais do Senado e da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas – ATRICON, resultando na elaboração do documento *“Parâmetros Consensuais Sobre a Implementação e Regulamentação da Emenda Constitucional 29”*; e
- “[nos] subsídios colhidos nos seminários sobre a *“Operacionalização da Emenda Constitucional 29”*, realizados em setembro e dezembro de 2001, com a participação de representantes dos Tribunais de Contas dos Estados, dos Municípios e da União, do

Os referidos considerandos objetivam elucidar o caráter democrático e participativo da construção da Resolução 322. Nas discussões que embasaram sua redação estiveram presentes todos os representantes dos gestores nacionais e parte de instituições, tanto do Executivo quanto do Legislativo, que, de alguma forma, relacionam -se com o setor saúde.

A **Sétima Diretriz** desta Resolução determina que, para efeito da aplicação da EC nº 29, não são consideradas como despesas com ações e serviços públicos de saúde as relativas a:

- I** – pagamento de aposentadorias e pensões;
- II** - assistência à saúde que não atenda ao princípio da universalidade (clientela fechada);
- III** - merenda escolar;
- IV** - saneamento básico, mesmo o previsto no inciso XII da Sexta Diretriz, realizado com recursos provenientes de taxas ou tarifas e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, ainda que excepcionalmente executado pelo Ministério da Saúde, pela Secretaria de Saúde ou por entes a ela vinculados;
- V** - limpeza urbana e remoção de resíduos sólidos (lixo);
- VI** - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes federativos e por entidades não governamentais;
- VII** – ações de assistência social não vinculadas diretamente a execução das ações e serviços referidos na Sexta Diretriz e não promovidas pelos órgãos de Saúde do SUS;
- VIII** – ações e serviços públicos de saúde custeadas com recursos que não os especificados na base de cálculo definida na primeira diretriz”.

Esta diretriz pretende esclarecer as contendas criadas em relação à interpretação do art. 4º da Lei Orgânica da Saúde (LOS). Esta determinação do CNS só existiu pela falta de legislação sobre o assunto, mas cabe destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar (PLP) 01/2003 (autor: Roberto Gouvêa, PT-SP) que regulamentará os gastos com saúde. O art.2º deste Projeto afirma que:

“Para fim de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios instituídos no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:

- I** – sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;
- II** – estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e
- III** – sejam de responsabilidade específica do setor de saúde, não se confundindo com despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde”.

O Art. 3º deste mesmo projeto esclarece ainda mais o que pode ser considerado como ações e serviços públicos de saúde:

- “I – vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;
- II – atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;
- III – capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS;
- IV – desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições vinculadas ao SUS;
- V – produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;
- VI – ações de saneamento básico próprio do âmbito domiciliar ou de pequenas comunidades, desde que aprovadas pelo Conselho de Saúde do ente da Federação, as efetivadas nos Distritos Sanitários Especiais Indígenas e outras a critério do Conselho Nacional de Saúde;
- VII – ações de manejo ambiental vinculadas diretamente ao controle de vetores de doenças;
- VIII – gestão do sistema público de saúde e operação das unidades prestadoras de serviços públicos de saúde;
- IX - investimentos na rede física do SUS, que incluem a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;
- X – ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde;
- XI – remuneração de pessoal ativo em exercício na área de saúde, incluindo os encargos sociais”.

O Art. 4º não deixa dúvida quanto ao que não pode ser considerado como despesas com ações e serviços públicos de saúde,

- “I – pagamento de inativos e pensionistas, inclusive os da saúde;
- II – pessoal ativo da área de saúde, quando em atividade alheia à respectiva área;
- III – serviços mantidos preferencialmente para o atendimento de servidores ativos e inativos, civis e militares, bem como dos respectivos dependentes e pensionistas;
- IV – merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvado o disposto no inciso II do art. 3º desta Lei Complementar;
- V – ações de saneamento básico em cidades em que os serviços sejam implantados ou mantidos com recursos provenientes de fundo específico, taxas, tarifas ou preços públicos;
- VI – limpeza urbana e remoção de resíduos;
- VII – preservação e correção do meio ambiente realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação e por entidades não-governamentais;
- VIII – ações de assistência social;
- IX – obras de infra-estrutura urbana, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde;
- X – ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos que não os especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos”.

As limitações de gasto presentes na Resolução 322 vão de encontro às necessidades administrativas do Estado do Rio de Janeiro, que conseguiu a aprovação das duas leis citadas

nesta tese que ferem frontalmente os princípios dispostos nesta Resolução. Por este motivo a Governadora do Estado do Rio de Janeiro ajuizou a ADI 2999 no STF contestando a legitimidade discricionária do CNS. Buscava, sobretudo, a impugnação do inciso IV da Sétima Diretriz da referida Resolução.

Este processo durou cinco anos e oito meses até receber uma decisão final, tendo oito volumes com duas mil páginas ao total. Nele estão presentes os posicionamentos do Governo Federal, do Poder Executivo e da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, além de diversos setores da sociedade civil, conforme previsto pelo instituto jurídico do *Amicus Curiae* (amigo da corte), que permite a participação, no processo, de pessoas e instituições que tenham comprovada identidade com o caso examinado pelo tribunal. Sua utilização obedece aos preceitos inscritos na Lei 9.868/99, especificamente no §2º o art. 7º “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

A admissão do *Amicus Curiae* no processo de controle concentrado de constitucionalidade visa, entre outras coisas, ampliar o debate sobre as questões em jogo, auxiliar e legitimar a decisão do STF em relação a matérias de grande interesse nacional a partir da participação de entidades e instituições que representem os interesses difusos e coletivos da sociedade. Neste caso específico, está-se tratando da interpretação do conceito de saúde e da legitimidade de atuação do CNS. Mais que isso, no ano de 2003, foram realizadas diversas ações e editadas algumas normas voltadas justamente para a questão da interpretação do conceito de saúde. Ao propor que o FES financie ações de Alimentação e de trabalho, que os recursos do FECP sirvam para contabilizar os dispositivos da EC 29 e ao contestar a Resolução do CNS, o governo do Estado do Rio de Janeiro estava chamando para si a responsabilidade e autonomia presentes no pacto federativo de definir os rumos de suas políticas sociais, estabelecendo com isso as bases do que considera como legítimo ou não nas políticas setoriais da saúde. Tal legitimidade foi, ao mesmo tempo, contestada e requerida no STF. A ADI 2999 é mais uma tentativa de reconhecimento e esclarecimento, pelo Tribunal Constitucional, das atribuições a autonomia dos Estados.

5.3.1. A ADI 2999

Identificou-se, na petição inicial, argumentos utilizados para contestar a Resolução 322 do CNS. Os primeiros dizem respeito aos aspectos formais da Resolução. O Governo do RJ justifica o ajuizamento de uma Adin pelo fato do CNS ter se arvorado a “inovar a ordem jurídica com abstração, autonomia e generalidade” este conselho está “sujeitando-se, assim, ao controle concentrado de constitucionalidade”. Em seguida, afirma que a edição da referida Resolução seria um típico caso de inconstitucionalidade formal, pois “é ato normativo natimorto sob a perspectiva constitucional, tendo em vista que as normas por ela veiculadas foram reservadas pelo Constituinte à regulamentação pela via da Lei Complementar”. Esta contestação diz respeito à legitimidade do CNS. Para o Governo do RJ, a edição de normas como esta seria atribuição exclusiva dos legisladores federais por via de Lei Complementar.

Outro conjunto de argumentos abarca os aspectos materiais da Resolução 322, ou seja, contesta-se seu conteúdo. Em primeiro lugar, a Governadora alega que a proibição de se gastar recursos do Fundo Estadual de Saúde com saneamento básico vai de encontro ao que regulamenta o art. 79º da ADCT da Constituição da República “que, inclusive, expressamente indica a possibilidade de destinação desses recursos com ações suplementares de saúde”. O início de sua argumentação cria um elo direto entre ações suplementares de saúde e saneamento básico.

Na seqüência, a autora começa a defender a idéia de que a Resolução 322 do CNS invade a competência legislativa dos Estados-membros, pois regular a forma como cada Estado gasta o dinheiro é tarefa intrínseca dos governos locais. Por este motivo, a Governadora ressalta a autonomia dos Estados: “não poderia órgão federal diverso do Congresso Nacional, sem legitimidade constitucional para tanto, oferecer normas suplementares em lugar dos Estados-membros, ainda que a pretexto de conferir aplicabilidade a dispositivos da Constituição”.

Na Adin a autora cita três considerandos da Resolução do CNS para mostrar como este conselho pretende, na ausência de uma regulamentação do Legislativo Federal, regular provisoriamente o dispositivo constitucional. Em seguida, apresenta o exemplo da ADI 2606 que considera análoga, na qual o STF reconhece como sendo atribuição exclusiva da União

legislar sobre trânsito e transporte, não tendo os estados autonomia para isto. É curioso notar neste sentido que embora o argumento da autora volte-se para legitimar sua autonomia, os casos trazidos corroboram a perspectiva de submissão dos Estados à União.

Parte dos argumentos utilizados assemelha-se àqueles presentes na ADI 3088, ou seja, argumentos que tentam transformar uma disputa política numa simples questão administrativa, de alocação de recursos, o que justifica a atribuição estadual. Após esta transformação, a Governadora afirma que a Resolução 322, “fere a autonomia do Ente Federado, ao dispor sobre a aplicação de suas receitas e despesas, restringindo a auto-organização financeira e estratégica do Estado em questões de saúde, afetando diretamente o art. 1º, e o art. 25 e seu §1º, ambos da Constituição da República”. Vejamos tais artigos da CF/88:

“**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito”.

“**Art. 25.** Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

Ao trazer estes artigos para o conjunto retórico de impugnação da Resolução 322, o Governo do RJ está reafirmando a competência residual para os assuntos administrativos. Ora, se a Constituição prevê que é atribuição dos Estados-membros definir a forma como alocarão seus recursos, não faria sentido um órgão que não o Parlamentar editar norma contrária a isto. Este argumento, no entanto, desconsidera as vinculações orçamentárias para as áreas da saúde e da educação. Sobre isto, a autora sustenta que:

“a Resolução 322/2003 inibe o Estado do Rio de Janeiro de estabelecer e manter, com a autonomia garantida pela Constituição da República, políticas sociais e econômicas preventivas em defesa da saúde da população fluminense. Estes fundamentos, aliás, ainda servem para caracterizar a pertinência temática, considerando o manifesto interesse do Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro na defesa da autonomia estadual e do acesso da população às políticas sociais de saúde”.

Além disso, a autora assevera que não existe Federação sem que se reserve aos Estados-membros um conjunto de competências que lhes garanta autonomia, em sua tríplice dimensão: administrativa, legislativa e política.

“Quando determinada matéria é inserida no rol das competências concorrentes, como ocorre com a defesa da saúde, reconhece-se que os Estados-membros possuem liberdade para, em função de suas peculiaridades, adotarem regras especiais. Do mesmo modo, embora a integração normativa geral seja o propósito do art. 24 da Constituição, seus parágrafos 2º e 3º evidenciam a possibilidade de os Estados editarem normas de caráter geral, com eficácia limitada aos respectivos territórios, até que a União as promulgue”.

Consta ainda, na petição inicial da Adin, que a Resolução do CNS fere os princípios da separação dos poderes. Além disso, a Resolução não teria levado em consideração a

vontade dos Estados da Federação, por não ter sido uma matéria apreciada pelo Senado Federal, que, para a autora, seria a instituição apropriada para tratar deste assunto, pois é constituído por representantes dos Estados Federados de acordo com a doutrina do *Bicameralismo Federal*. “Se o Constituinte exigiu a forma de lei – Lei Complementar –, o fez para garantir aos Estados-membros a efetiva apreciação da matéria por seus representados no Senado Federal, de modo a respeitar o princípio federativo e, especialmente, o seu subprincípio da partição federal”.

A seqüência da retórica presente na petição inicial caminha para a contestação da segunda parte do inciso IV da Sétima Diretriz da Resolução 322. A autora demonstra a falta de plausibilidade da exclusão do cálculo do Fundo Estadual de Saúde os gastos com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, pois

“se o próprio art. 79 do ADCT revela que os recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza podem ser utilizados em medidas e programas de defesa da saúde, não poderia mera Resolução dispor contrariamente, impedindo o Estado-membro de computar a receita utilizada, sob esta rubrica, para atendimento aos limites mínimos constitucionais”

A compreensão dessa contestação pode ser encontrada no conjunto de leis editadas no ano de 2003 pelo governo do Estado do RJ. Conforme comentado, o RJ arrecadou neste ano por volta de treze bilhões de reais, já incluídos os mais de novecentos milhões de reais do acréscimo de ICMS via FECP. Ora, o que fez a governadora do Estado do RJ? Computou esta arrecadação extra como sendo para área da saúde (investimento em saneamento básico), ultrapassando com isto o mínimo estabelecido pela EC29. A justificativa para este artifício deve-se, novamente, à certeza de que o saneamento básico é uma ação de saúde. Além disso, a governadora já utilizava os recursos do FES para financiar ações de combate à fome (como os Restaurantes Populares, Cheque Cidadão). O salto argumentativo transforma tudo isso em combate à pobreza, e seria estranho alguém contestar ações de combate à pobreza.

“De seu lado, o art. 200 da Constituição da República, ao tratar das atribuições do Sistema Único de Saúde, inclui, entre estas, a formulação de políticas e a execução de ações de saneamento básico e de vigilância sanitária. Logo, a própria Constituição reconhece no saneamento básico elemento determinante à boa saúde da população, o que torna irrazoável a exclusão perpetrada pela Resolução 322/2003. Sem dúvida, os maiores males inerentes à saúde que acometem nossa população são provenientes da falta de alimentação (desnutrição) e da falta de saneamento básico. Problemas esses, diretamente, relacionados à **pobreza**” (grifo no original).

Assim, conclui a autora que a Constituição da República de 1988, ao tratar do direito à saúde, garante o seu exercício mediante políticas sociais e econômicas, “de forma

descentralizada, com atendimento especial as ações preventivas (art. 198, inciso I e II), o que compreende o combate à pobreza e o saneamento básico” (p.29).

Por último, a autora lembra ao STF que, se considerada improcedente a ação, o Estado estaria sujeito a uma intervenção federal, pois ficaria evidente o desrespeito a legislação. “Agrava-se a situação se consideramos que consequência natural da aplicação das normas da Resolução 322/2003 é a submissão do Estado do Rio de Janeiro aos riscos de intervenção federal”. Desta maneira, a autora conclui o argumento de que, se a Resolução 322/2003 for considerada constitucional, estar-se-ia não apenas limitando a autonomia dos Estados, mas, no caso do Rio de Janeiro, justificando uma intervenção federal.

O relator da Adin, Ministro Gilmar Mendes, expediu ofício ao Ministério da Saúde (MS) para manifestar-se em relação às alegações da autora. Tal pedido se justifica, em primeiro lugar, pelo fato do Ministro da Saúde ocupar o lugar de Presidente do Conselho Nacional de Saúde e, em segundo lugar, pela matéria dizer respeito também às atribuições deste Ministério como instância maior de regulação na condução da política nacional de saúde. Como será apresentado a seguir, o MS defende a Resolução 322/2003, por entender que ela é fundamental para o esclarecimento na condução das políticas de saúde no país. No entanto, embora em seu parecer defenda que “estão equivocadas as razões da autora; há fundamento para a edição das normas de operacionalização que ora se discutem”, estranha a posição deste Ministério de realizar uma defesa formal da Resolução e não material quanto à legitimidade do Conselho Nacional de Saúde para dispor de tal normatização.

O primeiro argumento do Ministério da Saúde afirma que o ajuizamento desta Adin é inútil, na medida em que existe uma portaria ministerial (Portaria 2047/GM) que dispõe igualmente do assunto tratado. O Inciso IV do art. 8º desta Portaria, assinada pelo Ministro Barjas Negri, em 5 de novembro de 2002, prevê, igualmente ao que consta na Resolução 322/2003, que o saneamento básico não pode ser considerado como despesa da saúde.

“Art. 8º Em conformidade com os princípios e diretrizes mencionados no art. 6º destas Diretrizes Operacionais, não são consideradas como despesas com ações e serviços públicos de saúde, para efeito de aplicação do disposto no art. 77 do ADCT, as relativas a:

IV - saneamento básico, mesmo o previsto no inciso XII do art. 7º, realizado com recursos provenientes de taxas ou tarifas e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, ainda que excepcionalmente executado pelo Ministério da Saúde, pela Secretaria de Saúde ou por entes a ela vinculados;

Parágrafo único. Não integrarão o montante considerado para o cálculo do percentual mínimo constitucionalmente exigido:

II - no caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios, as despesas listadas no art. 7º., no exercício em que ocorrerem, realizadas com receitas oriundas de operações de crédito contratadas para financiá-las”.

O que chama atenção é a edição de uma Resolução do CNS idêntica à Portaria do Ministério da Saúde apenas sete meses depois da primeira ser lançada. Certamente o momento político já era outro, até porque se tratava de período de transição Presidencial. No entanto, a Portaria não foi revogada. Se for considerado que o Ministério da Saúde tem legitimidade para normatizar as ações na área da política pública de saúde e o alcance desta normatização é amplo e muito rápido, nesta primeira aproximação, não se compreende o porquê do CNS editar tal Resolução. Além disso, pareceu ser um grave erro estratégico a Governadora do RJ ajuizar ação apenas contra o CNS, mas não contra a Portaria do MS.

Em seguida ao primeiro argumento, o Ministério da Saúde combate a idéia de que a Resolução invadiria a competência legislativa dos Estados, pois ela “nada mais faz do que consolidar e explicitar determinações constitucionais e legais pré-existentes, e não vai além do que preceitua o art.77 do ADCT”. Em relação à necessidade de Lei Complementar⁸⁹ para regulamentar o assunto, o MS afirma que a lei 8080/90 e a EC 29 cumprem este papel. “Se a Resolução do CNS apenas consolida as regras decorrentes da Constituição e os dispositivos das leis 8080/90 e 8142/90, esses recepcionados como Lei Complementar, não se pode dar razão à autora, pois a regulamentação é legítima e encontra respaldo constitucional”.

O parecer do MS também refuta a idéia de que a Resolução inovaria a ordem jurídica, na medida em que ela se mantém nos “exatos e precisos limites dos instrumentos regulamentadores desta natureza, os instrumentos para a execução de norma constitucional auto-aplicável (...), uma lei, em sentido amplo, é auto-aplicável quando não depende de nenhuma outra norma para lhe complementar o sentido. Lei auto-aplicável é, portanto, aquela que possui suficiente densidade normativa”.

Para o MS a Resolução não invade a competência legislativa dos Estados, pois suas diretrizes visam “instrumentalizar, estabelecer regras de execução de comando constitucional que já é eficaz, auto-aplicável, qual seja, o insculpido no art. 77 do ADCT, com redação determinada pela EC 29/2000” Suas diretrizes “esclarecem, apenas. Nada ampliam nem inovam”. Desta forma, o MS parece retirar importância da atuação do CNS, sobretudo ao final do argumento: “veja-se, a título de exemplo, o disposto na primeira diretriz. Cuida-se de

⁸⁹ Não é intenção desta tese se deter sobre discussões constitucionalistas, nesta Adin sobressai uma discussão sobre o que é ou não Lei Complementar. Aponta-se esta discussão apenas a título de demonstração.

arrolar os impostos cujo produto de arrecadação devem somar-se para fins de definição da base de cálculo. Isso nada mais é do que a especificação do que já está consignado nos incisos II e III do art. 77 do ADCT”.

O parecer do MS visa elucidar a correta interpretação sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. No parecer reafirma-se que estes “recursos serão aplicados em ações suplementares...”, conforme art. 79 da ADCT. Segue-se a isso uma interpretação sobre o significado do termo “**suplementares**”. O MS argumenta que “suplementar” indica ir além do que é ordinariamente executado. “O objetivo do legislador foi o de **acrescentar** receitas para aplicação em saúde”, não podendo, portanto, financiar obrigações ordinárias. “Alimentação e saneamento básico foram eleitos como **fatores determinantes ou condicionantes** da saúde (...). Esses elementos, conquanto sejam determinantes, não compõem atividades finalísticas que se pode denominar 'ações de saúde’”.

Por último o MS, evidencia que a vedação da utilização de recursos advindos das operações de crédito como componentes do fundo da saúde, advém do art. 77 da ADCT e da EC29, pois a base de cálculo que estipula os valores do FES compõe-se apenas de impostos.

“não é a Resolução do CNS que proíbe a consideração dos recursos do Fundo de Combate e Erradicação à Pobreza para fins de cumprimento da EC 29. Essa proibição decorre do próprio texto constitucional, do cotejo entre os artigos 77 e 79 do ADCT. A Resolução, nesse passo, simplesmente consolidou a normatização que já advém do texto constitucional. Não inovou, não exorbitou. Encontra-se, portanto, restrita ao âmbito de atuação dos instrumentos normativos dessa espécie”.

Nas páginas seguintes do processo encontra-se o parecer da AGU. Pode-se dividi-lo em três argumentos distintos. O primeiro deles pede que o STF não conheça da ação em razão da inutilidade de eventual provimento final, na medida em que o MS tem uma portaria de idêntico teor ainda em vigor. O segundo, ainda defendendo o não cabimento de Adin, afirma que o ato normativo questionado deveria ser confrontado primeiramente com a Lei federal nº 8.080/90 e com a Lei nº 8.142/90. “Com efeito, nas referidas leis é que se encontram as regulamentações sobre as matérias pertinentes à saúde, no tocante às transferências de recursos, bem como à definição das ações de saúde”. Por último, e este chama mais atenção, a AGU entra no mérito da norma e afirma que “a lei 8080, não define as ações de saneamento básico como “ações de saúde”, não sendo possível que a Governadora-requerente alargue o conceito desta espécie de atividade sem violar o disposto no artigo 3º da referida legislação”. Este trecho, já citado anteriormente, difere frontalmente do parecer dado na ADI 3088, em

que a AGU afirma que é perfeitamente cabível a inclusão de ações de saneamento básico e de combate à pobreza no FES.

O próximo ator consultado pelo Relator da Adin é o Procurador-Geral da República, do Ministério Público Federal, que concorda com a AGU no sentido de ser impertinente o ajuizamento de uma Adin para este caso.

“evidente que se há interpretação administrativa atribuída às Leis 8080/90 e 8142/90, consubstanciada na Resolução no 322 do CNS, diverge do sentido ou do conteúdo das normas legais que pretendeu esclarecer, a questão se caracteriza como típica argüição de legalidade, e não de inconstitucionalidade, o que, repise-se, torna inviável a propositura de ADI”.

O segundo argumento volta-se para a elucidação do significado de uma Resolução, que não teria a função de criar uma Lei, mas apenas de elucidá-la, sendo, portanto, atribuição intrínseca ao CNS. De certa forma, o MPF defende a legitimidade do CNS nesta disputa, mas não defende o mérito da norma, sugere apenas que não é plausível uma argüição de constitucionalidade.

“As resoluções, conforme lição de Hely Lopes Meirelles⁹⁰: são atos administrativos normativos expedidos pelas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. (...). As resoluções, normativas ou individuais são sempre inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los”.

Interessante destacar que nenhum parecer dado enfatizou a importância do CNS. De certa forma, pareciam ignorar que se tratava do CNS, ou defendiam a legitimidade da Resolução 322 mais em função da existência de uma portaria do MS de idêntico teor do que propriamente pela importância deste conselho. Posição diferente a esta foi adotada pelos *Amicus Curiae*, apenas estes ressaltaram a importância deste conselho. Apenas estes entenderem a importância **política** desta Adin, enquanto os outros se detiveram nas questões meramente jurídicas. Desta forma, os setenta e quatro convocados como *Amicus Curiae* pediram unanimemente ao STF “o reconhecimento de competência deliberativa do CNS e a declaração da constitucionalidade da Resolução 322/2003”. As argumentações presentes neste *Amicus Curiae* indicam que, se for declarada a inconstitucionalidade da Resolução, o próprio conselho estará ameaçado (**Ver APÊNDICE D – Relação dos *Amicus Curiae* aceitos na ADI 2999**).

Para o Ministro Gilmar Mendes, não se trata de questionar a legitimidade do CNS, para ele “o CNS está previsto, como órgão do Ministério da Saúde, no art. 23, III, da Lei nº

⁹⁰ O Procurador refere-se a seguinte obra: MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*, 23a edição. São Paulo: Malheiros, 1990, p.162.

8.028, de 12 de abril de 1990, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. As competências do CNS, por sua vez, estão previstas no Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990”. O que justificaria a atuação do CNS no âmbito das normatizações voltadas para a gestão do sistema de saúde. No entanto, a proposição de uma Adin por parte do Estado do RJ não teria sido a melhor opção, pois “nesse contexto, resta evidenciado que, no caso, o exame da legitimidade do ato do CNS passa, antes de uma análise constitucional, por uma aferição de compatibilidade com esse complexo normativo infraconstitucional”. Portanto, o voto do Relator foi pelo não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. Todos os Ministros acompanharam o voto do relator, com exceção do Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência da Adin. Para ele, a falta de Lei Complementar que disciplinasse a EC29 gerou uma lacuna legal, que “veio a ser preenchida, em via imprópria, pelo Conselho Nacional de Saúde”. Cabe expor os últimos parágrafos de seu voto:

“Talvez a inércia do Congresso no tocante à edição da citada lei tenha levado o Conselho, quase três anos após a Emenda Constitucional nº 29/2000, ou seja, em 8 de maio de 2003, a adentrar campo que, em termos de atribuições, era-lhe totalmente estranho, olvidando não só a supremacia da Lei Fundamental, como também a máxima segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele, pagando-se um preço por se viver em um Estado Democrático, ou seja, o de respeito irrestrito às normas constitucionais, ao Direito posto. Não discuto a intenção, mas a forma e, mais do que isso, ante a inexistência da lei complementar, o fato de, mediante simples resolução, haver-se disciplinado a matéria que a ela seria imprópria, invertendo-se o sistema normativo pátrio. Peço Vênia ao relator para rejeitar a preliminar de inadequação da ação direta de inconstitucionalidade”.

A proposição do Ministro Marco Aurélio deixa clara a intenção de adentrar em assuntos do Legislativo. Ele reconhece a existência de lacunas, mas reafirma a centralidade do Congresso no preenchimento dessas lacunas. Em outras situações, no entanto, como a recente votação a respeito da utilização das células-troncos em pesquisas, as lacunas legais e a inércia legislativa foram preenchidas pelo STF. O que difere nestes casos? A inserção do Judiciário.

O voto vencedor nesta Adin, no entanto, tenta se afastar de querelas com os outros poderes. De certa forma, retorna com a discussão para o cenário público. Embora o relator tenda a aceitar a posição do CNS como articulador das relações federativas no âmbito da saúde. Neste permanente cabo de guerra que é o federalismo, o chamado à judicialização trouxe poucas conclusões, mas talvez tenha proporcionado um rearranjo das forças políticas, pois a resposta do STF nem deslegitimou os gastos do Estado do RJ e nem legitimou a ação legisladora do CNS. Assim, se havia um tênue consenso sobre as atribuições do CNS e do próprio MS, o resultado das Adins pode indicar um novo patamar de discussões. Mais que isso, pode indicar que o campo de disputas está completamente aberto e que novos arranjos

podem ser gerados, inclusive com assunção de espaços de diálogo e consenso, como seria o CNS. Ou, ao invés disso, esta falta de respostas mais claras em relação à divisão de atribuições e de poderes pode, entre outras coisas, reafirmar a característica de indução financeira do MS como a principal força motriz nas articulações intergovernamentais. O que permanece indefinido é a amplitude da compreensão sobre as ações de saúde. A esse respeito Dain (2007) afirma que

“parece essencial reforçar as vedações, em particular quanto aos encargos previdenciários e aos gastos com saneamento, campos onde os governos estaduais não cumprem as determinações da emenda. No plano federal, em 2006, com base nas determinações da EC 29, o MS pôde expurgar as despesas do Programa Fome Zero, que em parte eram indevidamente inseridas na programação da Saúde” (DAIN, 2007, p.1858).

5.4. Judicialização e Federalismo

Ao se pensar as relações entre judicialização e federalismo nestas Adins, percebem-se diversas posições. O imbróglgio causado no RJ em 2003 evidencia que as relações federativas são permeadas por muito mais atores do que apenas os representantes dos entes federados. Deve-se entender o CNS e o STF como atores importantes neste processo, um com poder de veto, e outro (CNS) com poderes mais restritos, mas altamente influente no cenário nacional. Além disso, não se pode desmerecer os aspectos políticos inerentes a estes conflitos, que utilizam os argumentos de divisão de poderes e autonomia, para legitimar opções políticas.

No caso do conjunto de leis editadas no RJ e comentadas neste capítulo, evidencia-se um conflito entre a oposição política e o governo de situação que, embora discutindo aspectos regionais, teve grande repercussão nacional⁹¹. Um outro aspecto político presente na Resolução 322 foi a tentativa de inserção, no cenário nacional, de uma nova força institucional, que, pelo resultado da ADI 2999, não foi efetivamente enfraquecida, mas de certa forma abalada, pois o governo do RJ não foi obrigado a se sujeitar a ela, ressaltando os aspectos da autonomia estadual. A esse respeito cabe resgatar o pensamento de Elazar (1987, p12) para quem “a essência do federalismo não é para ser encontrada em um determinado conjunto de instituições, mas na institucionalização das relações particulares entre os

⁹¹ Mesmo porque, deve-se considerar a possibilidade de legitimação de práticas assistencialistas como esta em outros estados. Uma resposta positiva do STF teria um efeito extensivo muito alto.

participantes na vida política”. Para este autor, não existe uma definição prévia de quem são os atores e instituições responsáveis pela conformação dos arranjos federativos, ao contrário, esses atores e instituições se constroem e se legitimam ao longo do jogo de disputas políticas. Pode-se dizer que a edição da Resolução 322 foi uma tentativa de inserção do CNS num cenário já preenchido por instituições como o MS, Conasems e Conass.

Os eventos ocorridos no ano de 2003 e comentados neste capítulo fortalecem o debate a respeito dos limites e possibilidades das disputas federativas no Brasil. Mesmo compreendendo o sistema federal como uma forma de lidar com a organização político-territorial do poder, na qual não há a idéia de pirâmide da soberania, o ordenamento jurídico brasileiro é muito menos horizontalizado, prevalecendo as hierarquias federais. Certamente este arranjo brasileiro foi o único possível de se estabelecer historicamente, diferente, por exemplo, do que ocorre nos EUA, em que o poder de legislar dos Estados é muito alto.

Importa destacar que a possibilidade de judicialização das relações federativas no Brasil ocorre justamente pelo fato da estrutura jurídica seguir a mesma concepção verticalizada presente no pacto federativo. Arretche (2009) afirma que esta foi uma opção dos constituintes, na medida em que a Constituição em vigor, por eles aprovada, prevê competências privativas à União mesmo em políticas que devem ser executadas por estados e municípios.

“Essa decisão revela que os constituintes não apenas não pretenderam limitar a União em sua autoridade para legislar sobre as ações de Estados e municípios como lhe autorizaram exclusividade para legislar sobre políticas que estavam, nesse mesmo contexto, sendo transferidas para Estados e municípios” (ARRETICHE, 2009, p.391).

Esta característica se desdobra freqüentemente em conflitos derivados da busca pela ampliação ou retração das funções legislativas dos entes federados. Esses vinte anos de Constituição democrática deram apenas uma mostra do que será o desenvolvimento da democracia no Brasil nos próximos anos. Se for pensado que a judicialização é um fenômeno comum às democracias já consolidadas e que chegou ao Brasil precocemente, é possível prever o pleno desenvolvimento de estratégias ligadas cada vez mais à adjudicação dos conflitos sociais em detrimento da participação social.

O cabo de guerra disputado entre uma das mais importantes instâncias de participação social no Brasil e os interesses do governo do estado do RJ nos dá alguns indícios de como serão as disputas futuras. Se forem retomadas as análises dos eixos procedimentalista e

substancialista⁹², talvez se tenha que concordar com a matriz de Habermas e Garapon de que a ampliação da participação do Poder Judiciário em conflitos que não são próprios desta esfera de poder implica necessariamente numa subtração dos princípios democráticos da representação política e uma retração dos valores de participação social. Desta maneira uma instância não eleita tem ampliado cada vez mais sua atuação em áreas específicas da política.

Ainda que o Poder Judiciário não tenha se pronunciado sobre os casos comentados, sua ação não deixou de provocar um debate público. Embora, no caso da ADI 2999, tanto o Governo Estadual, quanto o CNS (e todas as instâncias que se pronunciaram através do *Amicus Curiae*) esperassem uma resposta concreta do STF, não é possível negar o fato de que, por meio do chamamento do Judiciário, diversas instâncias dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e, sobretudo, da própria sociedade civil foram levadas a se manifestar sobre o tema em questão. Desta forma, o Supremo não deixou de atuar como árbitro, ainda que tenha se esquivado de opinar sobre o assunto. Trata-se de uma forma de politizar a questão, jogando-a de volta para o debate público.

Esta foi, de fato, a primeira leva de investidas ao STF por uma resposta desta natureza. A primeira reação deste Tribunal foi a do não pronunciamento, sem esquecer, no entanto, da inclinação do Ministro Marco Aurélio de Mello de aceitar a provocação para o julgamento. Não é possível afirmar, entretanto, que outras demandas como esta gerem respostas semelhantes. Neste curso de dez anos, a sociedade e o Legislativo tiveram tempo suficiente para depurar essas questões, mas não é possível observar ainda nenhuma solução efetiva, apenas algumas propostas normatizadoras por parte do MS. Uma espera excessiva do Legislativo por um consenso interno pode acabar por incitar novas Adins e obter do STF uma resposta diferenciada. Este é o risco da inércia tanto governamental quanto social.

⁹² Ver **CAPÍTULO 2**.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta tese, tentou-se aproximar uma corrente internacional do pensamento político contemporâneo com as questões intrínsecas à condução das políticas de saúde no Brasil. Este percurso deparou-se com aspectos específicos da formação do Estado Moderno e sua vertente nacional. Além disso, foi necessário pensar conjuntamente a atuação política e o campo específico do direito. Por fim, surgiu a cabal necessidade de trazer simultaneamente, para a discussão, os aspectos da política e da democracia. Por mais que se tenha utilizado como referencial teórico os estudos de Tate e Vallinder (1995), não será possível pronunciar grandes conclusões sobre política comparada. Alguns aspectos, no entanto, merecem destaque, como o fato da judicialização no Brasil ter surgido simultaneamente à democracia, o que, logo de início, indica uma diferença substancial daquilo que ocorreu nos Estados Unidos da América.

Deve-se reconhecer que no caso Brasileiro o STF aceitou rapidamente esse chamado, feito pelos diversos setores da sociedade, para atuar como árbitro final de disputas hermenêuticas, – não apenas por emitir decisões positivas ou negativas, mas pelo reconhecimento da validade das ações como matéria jurídica⁹³. Afinal, tem-se apenas vinte e um anos da promulgação da Constituição e o STF já ganhou projeção no debate sobre o processo legislativo.

É fundamental reconhecer que esta velocidade não é um caminho natural das democracias, basta comparar-se com a Suprema Corte dos vizinhos do norte. Neste país, mesmo existindo uma Suprema Corte desde o século XVIII, sua presença marcante nos conflitos sociais veio a se apresentar apenas a partir da crise econômica de 1929. Para se ter uma idéia, apenas em 1938 o governo federal norte-americano conseguiu contornar a questão do trabalho infantil com a “Lei dos Padrões de Trabalho Justo”, que dispunha sobre a fixação de salários mínimos e número máximo de horas de trabalho, tema este que a Suprema Corte não permitia ser regulado anteriormente, sob a alegação de interferência

⁹³ A **tabela 5** (página 101 desta Tese) mostra que, no universo pesquisado, apenas 37 decisões monocráticas impediram o andamento da Adin no STF, o que corresponde a 28% das ações. Significa dizer que o STF reconheceu que 72% das ações que lhe foram apresentadas na área da saúde tinham validade jurídica e mereciam a apreciação do Tribunal (mesmo que viessem a não ter decisão no futuro).

nas liberdades individuais, neste caso, na liberdade do contrato de trabalho⁹⁴. A partir deste momento, ou seja, pelo menos um século e meio após a convivência com um regime democrático, essa Corte passou a ocupar de forma central a condução das políticas norte-americanas. De fato, segundo Tocqueville (1987), dificilmente surge nos EUA uma questão política que não seja transformada, mais cedo ou mais tarde, numa questão judicial – o autor referia-se aqui à primeira instância do Judiciário.

“Não há ocorrência política para qual não ouça ele [o estrangeiro] ser chamada a autoridade do juiz; e conclui, à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas. Depois, quando passa a examinar a constituição dos tribunais, só descobre nela, a princípio, atribuições e hábitos judiciários. Aos seus olhos, o magistrado nunca parece introduzir-se nos negócios públicos a não ser por acaso; mas este mesmo acaso repete-se todos os dias” (TOCQUEVILLE, 1987, p.82).

De certa forma, este trecho resume um pouco do que ocorre também hoje no Brasil. A percepção sobre a judicialização da saúde, por exemplo, existe muito mais como uma pecha que os gestores atribuem ao Poder Judiciário do que como uma percepção dos Juizes propriamente. A inserção do Judiciário Brasileiro nos assuntos políticos vem crescendo de forma acelerada desde a redemocratização do país. Isto é possível de ser averiguado, sobretudo, a partir da importância que os meios de comunicação atribuem às opiniões dos operadores do direito. Tate e Vallinder (1995), reconhecem que a judicialização é muito mais do que apenas levar aos Tribunais demandas sociais, mas, também, disseminar pela vida privada os métodos do Judiciário. O que significa reconhecer que os aspectos simbólicos associados ao Direito, tal qual a expressão “Ciência do Direito” o eleva de uma categoria de ordenação jurídica para um elemento normatizador da vida sem o qual não é possível viver.

“A judicialização da política não deriva de um eventual sistema de orientação dos juízes, mas da nova trama institucional trazida pela moderna sociedade capitalista, que pôs o direito, seus procedimentos e instituições no centro da vida pública, e, neste preciso sentido, ela já é parte constitutiva das democracias contemporâneas” (VIANNA, 2008, p.4)

Além disso, para Bourdieu (2000, p.228), houve uma substituição das formas históricas de luta pela utilização do recurso legal, o que “implica, em muitos casos o reconhecimento de uma definição das formas de reivindicação ou de luta que privilegia lutas individuais (e legais) em detrimento de outras formas de luta”. O resultado desta reificação do direito seria, para Vianna (2005), a partir do pensamento de Habermas, uma transformação na compreensão da cidadania,

“A própria expansão sistêmica do direito sobre outras dimensões da vida social, como a economia, a família, a escola, o mundo do trabalho, é apontada como responsável por uma

⁹⁴ A esse respeito ver Schwartz 1984.

patológica colonização do mundo da vida que se veria enredado na malha de um processo de juridificação, do que resultaria uma cidadania passiva composta de clientes da ação administrativa do Estado”.

Ora, a própria idéia de cidadania surgiu a partir da reivindicação da sociedade de participar da condução do poder político, o que é expresso pela idéia do sufrágio universal. Contudo, a opção pela inserção do Poder Judiciário como aliado da cidadania pode gerar efeitos colaterais como este definido por Vianna (2005), de produzir “clientes da ação administrativa do Estado”, em que a linguagem comum não é a política, e sim a jurídica. Esta “ligeira” mudança de olhar retira das ações públicas o que lhe é principal, seu aspecto ideológico, travestindo-lhe de faceta técnica, tecendo ainda mais as ações políticas na urdidura jurídica.

Esse tem sido, inclusive, o caminho das democracias atuais. Não se pode afirmar que a celeridade com que isto aconteceu no Brasil seja natural, mas, ao menos, era de se esperar que o fenômeno da judicialização viesse a permear a disputa política no Brasil, mesmo sendo essa democracia tão recente. Este fenômeno, para alguns, significa a antecipação dos males da velhice, para outros, no entanto, esta parece ser uma oportunidade prematura de aperfeiçoamento da democracia.

Deve-se ressaltar que, ao se tratar da judicialização, não se deve isolá-la dos fenômenos que acometem os outros Poderes da República. Nesta tese comentou-se sobre a letargia que o Legislativo tem passado, no entanto, é justamente o tipo de lei produzida pelo Legislativo que proporciona a judicialização. No caso europeu, por exemplo, e, de certa forma, no caso brasileiro (embora extemporâneo), foi a criação do *Welfare State*⁹⁵, que teria induzido o Judiciário a expandir-se como os demais poderes⁹⁶.

O Legislativo, diante da impossibilidade para produzir um número significativo de leis específicas que dessem conta da multiplicidade e diversidade de tais conflitos, fora obrigado a criar leis muito abrangentes e vagas, que, na prática, significaram a delegação de parte importante das funções legislativas para o Poder Judiciário, de forma que a criatividade judicial na aplicação dessas leis a casos reais e concretos passasse a exercer um papel fundamental na criação dos direitos. Segundo Cappelletti (1993, p.129), somente quando confiados aos tribunais, os direitos constitucionais deixariam de ser “meras

⁹⁵ Segundo Cappelletti (1993) o *Welfare State* seria o produto da intensa codificação perpetrada pelo Poder Legislativo, a fim de solucionar ou contornar os conflitos sociais emergentes no século XX.

⁹⁶ Fragmentos do presente texto sobre *welfare state*, integridade do direito fazem parte de um artigo que está sendo escrito conjuntamente com José Victor Regadas, a partir de um debate iniciado em 2006, a propósito de uma disciplina do IUPERJ.

declamações filosóficas”, pois, se “a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade”, este grau “é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos”.

A expansão do Poder Legislativo, portanto, teria *provocado*, neste sentido, a expansão do Poder Judiciário, ao induzir os juízes à interpretação dos direitos sociais expressos em leis demasiadamente genéricas e, não obstante, extremamente importantes na garantia de uma “constituição viva”, capaz de se adaptar, através da ação do Judiciário, às necessidades sociais em constante modificação. Todavia, como foi dito antes, a principal responsabilidade pela expansão do Judiciário diz respeito a uma questão de escolha. O Poder Judiciário não apenas foi levado a se expandir; ele optou por isso. Certamente, sem o crescimento do Legislativo, o Judiciário não teria encontrado nem justificativas nem condições para se expandir. Contudo, coube a ele, diante desta nova realidade trazida pelo *Welfare State*, escolher seu caminho. E, neste sentido, foi decisiva a necessidade de se exercer um firme controle constitucional do Poder Legislativo.

Segundo Cappelletti (1993, p.53), “o ideal de estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos ‘privados’”, quando, na verdade, “apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo forte, com um executivo forte e um judiciário forte”. Para o autor, a sobrevivência da liberdade, nas modernas sociedades, dependeria de um sistema de *check and balance* ou de “controles adequados”, “no qual o crescimento do Poder Judiciário é obviamente o ingrediente necessário para o equilíbrio dos poderes” (idem, p. 55). A expansão do Judiciário, portanto, não seria exatamente uma ameaça à separação dos poderes e, por extensão, à ordem democrática, mas, ao contrário, a não superação deste modelo é que significaria um grave risco à democracia, cuja sobrevivência depende da garantia e preservação dos direitos fundamentais proporcionadas pelo Judiciário e constantemente ameaçadas pela concentração dos poderes políticos. A ampliação das funções e responsabilidades do Judiciário representaria, assim, a reparação de um desequilíbrio que o modelo clássico de estrita separação dos poderes, por si só, não apenas mostrou-se incapaz de evitar e corrigir, como, de certa forma, ajudou a instaurar.

O esvaziamento do ideal de um Estado de Bem Estar foi acompanhado por dois movimentos distintos e simultâneos: 1) o crescimento do Poder Judiciário baseado nos resquícios das legislações welferianas e 2) o crescimento do Poder Executivo na desmontagem deste modelo. A idéia de Bonapartismo vem sendo utilizada por alguns autores para descrever este movimento de ampliação do Poder Executivo. Segundo Regadas (2008, p.75), este conceito na tradição marxista de pensamento poderia ser compreendido como “a autonomia *relativa* do Estado frente à sociedade civil ou, para ser mais preciso, frente às classes que compõem a sociedade”.

“Alguns pensadores da passagem do século XIX para o século XX [da tradição do pensamento liberal-conservador] (...) compartilhariam da idéia de que o “bonapartismo” e o “cesarismo” fatalmente andariam de mãos dadas à democracia, talvez nem sempre em sua plena forma, mas certamente em alguma medida relevante, e que não necessariamente ele emergiria de uma revolução ou de um período revolucionário, mas, em vez disso, que ele se tornaria um fenômeno cada vez mais comum aos regimes políticos modernos” (REGADAS, 2008, p.52).

A conclusão da citação anterior também serve para o fenômeno da Judicialização. Contudo, se a idéia de Bonapartismo refere-se, sobretudo, a “toda e qualquer relação entre comandantes e comandados democraticamente instituída” (idem, p. 54), a judicialização implica na submissão não a um indivíduo que congregue aspectos carismáticos, mas a um conjunto de procedimentos. Uma sujeição que remete ao personagem de Kafka, Josef K., que nunca soube porque estava sendo processado, mas mantinha sua fé no procedimento judicial.

Tanto judicialização quanto bonapartismo⁹⁷ podem ser interpretados como resultados do mesmo fenômeno, pois tanto o Judiciário quanto o Executivo passaram a ocupar o espaço teoricamente desempenhado pelo Legislativo. Para Figueiredo e Limongi (1999), a partir da promulgação da constituição de 1988 “o Executivo se constituiu no principal legislador *de jure* e de fato. O principal argumento é que essa preponderância legislativa do Executivo decorre diretamente de sua capacidade, garantida constitucionalmente, de controlar a agenda (...) dos trabalhos legislativos” (p.11). Além deste aspecto, é possível observar ainda uma acusação de que este Poder tem sido moroso em sua atuação. Por outro lado, contribui para a diminuição da atuação do Legislativo a recente busca de setores da sociedade por alcançarem seus objetivos por outras vias que não as da disputa política. Como assinalou Tate (1995, p.30), cada vez mais os tribunais têm sido utilizados por grupos de oposição para obstruir o trabalho do governo, tentando ganhar no campo jurídico disputas perdidas no campo político.

⁹⁷ A partir de sua utilização no Poder Executivo.

Da mesma forma, o Poder Executivo cria freqüentemente artifícios para burlar as leis criadas pelo Legislativo (como no caso comentado no **CAPÍTULO 5** desta tese).

Está-se diante, portanto, de importantes ameaças à integridade do Direito – e, por extensão, à sua própria existência. Tal integridade dependeria de um equilíbrio entre o que se exige dele externamente (repostas às demandas sociais) e o que ele mesmo se impõe internamente (preservação de sua estrutura autônoma e relativamente distinta das demais esferas sociais). A questão da integridade busca dar conta, assim, não apenas do risco de instabilidade das instituições jurídicas, mas da própria extinção do Direito. Ora, o Direito, afastado da realidade social e incapaz de lidar com os novos problemas trazidos pelas mudanças de seu tempo, torna-se irrelevante, da mesma maneira que, descaracterizado por ceder às pressões externas, sejam elas de natureza econômica, social, religiosa ou política, torna-se outra coisa que não o Direito. Talvez por isso exista uma pressão tão grande de instituições internacionais para que o Direito brasileiro seja mais previsível, ou seja, dedique-se, sobretudo, à efetivação dos contratos, conforme comentado no **CAPÍTULO 2**.

O estudo da judicialização a partir das Adins e das falas públicas na AP foi importante, pois indicou alguns traços de como o controle da constitucionalidade vem sendo operado pelo STF e de como diversos setores da sociedade vêm compreendendo o fenômeno da judicialização. Não é o caso aqui de tecer qualquer julgamento moral sobre este fenômeno, muito pelo contrário, embora se apontem diversas vezes as implicações que a judicialização tem, reconhece-se que ela constitui-se hoje como a última alternativa para indivíduos que têm suas vidas em risco.

A questão apresentada por Tate e Vallinder (1995, p.526) na conclusão de seu livro permanece ainda atual: a expansão mundial do Poder Judiciário é uma coisa boa? Os autores apontam que existem opiniões divergentes no cenário público, mesmo porque, argumentam, “nas democracias, as respostas não são tão fáceis de serem encontradas. A judicialização não resulta de uma conspiração organizada – na verdade, ela não resulta de qualquer fator que é facilmente controlado” (idem, p.527).

De fato, a democracia (e apenas neste regime a judicialização é possível) permite que procedimentos sejam utilizados de formas antagônicas. Os autores reconhecem que não é difícil encontrar defensores do Poder Judiciário quando esse é exercido para proteger os cidadãos “dos interesses gananciosos, insensíveis, ou possivelmente até mesmo tirânicos”

(idem, p.526). No entanto, esta face do Judiciário não é tão visível quanto àquela que protege os próprios detentores destes interesses. Não se pode esquecer, sobretudo no caso brasileiro, que o acesso à justiça constitui um traço marcante de classe. Tate e Vallinder (1995) apresentam as preocupações de alguns grupos (os céticos) em relação à judicialização.

“Eles estão muito mais preocupados com as implicações da expansão do poder judicial para a viabilidade da democracia e da robustez da regra da maioria. Eles são, em geral, céticos quanto à sabedoria de judicialização. Eles vêem a expansão do Poder Judiciário mais susceptível de enfraquecer as instituições democráticas majoritárias e manter a regra da elite privilegiada e representativa, afastando aqueles que deveriam ser representados em um Estado democrático de acesso efetivo aos processos de decisão política ou a administração eficaz e responsiva” (idem, p.527).

Vianna (2008, p.5) apresenta duas preocupações semelhantes às destes autores. Para ele o ativismo judicial pode ser bem ou mal compreendido, gerando efeitos diversos. No primeiro caso, se bem compreendido, “estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização da nossa criativa arquitetura constitucional”. Caso contrário, se mal compreendido, “este ativismo é sempre propício à denúncia de um governo de juízes, de uma justiça de salvação, referida casuisticamente aos aspectos materiais em cada questão a ser julgada”. Por fim, conclui o autor, que se for mal compreendido, o ativismo judicial “leva a concepções de uma justiça que abdica da defesa da integridade do Direito, tal como a conceituam, na esteira de Dworkin, Nonet e Selznick, e se torna, mesmo que em nome das melhores intenções, um instrumento do seu derruimento”.

Não é possível apontar os rumos exatos que a judicialização tomará no Brasil. Na área da saúde, embora ainda recente o surgimento deste fenômeno, já existem movimentos para tentar regular o papel do Judiciário. Decerto, a crescente demanda judicial nesta área exigiu dos gestores respostas que esses já estavam acostumados a omitir. Não se trata de uma generalização em relação à gestão de saúde no Brasil, mas é evidente que as recentes condições dos serviços, sobretudo para a população mais carente, são muito precárias. Notícias não faltam sobre isso. Seria um exercício de clarividência tentar inferir se a tentativa de regulação da inserção do Judiciário na saúde trará mais benefícios aos pacientes.

A apropriação teórica do tema da judicialização e a análise empírica empreendida levam à percepção de que uma das condições para existência da judicialização da saúde no Brasil é a grande diferença entre a existência de direitos (criados pelo legislativo) e as práticas das políticas públicas de saúde. Trata-se, mais uma vez, da questão da materialização dos direitos formais. Desta forma, a atuação do Judiciário não significa necessariamente o

preenchimento de lacunas legais, mas sim da lacuna entre as leis as políticas. A questão que sobressai nesta atuação diz respeito às condições nas quais as demandas judiciais devem ser atendidas ou não. Esta é mais uma das questões que se voltam para o processo democrático e, portanto, cabe à própria sociedade responder.

Entende-se que o equilíbrio entre este ativismo cívico e um direito responsável seja a melhor saída para os dilemas apresentados por este fenômeno. No entanto, esta ilação puramente teórica serve apenas como referência para análises futuras, e não como proposta. Tal equilíbrio dependeria de um consenso coordenado entre magistrados, pacientes, gestores, indústrias, advogados, profissionais de saúde, etc. Enfim, este é um jogo com muitos participantes e muitas regras distintas, o qual depende de aspectos conjunturais e estruturais do SUS. A única inferência que se ousa fazer é a de que melhores serviços públicos de saúde seriam suficientes para tornar a judicialização um problema menor para a gestão do SUS.

Não se acredita que a limitação dos princípios constitucionais e, por conseqüência, a limitação do direito à saúde – inscrito com muita luta na Carta Constitucional – seja necessária para resolver o problema das demandas judiciais em saúde. Este seria um passo muito perigoso para a recente democracia brasileira. Talvez um primeiro posicionamento importante fosse o reconhecimento de que a judicialização da saúde não é um problema, e sim um efeito de diversos problemas construídos ao longo das últimas décadas.

As falas na Audiência Pública da Saúde demonstraram que existem muitos interesses em luta e diversas formas de se encarar a questão da judicialização, demonstrando, acima de tudo, como este processo já está internalizado na sociedade. O levantamento das Adins na área da saúde mostrou como e por quem este instrumento jurídico vem sendo utilizado, e quais os resultados práticos que têm sido alcançados. A análise mais aprofundada das Adins, por sua vez, evidenciou outras questões de fundo que dizem respeito à judicialização da saúde, mas que não aparecem nos discursos públicos, são manifestas apenas nas disputas de interesses presentes nos textos das partes que compõem estas ações. Como bem ressaltaram Vianna et al (1999, p.260), as discussões que envolvem o Poder Judiciário são questões públicas, “não podem ser confinadas as discussões de especialistas, nem ser objeto de monopólio de seus profissionais”.

Por fim, resta enfatizar a importância de estudos teóricos sobre este tema, na medida em que um olhar de fora (nem gestor, nem juiz, nem paciente) permite compreender os

arranjos e rearranjos dos fatores extrajudiciais, ou seja, daquilo que está para além do processo jurídico. Identificaram-se, ao longo desta tese, diversos atores e instituições que estão estritamente ligados a este processo; apontaram-se alguns de seus interesses e estratégias de legitimação. Isto, no entanto, diz respeito a um momento histórico muito específico. A próxima década será crucial tanto para o amadurecimento da atuação do Poder Judiciário nesta área, quanto para a ampliação dos direitos de cidadania e a melhoria da qualidade dos serviços do SUS. Cada dia mais, a sociedade exige que os direitos abstratos, inscritos na Constituição, materializem-se em suas vidas cotidianas, reduzindo o nível das assimetrias sociais presentes no Brasil. As estratégias para esta materialização são muitas, a judicialização é apenas mais uma delas.

Permanece aberta, portanto, a questão da abrangência dos resultados desta estratégia. Ainda não é possível afirmar que sua generalização pela sociedade brasileira seja suficiente para transformar os rumos das políticas no país. Não se sabe sequer se o Poder Judiciário estará aberto ao aumento desta demanda. O fato é que a saúde foi pioneira na ampliação e larga utilização desta estratégia. Diferentemente das lutas passadas no setor saúde, a judicialização tem um caráter individualizado, o que leva a acreditar que não seja capaz de sozinha transformar a política de saúde no Brasil. A democracia, via participação coletiva, se mostrou capaz de alterar substancialmente a sociedade e o Estado. Resta saber se essa alteração qualitativa na forma de luta alcançará os mesmos resultados alcançados, por exemplo, na década de 1980.

De qualquer maneira, reforça-se, a judicialização é um efeito da própria democracia e somente possível num contexto de políticas universalistas. Por isso, discutir a limitação da judicialização pode significar uma limitação da própria democracia. Certamente não é isso que se quer. O que está em jogo, portanto, é uma concepção de Estado e de sociedade. Tal concepção, criada num contexto coletivo, talvez não sirva mais para a realidade atual, de refluxo das forças sociais e ampliação do Poder Executivo. Pensar nos efeitos da judicialização requer um amplo debate público sobre a atual conformação do Estado, da organização federativa, da carta de direitos e, sobretudo no caso da saúde, sobre a qualidade e amplitude dos serviços de saúde. Como se apontou em alguns momentos ao longo desta tese, a judicialização não é a causa do atual quadro em que se encontra a saúde pública brasileira, e sim um resultado dessas condições.

REFERÊNCIAS

- ABRÚCIO, F. L. Descentralização e Coordenação Federativa no Brasil: lições dos anos FHC. 2002. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fTextoFernandoAbrucio1Descentraliza.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2009.
- ARANTES, R. B. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 1997.
- ARANTES, R. B. Direito e Política: o Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v.14, n.39, p.83 a 102, 1999.
- ARRETCHE, M. *Estado Federativo e Políticas Sociais: determinantes da descentralização*. São Paulo: Fapesp/Revan, 2000.
- ARRETCHE, M. Federalismo, políticas e instituições: o Brasil em perspectiva comparada. (In) DINIZ, E. (Org). *Globalização, Estado e Desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p.263 a 300.
- ARRETCHE, M. Continuidades e Descontinuidades da Federação Brasileira: De como 1988 Facilitou 1995. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, V. 52, n. 2, p. 377 a 423, 2009.
- ASSIS, A. de. (Org). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Sapucaia do Sul/RS: Notadez. 2007.
- BAPTISTA, T. W. de F. Análise das portarias ministeriais da saúde e reflexões sobre a condução nacional da política de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23(3):615-626, 2007.
- BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2006.
- BOBBIO, N. *A Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: UNB, 1989.
- BOBBIO, N. *A Era dos direitos*. São Paulo: Editora Campus, 1992.
- BODSTEIN, R. C. A cidadania e modernidade: emergência da questão social na agenda pública. *Cad. Saúde Pública*, v. 13, n. 2, p. 185-204, 1997.
- BORGES, D. da C. L. *Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005*. Dissertação de Mestrado. Ensp/Ficruz – Rio de Janeiro, 2007.
- BOURDIEU, P. *O poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BOSI, M. L. M.; AFFONSO, K. C. Cidadania, participação popular e saúde: com a palavra, os usuários da rede pública de serviços. *Cadernos de Saúde Pública*, v.14, n.2, p.355 a 365, 1998.

BRASIL. *Lei n. 5869*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 24 set. 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2008.

BRASIL. *Lei n. 8429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 jul. 2008.

BRASIL. *Lei n. 9313*, de 13 de Novembro de 1996. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei9313.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2008.

BRASIL. *Lei n. 9868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em 12 ago. 2008.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n.338* (Senador Flávio Arns) de 13 de junho de 2007. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81517>. Acesso em 20 abr. 2008.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n.219* (Senador Tião Viana) de 20 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.tiaooviana.com/index.php?option=com_content&task=view&id=302&Itemid=34>. Acesso em: 20 abr. 2008.

BRASIL. *Regimento Interno do STF*. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_janeiro_2010.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2010.

CAMPELLI, M. G. R.; CALVO, M. C. M. O cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 7, p.1613-1623, jul, 2007.

CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, E. R. de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, n.23, p.115 a 126, 2004.

CASTRO, M. F. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.12, n. 34, p. São Paulo, 1997.

CECONELLO, Douglas. Sistema de Saúde se tornou judicializado. *Diário da Justiça/RS*, Porto Alegre, p.1, 24 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www3.tj.rs.gov.br/site_php/>

noticias/ mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=28072&PHPSESSID=440e83f1035ecf4ef134edb24b829798>. Acesso em: 26 out. 2009.

CITTADINO, G. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, L. W. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

COHN, A. Estado e sociedade e as reconfigurações do direito à saúde. *Ciência e Saúde Coletiva*, v.8, n. 1, p. 09-18, 2003.

COHN, A.; NUNES, E.; JACOBI, P. R.; KARSCH, U. S. *A Saúde Como Direito e Como Serviço*. São Paulo: Cortez, 1999.

COSTA, A. A. R.; DODGE, R. E. F. O Ministério Público e o Direito à Saúde. *Conjunt. Saúde*; v.20, 1995.

DAGNINO, E. Cultura e democracia: a transformação dos discursos e práticas na esquerda latino-americana. In: ALVAREZ, S. E.; DAGNINO, E.; ESCOBAR, A. (Org.). *Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos: novas leituras*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

DAIN, S. *Do direito social à mercadoria*. Tese apresentada para concurso de professor titular do Instituto de Medicina Social da UERJ. Rio de Janeiro: IMS/Universidade do Estado do Rio de Janeiro; 2000. (mimeo).

DAIN, S. Os vários mundos do financiamento da Saúde no Brasil: uma tentativa de integração. *Ciência & Saúde Coletiva*, 12 (Sup):1851-1864, 2007.

DALLARI, S. G. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, S. G., ADORNO, R. C. F., Faria, M. M. et al. O direito à saúde na visão de um conselho municipal de saúde. *Cad. Saúde Pública*, v.12, n.4, 1996.

DALLARI, S. G. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Rev. Saúde Pública*, vol.22, n.4, p.327 a 334, 1998.

DA-ROS, L. Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007). *Anais do XXVIII International Congress of the Latin American Studies Association*. 2009.

EISENBERG, J. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, L. W. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ELAZAR, D. J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa, AL: University of Alabama, 1987.

FARIA, J. E. (Org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FIGUEIREDO, A. C. & LIMONGI, F. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

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

FLEURY, S. M. – Políticas sociais e cidadania na América Latina. In: CANESQUI, A. M., *Ciências Sociais e Saúde*. Editora HUCITEC/ABRASCO, São Paulo, 1997.

FREUND, J. *A sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Ed. Forense-Universitária, 1980.

GOUVÊA, M. M.. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. *Revista Forense*, v, 370, p. 103 a134. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HIRSCHL, R. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v.75, p.721-754. 2006.

KOERNER, A. *Direito e Modernização Periférica: Por uma Análise Sócio-Política do Pensamento Jurídico Constitucional Brasileiro Pós-1988*. Trabalho apresentado no XXIX Encontro Anual da Anpocs, Caxambu, 2005.

LEITE, S. N. et al. Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC. *Rev. Direito Sanit.* [online]. V. 10, n.2, p. 13 a 28, 2009.

LEIVAS, P. G. C. *A Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais*. Dissertação de Mestrado, UFRGS – Porto Alegre, 2002.

LIJPHART, A. *Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LIMA, L. D. de. *Federalismo, Relações Fiscais e Financiamento do Sistema Único de Saúde: a distribuição de receitas vinculadas à saúde nos orçamentos municipais e estaduais*. Tese de Doutorado. IMS/UERJ – Rio de Janeiro, 2006.

MACHADO, C. V. *Direito universal, política nacional: o papel do Ministério da Saúde na política de saúde brasileira de 1990 a 2002*. Tese de Doutorado. IMS/UERJ – Rio de Janeiro, 2005.

MACHADO, F. R. de S. *Direito à Saúde, Integralidade e Participação: um estudo sobre as relações entre Sociedade e Ministério Público na experiência de Porto Alegre*. Dissertação de Mestrado. IMS/UERJ – Rio de Janeiro, 2006.

MACHADO, F. R. de S. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista do Direito Sanitário*, v.9, n.2, p.73 a 91, 2008.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MARANHÃO, T. de P. A. Quando o Supremo Tribunal Federal Discorda do Presidente da República (1988-2001). Dissertação de Mestrado. UNB – Brasília, 2003.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Rev Saúde Pública*, v.41, n.1, p.101 a 107, 2007

MATTOS, R. A. de. Os Sentidos da Integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendidos. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ, 2001.

MAZZILLI, H. N. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELAMED, C., RIBEIRO, M. R. O Inquérito Civil Público da Saúde. *Conjunt. Saúde*; v.20, 1995.

MESSEDER, A. M.; OSORIO-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. *Cadernos de Saúde Pública*, v.21, n.2, p.525 a 534, 2005.

MOURA, E. C. Direito à Saúde: O Papel de Diferentes Sujeitos Sociais no Exercício da Cidadania. *Saúde e Sociedade*, v.5, n.1. 1996.

NOGUEIRA, V. M. R., PIRES, D. E.P. Direito à Saúde: Um Convite à Reflexão. *Cad. Saúde Pública*, v. 13, n.2. 1997.

NONET, P.; SELZNICK, P. *Toward Responsive Law*. New York: Octagon Books, 1978.

OLIVEIRA, E. C. Chaïm Perelman e a questão da argumentação. *Cientefico*. Ano VII, v. II, p.267-271, 2007. Disponível em: <http://www.frb.br/ciente/ensaio/ensaio_oliveira1.pdf>. Acesso em 22 dez. 2009.

OLIVEIRA, V. E. de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559 a 587, 2005.

PACHECO, C. C. Supremo Tribunal Federal e a Reforma do Estado: as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins) julgadas no primeiro mandato do Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998). *6a ABCP – Conferência da Associação Brasileira de Ciência Política*, Unicamp, Campinas, SP, Julho de 2008.

PAIM, J. S. A Reforma Sanitária e a municipalização. *Saúde e Sociedade*, v. 1, n. 1, p. 29-47, 1992.

PELLEGRINI, Bárbara. O discurso do gestor federal no processo de descentralização política: obstáculos à municipalização do SUS. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, Abr. 2007.

PEREIRA, J. R. *Análise das demandas judiciais solicitando medicamentos encaminhados à diretoria de assistência farmacêutica da Secretaria de Estado de Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004*. Dissertação de Mestrado. UFSC – Florianópolis, 2006.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PRADO, S. Distribuição Intergovernamental de Recursos na Federação Brasileira. In: REZENDE, F.; OLIVEIRA, F. A. (Orgs). *Descentralização e Federalismo Fiscal no Brasil: desafios da reforma tributária*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003a. p.41 a 125.

PRADO, S. Partilha de Recursos e Desigualdades nas Federações: o enfoque metodológico. In: REZENDE, F.; OLIVEIRA, F. A. (Orgs). *Descentralização e Federalismo Fiscal no Brasil: desafios da reforma tributária*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003b. p.273 a 331.

RITT, E. *O Ministério Público como Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

REGADAS, J. V. *A democracia e seus inimigos: um estudo sobre os conceitos de bonapartismo e totalitarismo*. Dissertação de Mestrado. IUPERJ – Rio de Janeiro, 2008.

SADEK. M. T.(Org). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré/Idesp, 2000.

SADEK. M. T. (Org). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCATENA, João Henrique Gurtier; TANAKA, Oswaldo Yoshimi. Os instrumentos normalizadores (NOB) no processo de descentralização da saúde. *Saude e Sociedade*, São Paulo, v. 10, n. 2, Dec. 2001.

SILVA, C. A. Promotores de Justiça e Novas Formas de Atuação em Defesa de Interesses Sociais e Coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v.16, n.45, p.127-144, 2001.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, J. P. V. da. *Gestão Compartilhada e Construção da Integralidade da Atenção no Sus: a experiência da 4ª Região Sanitária do Estado Do Rio Grande Do Sul*. Dissertação de Mestrado: IMS/UERJ – Rio de Janeiro, 2003.

SILVA, P. F.; WAISSMANN, W. Normatização, o Estado e a Saúde: Questões sobre a Formalização do Direito Sanitário. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.10, n.1, p. 237-244, 2005.

SILVEIRA, D. B. da. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 27, p.171-179, 2006 .

SOLLA, J. J. S. P.; COSTA, E. A. Evolução das transferências financeiras no processo de descentralização da Vigilância Sanitária no SUS. *Revista Baiana de Saúde Pública*, v. 31, p. 161-177, 2007.

SOUZA, C. Intermediação de Interesses Regionais no Brasil: O Impacto do Federalismo e da Descentralização. *Dados [online]*, vol.41, n.3, 1998. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52581998000300003&script=sci_arttext>. Acesso em 23 out. 2009.

SOUZA, C. Federalismo, Desenho Constitucional e Instituições Federativas no Brasil Pós-1988. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 24, p. 105-121, 2005.

SOUZA, R. R. de. A regionalização no contexto atual das políticas de saúde. *Ciência e Saúde Coletiva*, São Paulo, v. 6, n. 2, 2001.

STEPAN, Alfred. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: federações que restringem ou ampliam o poder do Demos. *Dados [online]*, vol.42, n.2, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000200001&lng=pt&nrm=isso>. Acesso em 27 maio 09.

SCHWARTZ, B. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1984.

TAYLOR, M. M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229 a 257, 2007.

TAYLOR, M. M.; DA-ROS, L. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *6a ABCP – Conferência da Associação Brasileira de Ciência Política*, Unicamp, Campinas, SP, Julho de 2008.

TATE, C. N. Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Org) *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, London: New York University Press, 1995.

TELLES, V. S. *Direitos sociais: afinal do que se trata?* Belo Horizonte: UFMG, 1999.

TOCQUEVILLE, A. *A Democracia na América*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1987.

TORRES-FERNANDES, M. C. *Ministério Público em São Paulo: Eficácia da Função Institucional de Zelar pelo Direito à Saúde*. Dissertação de Mestrado, USP – São Paulo, 1999.

VALLINDER, T. When The Courts Go Marching In. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Org) *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, London: New York University Press, 1995.

VERÍSSIMO, M. P. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese de Doutorado, USP – São Paulo, 2006.

VIANA, A. L. D.; LIMA, L. D. de.; OLIVEIRA, R. G. de. Descentralização e federalismo: a política de saúde em novo contexto – lições do caso brasileiro. *Ciência & Saúde Coletiva*, n. 7, v. 3, p. 493-507, 2002.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R de; MELO, M. P. C; BURGOS, M. B. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B. Revolução processual do Direito e democracia progressiva. In: VIANNA, L. W. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B. Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 777 a 843, 2005

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezessete anos de judicialização da política. *Cadernos CEDES*, n.8. Rio de Janeiro, 2006.

VIANNA, L. W. O ativismo judicial mal compreendido. *Boletim CEDES* [on-line], Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.cedes.iuperj.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.

VIERIA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*; v. 41, n.2, p.214-22, 2007.

VIEIRA, F. S. Ações Judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev Saúde Pública*; v.42, n. 2, p.365 a 369, 2008.

WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. 1. Brasília: Editora UnB, 2000.

WERNER, P. U. P. O direito universal e o direito público subjetivo à saúde – o desafio de compreender um direito com duas faces. *Revista do Direito Sanitário*, v.9, n.2, p.92 a 131, 2008.

APÊNDICE A – Posicionamento em relação ao fenômeno da judicialização da saúde

1. Favorável ⁹⁸	Antonio Fernando Barros e Silva de Souza
	Procurador-Geral da República
<p>“O direito do cidadão não pode ser limitado pela omissão da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, restringindo-se o direito às políticas públicas existentes, quando os medicamentos e procedimentos listados não se demonstram eficazes à preservação da saúde e da vida. Nestes casos, é imperioso que o Poder Judiciário tutele o direito à saúde na omissão da União, Estados e Municípios em fornecer os medicamentos e procedimentos necessários para o tratamento de toda e qualquer enfermidade, ainda que não constem da listagem oficial do Ministério da Saúde e/ou não sejam, atualmente, fornecidos pelo SUS”.</p>	
2. Favorável	Leonardo Lorea Mattar
	Defensor Público-Geral da União
<p>“Senhores, nesse contexto, parece-me que os argumentos, eventualmente apresentados nesta Audiência Pública, contrários ao reconhecimento da garantia do direito à saúde a cada um dos brasileiros e a todos eles não devem ser acolhidos. O que nós devemos discutir nesta Audiência Pública, partindo da premissa da existência do direito constitucional garantido a todos os brasileiros, é como fazê-lo da melhor maneira possível. Como o Poder Judiciário e como o sistema de Justiça podem e devem intervir quando a Administração Pública não consegue, de forma plena, cumprir o seu dever constitucional.”</p>	
3. Favorável	Flávio Pansiere
	Representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
<p>“Quanto ao segundo ponto que quero atacar aqui, que é a obrigação do Estado de custear a prestação de saúde não abrangida pelas políticas públicas existentes. Neste caso, não se pode olvidar do direito a prestações sociais para os quais não existem políticas públicas, pois, como já é do conhecimento de todos, políticas públicas em regra não abrangem todos os tratamentos clínicos previstos em razão de avanços tecnológicos, ou, em alguns casos, por insuficiência de recursos. Não se pode impor limite à garantia do direito à saúde, desde que, fundado por protocolos clínicos, garantindo a todos o acesso a essa prestação do direito à saúde”.</p>	
4. Favorável	Marcos Salles
	Representante da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB
<p>“A Associação dos Magistrados Brasileiros, entidade que congrega catorze mil magistrados entre juízes, desembargadores, ministros - ativos e inativos -, comparece a esta Audiência Pública não com o propósito de potencializar divergência - sei, já são muitas, e estamos aqui testemunhando essa quantidade de divergência -, mas vem, sobretudo, com a preocupação de que, a pretexto de se corrigir distorções, não se venha restringir a atuação do magistrado, em todos os seus níveis, e do Poder Judiciário como um dos poderes da República”.</p>	

⁹⁸ Ao localizar cada orador como sendo favorável às demandas judiciais, não se está afirmando que sejam favoráveis à forma como a judicialização da saúde vem ocorrendo hoje. Pode-se dizer que existem três posições no grupo dos favoráveis: 1) os favoráveis a que a justiça dê tudo o que for demandado; 2) os favoráveis a que o Judiciário observe os protocolos do SUS existentes; e 3) os favoráveis à observação dos protocolos, mas que aceitam que se analise os casos omissos nesses protocolos.

5. Favorável	Ingo W. Sarlet Professor Titular da PUC/RS e Juiz de Direito
<p>“Hoje mesmo, adeptos à judicialização reconhecem - eu pessoalmente sou um adepto à judicialização, todos sabem, quem acompanha a posição acadêmica - que é necessário superar a era dos extremos, tanto a rejeição da mera programaticidade é necessária quanto também rejeitar e controlar o famoso “pediu-levou”, não importa quem pediu, o que pediu, as conseqüências da decisão. A busca, portanto, de uma conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas as dimensões”.</p>	
6. Favorável	Carlos Alberto Menezes Direito Ministro do Supremo Tribunal Federal
<p>“nós não podemos deixar de considerar a realidade completa da demanda que é feita aos juízes de primeiro grau. É muito fácil nós teorizarmos, mas é muito fácil mesmo. O difícil é pôr naquele momento, naquela situação, que decisão tomar diante da gravidade do caso que se apresenta. E muitas vezes não há sequer tempo para a realização de qualquer perícia ou de qualquer cuidado maior. Quantas vezes um juiz, na madrugada, se vê diante de um laudo médico reconhecido com todos os critérios de avaliação, obrigado a tomar uma decisão de internação. E quantas vezes esses juízes, com bom-senso e com equilíbrio, determina essa internação, mas submetem, por exemplo, no caso de internação em CTI, ao chefe do CTI para que ele tenha de fazer, quem sabe, muitas vezes, uma escolha de Sofia. É um critério que nós temos de ter presente em vez de tomarmos decisões <i>ex abrupto</i>, que podem significar uma coação irresistível àquele que tem de prestar a jurisdição”.</p>	
7. Favorável	André da Silva Ordacgy Defensor Público Chefe da União Substituto
<p>“E nesse aspecto, no campo agora judicial, o Judiciário até tem se portado com grande prudência nas tutelas de saúde, como regra geral. Não estou querendo dizer que não existam exceções, mas como o próprio nome já diz: são exceções. Como regra geral - e aí posso citar o exemplo da Justiça Federal no Rio de Janeiro -, para a Defensoria Pública da União, agora, ajuizar uma ação de medicamentos precisa juntar o laudo médico, e nesse laudo médico, além da descrição da doença e do remédio que o médico está indicando, é necessário que indique também o princípio ativo daquele medicamento, para que haja possibilidade de fornecimento de um medicamento genérico ou um mais em conta. É preciso que o próprio jurisdicionado, através da Defensoria Pública, apresente três orçamentos de remédios. Então, existe todo um cuidado na concessão das tutelas de saúde, hoje, pelo Poder Judiciário. Obviamente – volto a frisar -, alguns excessos podem acontecer, mas isso não inviabiliza a sistemática de fornecimento de medicamentos via judicial”.</p>	

8. Favorável	Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira / Cátia Gisele Martins Vergara
	Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal / Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, Representantes da Associação Nacional do Ministério Público de Contas
<p>“Por essa razão, afirmamos que a crítica à judicialização que tenta caracterizar a intervenção judicial como usurpação do Poder Executivo pelo Poder Judiciário deve ser afastada prontamente. Rejeitamos o uso do termo judicialização como um estigma, para transformar ideologicamente a ação judicial, aos olhos da população, em um expediente sorrateiro e ilegítimo que solapa a política pública estabelecida pela vontade majoritária. Por que temos convicção nesta crença? Porque o Judiciário, na maior parte das ações judiciais de saúde, está apenas a determinar que a política pública de saúde democraticamente estabelecida seja cumprida em sua inteireza, ou, pelo menos, que as conseqüências da sua não execução fiel sejam minoradas”.</p>	
9. Favorável	Osmar Gasparini Terra
	Presidente do Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS
<p>“Quero dizer, aqui, que os Secretários Estaduais de Saúde defendem as ações judiciais que trabalham com os procedimentos previstos cientificamente e em todas as legislações existentes. Ninguém aqui é contra as ações judiciais. Só não podemos concordar com a forma como se está trabalhando hoje, desorganizando o sistema, aumentando a despesa com medicamentos que simplesmente não fazem efeito, com uma extrapolação do que realmente deve ser feito no atendimento para a nossa população”.</p>	
10. Favorável	Jairo Bisol ⁹⁹
	Promotor de Justiça do MP do DF e representante da AMPASA
<p>“é impossível, a nosso ver, fazer prevalecer a efetividade do direito da saúde coletivamente considerado, com a supressão do direito individual e das competências jurisdicionais que lhe dão garantia”.</p>	
11. Favorável	Geraldo Guedes
	Representante do Conselho Federal de Medicina
<p>“O CFM entende que a sua contribuição ao debate, ora em andamento, visa essencialmente à garantia do direito à assistência à saúde e suas repercussões no Judiciário quando esses mesmos direitos não se efetivam. Não nos cabe discutir a política do possível, apesar de entendermos ser essa uma tarefa sobre a qual os gestores têm que se debruçar. O CFM tem por dever legal, em cumprimento à Lei nº 3.268, mas, principalmente, por convicções éticas e morais, a missão de defender o cidadão, nosso paciente, enfim, defender a sociedade”.</p>	
12. Favorável	Luiz Alberto Simões Volpe
	Fundador do Grupo Hipupiara Integração e Vida
<p>“represento nesta Audiência meu pai e minha mãe, que estão assistindo a esta transmissão tremendamente angustiados, como angustiados estão, há alguns anos, desde que surgiram os rumores de que não seria mais possível acessar a Justiça para a obtenção de medicamentos. Isso porque, Senhor Presidente, por duas vezes, eu tive necessidade de recorrer à via judicial para conseguir medicamentos: uma vez em 2002, para o medicamento Kaletra, e outra, em 2007, para o medicamento Darunavir.”</p>	

⁹⁹A fala do Dr. Jairo Bisol enfatiza a necessidade de defesa dos direitos coletivos, não se prende aos aspectos individuais.

13. Favorável	Sueli Gandolfi Dallari
	Representante do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário
<p>“Isso significa afirmar que as ações que compõem a política de saúde se traduzem em atos normativos – têm que se traduzir em atos normativos, porque vivemos em um Estado de Direito –, mas elas também exigem a participação popular, porque essa é a única forma de se garantir o direito justo. Vivemos em um Estado democrático – nosso Estado é democrático de Direito. Sobretudo, exige-se que exista controle judicial em todas as fases dessa política pelo Poder Judiciário. Todos os elementos da política têm que ser controlados pelo Poder Judiciário”.</p> <p>“o que queremos é aumentar a participação do Judiciário na garantia do direito à saúde, mas o que não queremos é transformar o juiz em médico ou gestor público. Nós queremos que ele seja um operador do Direito do Século XXI; que ele verifique, portanto, a adequação de cada ato normativo que compõe a política de saúde, a Constituição e as leis – como acaba de ser lembrado pela colega que me antecedeu”.</p>	
14. Favorável	Leonardo Bandarra
	Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do MP dos Estados e da União
<p>“A judicialização mais que uma causa é o efeito de um determinado estado de coisas. Apesar das imperfeições, o nível de assistência farmacêutica que conseguimos alcançar o foi com a participação fundamental da magistratura. Ela não é produto da natureza das coisas ou do acaso, é uma dura e inestimável e consciente conquista da sociedade”.</p>	
15. Favorável	Jorge André de Carvalho Mendonça
	Juiz da 5ª Vara Federal de Recife
<p>“Com relação especificamente à matéria de tratamento de saúde, realmente o número de liminares é bem maior – isso comparado ao grande número de questões que são submetidas ao Poder Judiciário -, mas essa concessão não é própria apenas dos juízes de primeiro grau. Eu tive o cuidado de fazer uma pesquisa nos tribunais regionais federais e percebi que, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, da 2ª Região, da 3ª Região e da 5ª Região, nos anos de 2008 e 2009, todas as liminares concedidas pelos juízes foram confirmadas no segundo grau. Apenas o TRF da 4ª Região é o único que vem trazendo algumas limitações às concessões de liminares pelos juízes de primeiro grau. Então, não é uma irresponsabilidade da primeira instância quando, várias vezes, concede algumas liminares, seja em matéria de medicamento, seja em outra matéria qualquer – até porque, neste caso específico, estou mostrando aqui que, nessa pesquisa feita na Internet, as decisões estão sendo confirmadas”.</p>	
16. Favorável	Luís Roberto Barroso
	Representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios
<p>“No caso de descumprimento das regras vigentes do sistema, a judicialização é inevitável e necessária”.</p>	

17. Favorável	Valderilio Feijó Azevedo
	Representante da Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos
<p>“Temos, aqui, um exemplo contundente de uma paciente também do nosso serviço, portadora de artrite psoriática, com grave lesão de pele, e que, depois de doze semanas de uso de uma droga imunobiológica, vinte e quatro semanas após pode-se ver a diferença do impacto. Ela usava todas as drogas que estão dentro do protocolo do Ministério da Saúde, e teve que adquirir essa droga por ação judicial – por judicialização. Então, nós não discutimos, aqui, se é benéfico ou não, o nosso interesse é defender o interesse do paciente que, como médicos, atendemos”.</p>	
18. Favorável	Heloisa Machado de Almeida
	Representante da ONG Conectas Direitos Humanos
<p>“E, por fim, o quinto ponto é de que, neste cenário de uma Constituição generosa e de um País com recursos escassos, o Judiciário, ativo, independente e transparente, uma vez desafiado a pronunciar-se sobre essas questões, não deve se furtar a fazer valer a Constituição para todos e para cada um, impondo aos gestores públicos o dever, ou, ao menos, o constrangimento e o desafio de analisar o tema do acesso a medicamentos em sua completude, adotando não só políticas de saúde, mas, também, políticas industriais e econômicas que façam dos direitos sociais algo mais que um mero enunciado ou, nos dizeres dessa própria Corte, de uma mera promessa constitucional inconseqüente”.</p>	
19. Favorável	Paulo Menezes
	Presidente da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar
<p>“Lamentavelmente, os medicamentos que desempenham esse importante e crucial papel no tratamento da hipertensão arterial pulmonar não estão na lista do Ministério da Saúde e, hoje, só são conseguidos graças ao Poder Judiciário que compele o Estado a cumprir o seu dever constitucional (e ético) de garantir a vida dos seus concidadãos”.</p>	
20. Favorável	Josué Félix de Araújo
	Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacaridoses
<p>“Fala-se que ações judiciais têm promovido aplicação inadequada de recursos públicos. Então por que, para acabar com isso, o SUS não elabora uma política para doenças raras e para medicamentos excepcionais, para drogas órfãs? Por que o SUS insiste em desobedecer ao Texto Constitucional? Por quanto tempo mais teremos que sofrer? Quantas crianças mais terão que morrer? A falta de reposição enzimática em pacientes acometidos por mucopolissacaridose, entre outros agravantes, leva ao óbito prematuro. Tal terapia produz melhora significativa da qualidade de vida e expectativa de vida, promovendo a diminuição dos agravos e da síndrome. Essa é a opinião de pelo menos duzentos geneticistas no Brasil. Esses geneticistas que tratam dessas síndromes também sofrem com a falta da assistência do SUS, que nem o diagnóstico confere aos portadores de mucopolissacaridose”.</p>	

21. Favorável	Sérgio Henrique Sampaio
	Presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose
<p>“Senhor Presidente, tenho um filho portador de fibrose cística, doença genética, progressiva, potencialmente fatal, que necessita de tratamento contínuo e de alto custo. Foram anos de lutas e humilhações na busca de nosso direito constitucional. Não medimos esforços, pois lutamos pelo bem mais precioso de qualquer cidadão: a vida. Estamos acompanhando esta Audiência com muita preocupação, pois, como demonstraremos a seguir, somos testemunhas de uma grande manobra do Poder Executivo brasileiro, que tenta limitar a integralidade e a universalidade do atendimento à saúde da população brasileira. cremos que, caso venha o Poder Executivo a lograr êxito, estará o Brasil determinando um grande extermínio de pessoas, um “homicídio coletivo autorizado”. Não queremos questionar ninguém em sua pessoalidade, mas sim em sua institucionalidade. Preocupou-nos muito as afirmações colocadas nesta Audiência pelo Doutor Osmar Terra: “O CONASS e os secretários de Saúde são favoráveis à judicialização da saúde...” Perguntamos: qual o sentido dessa declaração e para que finalidade? Podemos comprovar que a judicialização não se iniciou por autoria da sociedade civil brasileira, visando obter vantagens e benefícios outros senão o da real necessidade de preservação da vida. Essa judicialização não passa de uma sórdida manobra construída pelo próprio Poder Executivo, com a regência do CONASS”.</p>	
22. Favorável	José Getulio Martins Segalla
	Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica
<p>“Concluindo, senhores. Como é fato público, todos sabemos que figura do alto escalão do Governo recentemente foi diagnosticada com linfoma de célula B, fez estadiamento usando exame PET/CT, iniciou o tratamento quimioterápico com a droga Rituximab, que garante 20% a mais de chance de não volta da doença. Seu plano de saúde cobriu todos esses procedimentos. Se fosse realizado pelo SUS, não os faria, o que hoje é a triste realidade para a maior parte da população brasileira. Ministro Menezes Direito, enquanto os governantes não demonstrarem intenção de corrigir o subfinanciamento, de corrigir as tabelas e processos de aprovação e incorporação de novas tecnologias, inclusive fomentando pesquisas clínicas para o SUS, o povo brasileiro continuará contando com a Justiça para fazer valer o seu direito de acesso à saúde”</p>	
23. Favorável	Antonio Barbosa da Silva
	Representante do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos
<p>“O mal da saúde no Brasil não reside no fato de que uma parcela da população sofre de males que necessitam de tratamentos caros e raros. O erro encontra-se, no entanto, no fato de que não temos uma política de medicamentos que garanta nem mesmo os tratamentos básicos, inviabilizando também os de alto de custo”.</p> <p>“Nós do IDUM não aceitamos que qualquer ser humano seja excluído do coletivo apenas porque tem doenças raras com tratamentos raros. Esses também fazem parte do sistema de saúde, e excluí-los seria uma nova forma de genocídio”.</p>	

24. Favorável	Ciro Mortella
	Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica
“Apenas mais duas questões, Sr. Presidente: ainda que consigamos estabelecer as mais eficientes e as melhores normas e o melhor sistema de incorporação de tecnologia, ainda que consigamos as mais transparentes normas, nós defendemos que o paciente tenha a possibilidade de buscar na Justiça a garantia de seu direito ao melhor atendimento. Isso porque haverá exceções, haverá casos não contemplados pelo melhor trabalho que consigamos fazer. E, nesse caso, o paciente deve, sim, encontrar na Justiça, a garantia do seu melhor tratamento”.	
25. Favorável	Débora Diniz
	Fundadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS
“Analisando o modelo de política de assistência farmacêutica no Brasil e seu desenho em comparação aos outros países com sistemas universais semelhantes ao nosso, lanço a tese de que temos ferramentas suficientes para enfrentar o desafio do justo por meio da política pública, sem restringir o caminho da judicialização aos casos em que efetivamente a política venha a se caracterizar como injusta”.	
26. Favorável	Vitore Maximiano
	Defensor Público SP
“Nós não diminuimos a importância da judicialização. Ela pode ser decisiva. Nós continuamos entrando com as ações, porque ainda há conflitos nos interesses defendidos pela Secretaria e nos interesses do paciente, que é natural e saudável em uma democracia, pois os conflitos existem e quem dá a palavra, em última instância, é o Poder Judiciário. E as questões que não são resolvidas pela via administrativa são levadas ao Judiciário. Então, não queremos, com a busca de uma solução alternativa, diminuir a importância da judicialização”.	
27. Favorável	Maria Helena Barros de Oliveira
	Representante da FIOCRUZ
“Assim, é necessário que usemos um termo forte, é necessária a apropriação do Poder Judiciário da compreensão das políticas públicas para a saúde e, também, é necessário que o Poder Executivo aproprie-se da compreensão do papel inafastável do Poder Judiciário de aplicar o direito à saúde”.	

1. Contrário	José Antônio Dias Toffoli
	Advogado-Geral da União
“Os recursos estatais para a efetivação desse direito social são finitos, de modo que a judicialização indiscriminada no fornecimento de medicamentos à população, geralmente em sede de cognição sumária, representa sério risco à organização e ao planejamento das políticas públicas para a área da saúde. É isso o que a União vem defendendo em juízo, que há uma interferência do Poder Judiciário junto às políticas públicas na área de saúde”	

2. Contrário	Alberto Beltrami Secretário de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde
<p>“O segundo questionamento que se coloca em torno dessa questão é que, se nós tivéssemos mais recursos para a saúde, nessas circunstâncias, nós incorporariamos todas as tecnologias, todos os insumos, todos os medicamentos que têm sido objeto de demandas judiciais, e que frequentemente o SUS tem-se visto obrigado a prover individualmente e, muitas vezes, incorporar acriticamente? A resposta a esse questionamento é também simples e direta: não, não incorporariamos tudo. Incorporariamos apenas aquelas tecnologias, insumos e medicamentos que não fossem experimentais, que tivessem fortes evidências científicas em torno de sua segurança, eficiência e eficácia, e que guardassem uma estreita e adequada relação custo/benefício e custo/utilidade. E isso, senhores, é o que nós temos feito no SUS, o Ministério da Saúde e os gestores estaduais e municipais.”</p> <p>“O processo de incorporação [de tecnologias] não pode se curvar a pressões corporativas, industriais e mercantis, que muitas vezes manipulam a esperança dos que sofrem e, valendo-se da boa-fé de doentes e juizes, provocam equívocos que prejudicam pessoas, desperdiçam recursos públicos e acabam por expor o País.”</p>	
3. Contrário	Antônio Carlos Figueiredo Nardi, Presidente do CONASEMS
<p>“Foi mencionado neste fórum que alguns juizes de Primeira Instância têm tido dificuldade no julgamento inicial, pois nem sempre dispõem de informações e conhecimento para tomar decisões imediatas, o que os leva a encaminhar aos gestores municipais para que providenciem exames e terapias especializadas que extrapolam as suas competências. De outro lado, temos também dificuldades com os gestores municipais de inúmeros municípios, de pequeno e médio porte, que não têm conhecimento acumulado, nem como recorrer a especialistas em determinados diagnósticos e terapias e que são demandados a fornecê-los sob as penas da lei. Por vezes, o cumprimento de ordem judicial ou orientação do Ministério Público leva a que pequenos municípios arquem com despesas para um único usuário o que equivale ao recurso total destinado à atenção básica do seu município”.</p>	
4. Contrário	Agnaldo Gomes da Costa Secretário de Estado da Saúde do Amazonas
<p>“O Poder Judiciário tem recebido inúmeras demandas com descrição de situações clínicas dramáticas, relatando iminente ameaça à vida ou prejuízos irreversíveis à saúde do paciente se não atendida a pretensão do fornecimento de determinado medicamento ou tratamento. Os argumentos apresentados, muitas vezes, são tecnicamente questionáveis e sem sustentação científica robusta. Solicitam medicamento sem comprovação de eficácia e eficiência, sem a adequada relação custo/benefício e, às vezes, sem registro no Brasil; tratamentos sem reconhecimento do Conselho Federal de Medicina dentre outros casos. Ainda com fundamento em laudos questionáveis, o Judiciário, diante dessas situações, acaba por conceder, liminarmente, o acesso a esses medicamentos e tratamentos obrigando o gestor a fornecer-lhes mediante as mais variadas punições”.</p>	

5. Contrário	Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro
“Com esse sentimento de frustração, Senhor Presidente, os juízes se levam tentados a tomar medidas que acabam, de certa maneira, prejudicando ainda mais e dificultando ainda mais a gestão do sistema, além de serem medidas, com as vênias de estilo, de legalidade duvidosa. E, aí, começam os sequestros de verba pública, o bloqueio de verba pública, o sequestro de verbas nas contas do próprio secretário, a prisão de secretários de saúde, o que acontece muito nos municípios, mas também, às vezes, em Estado, a prisão, a ameaça de prisão, fazendo com que agentes públicos, muitas vezes médicos com anos de serviços prestados ao SUS, que estão se dedicando à vida pública, tenham de viver esse constrangimento permanente. Agora, já existem, também, ações de improbidade contra diligente por não terem alegadamente cumprido, naquele prazo, aquela entrega do medicamento”.	
6. Contrário	José Antônio Rosa Procurador-Geral do Município de Cuiabá e Representante do Fórum Nacional dos Procuradores-Gerais das Capitais Brasileiras
“da mesma forma, quando foi determinada a prisão, em Cuiabá, do Secretário Municipal de Saúde, porque nenhum hospital da rede, conveniado ou não conveniado, contratado ou não contratado, se dispôs a operar um paciente, que há mais de oito meses aguardava na fila, num município do interior, chegou à Capital com um pedido de urgência, era uma cirurgia no quadril, na base da coluna, de risco, e esse paciente – não sou médico, não sou da área –, segundo os médicos, estava debilitado. Precisava ser reequilibrado para, em seguida, fazer a cirurgia. E o juiz determinou que a cirurgia tinha de ser imediata. A internação e a cirurgia. Quando o Secretário informou, através de relatório, a este juiz que não seria possível a cirurgia, porque nenhum médico quis operá-lo de imediato, precisava, primeiro, interná-lo, reequilibrá-lo e, depois, fazer a cirurgia. A reação do juiz foi uma só: o juiz da Vara Pública do Estado de Mato Grosso determinou a prisão do Secretário. Com força policial indo até a Secretaria de Saúde, querendo algemar o Secretário; felizmente, não o fez”.	
7. Contrário	Paulo Ziulkoski ¹⁰⁰ Presidente da Confederação Nacional dos Municípios (CNM)
“o excesso de demandas judiciais na área da saúde decorre de um desconhecimento técnico, a nosso ver, a respeito das competências do Município e também pela proximidade deste para com a população”.	
8. Contrário	Ana Beatriz Pinto de Almeida Vasconcellos Gerente de Projeto da Coordenação Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde
“Os alimentos especiais não são medicamentos, não têm a finalidade de curar ou tratar. As ações judiciais estão relacionadas à dispensação obrigatória de alimentos especiais para doenças de menor gravidade; as prescrições de alimentos especiais estão baseadas nas prescrições de marca comercial, sem nenhuma ou qualquer indicação opcional para o paciente; as ações judiciais estão apoiadas apenas na prescrição de alimentos especiais sem associação desta com avaliações da saúde, de nutrição, como determina a boa prática da nutrição clínica”.	

¹⁰⁰ A fala do representante do CNM questiona que as ações sejam endereçadas para os Municípios. Ele articula em sua argumentação os aspectos do pacto federativo e do financiamento no Brasil.

9. Contrário	Cleusa da Silveira Bernardo Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde
“Essa legislação tem trazido alguns incômodos, tanto para o Poder Judiciário, quanto para os gestores do SUS, quando temos ações judiciais para encaminhamento de pacientes ao exterior, tendo em vista que nós não temos legislação pertinente, hoje, para esta modalidade. Nós não temos nenhum amparo legal para que possamos encaminhar pacientes para tratamento no exterior”.	
10. Contrário	Alexandre Sampaio Zakir, Representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo.
“O tema que abordaremos trata da judicialização da saúde como uma forma de burlar o Sistema Único”	
11. Contrário	Paulo Marcelo Gehm Hoff Representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP
“Trago alguns dos números do Estado de São Paulo. O Programa de Dispensação de Medicamentos Excepcionais dispensou, no ano passado - 2008 -, um milhão cento e vinte e cinco mil reais para atender quatrocentos e cinquenta mil pessoas, enquanto que as determinações judiciais geraram um dispêndio de trezentos e cinquenta milhões para atender trinta e três mil pessoas. Vejam então que o custo médio por paciente no Programa de Dispensação administrativa foi de dois mil e quinhentos reais/ano por paciente, enquanto que o custo do atendimento judicial foi de dez mil e seiscentos reais por paciente/ano. Isso porque, quando se faz a distribuição administrativa, pode-se julgar melhor o benefício desse tratamento e pode-se pará-lo, como eu disse, quando deixa de fazer efeito, o que é muito mais difícil quando há uma ordem judicial para que esse tratamento seja feito <i>ad infinitum</i> ”.	
12. Contrário	Paulo Dornelles Picon Representante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre
“Sob o prisma da judicialização, não há tempo de questionar essas indicações, e somos obrigados a incluir os pacientes nos tratamentos. Pois bem, a maioria dos pacientes que morreram tinha contra-indicação ao início do tratamento”.	
“Chamamos e propomos um fórum deliberativo em que possam estar presentes representantes do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e dos usuários. Com isso, quem sabe, trazemos uma proposta inovadora que possa dirimir algumas questões que já estão na Justiça; a incorporação de tecnologias, de medicamentos novos que precisam ser observados, e questões da melhoria e da qualificação da assistência, um mote maior no nosso trabalho”.	

13. Contrário	Janaína Barbier Gonçalves
	Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul
<p>“Como se vê, a atuação do Estado para garantir o direito à saúde está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que significa que qualquer atuação nesse sentido deva ser de forma global e, inevitavelmente, atender aos planos orçamentários traçados nos artigos 165 e 167 da Constituição Federal”.</p> <p>“O que se pretende, portanto, com a presente manifestação, excelentíssimo Presidente, senhoras e senhores, não é defender a afastabilidade do Poder Judiciário quando o assunto é saúde pública, uma vez que a participação atuante e efetiva do Judiciário é imprescindível em um Estado democrático de Direito. Ao contrário, busca-se contribuir para a compreensão do Poder Judiciário no que se refere à política de assistência farmacêutica no âmbito SUS, mormente ao fato de que a canalização de recursos para situações individualizadas, independente do valor a ser destinado e da organização do SUS, fere o espírito do artigo 196 da Constituição Federal, que é propiciar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde”.</p>	
14. Contrário	Reinaldo Felipe Nery Guimarães
	Secretário de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde
<p>“Como representante do Ministério da Saúde, posso assegurar que não se trata nem de omissão, nem de inadequação de política pública, muito embora possa haver espaço para aperfeiçoamentos”.</p> <p>“Afirmam os semiólogos que a segunda metade do século passado instituiu uma cultura da imagem e da emoção. Não há como negá-los. E eu mesmo, no exercício das minhas funções públicas, tenho vivido a confirmação desse <i>cogito</i> teórico. Quantas vezes, após apresentar os conceitos e instrumentos da Política de Assistência Farmacêutica do Ministério da Saúde, como acabo de fazer a Vossa Excelência, meu contraditores imaginaram desconstruir meus argumentos pelo relato de uma história individual, não raro trazendo ao debate, em pessoa, um paciente. Não os critico, afinal trata-se de um argumento, mas pondero, Ministro Direito, que essa estratégia, eficaz para nos emocionar a todos, é amplamente insuficiente para, <i>per se</i>, construir uma política pública”.</p>	

1. Indeterminado	Francisco Batista Júnior
	Presidente do CNS
O orador fala sobre a legislação do SUS e sobre as dificuldades geradas na condução da política pela não regulamentação de algumas leis e procedimentos.	
2. Indeterminado	Edelberto Luiz da Silva
	Consultor Jurídico do Ministério da Saúde
O orador explica o processo de descentralização e limita-se a defender que os pleitos sejam endereçados ao ente federado que tenha a responsabilidade de atendê-lo, que, em sua fala, fica evidente não ser a União na maior parte das vezes.	
3. Indeterminado	Dirceu Raposo de Mello
	Diretor-Presidente da Anvisa
O orador detalha o processo de registros de medicamentos no Brasil, argumentando que o tempo de registro não é muito discrepante dos outros países do mundo.	

4. Indeterminado	Claudio Maierovitch Pessanha Henrique
	Coordenador da Comissão de Incorporação de tecnologia do Ministério da Saúde
<p>O orador não entra no mérito da judicialização, apenas enfatiza a necessidade da correta incorporação de medicamentos pelo SUS.</p> <p>“O grande desafio, colocado hoje para os gestores públicos, é que se possam criar instrumentos para identificar quais são aquelas convicções científicas mais duradouras e que possam ser representadas em políticas públicas que serão colocadas a serviço da população brasileira com a máxima segurança, com o máximo de benefício possível”.</p>	
5. Indeterminado	Maria Inês Pordeus Gadelha
	Consultora da Coordenação–Geral de Alta Complexidade do Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde
<p>“E hoje nós temos no SUS mensalmente cerca de cento e sessenta mil doentes sob tratamento de quimioterapia. Então, não é uma questão simples, não é uma questão banal e os motivos e demandas judiciais que nós temos em oncologia são facilmente superáveis, porque nenhum sistema vai estar inteiramente atualizado para tanto. Técnicas que não se tabelam, produtos da chamada medicina alternativa, linhas terapêuticas que nunca terminam - o tratamento chamado de ad aeternum ou indeterminado, infinito, isso não existe em oncologia -, novos medicamentos que se demandam por uma questão de valor em que o custo/benefício, o custo/ utilidade e o custo/efetividade não estão estabelecidos, o fornecimento isolado de antineoplásicos e alternativas terapêuticas que são desconsideradas”.</p>	
6. Indeterminado	Raul Cutait
	Professor Associado da Faculdade de Medicina da USP, Médico Assistente do Hospital Sírio Libanês, Ex-Secretário de Saúde do Município de São Paulo
<p>“Primeiro, que o Ministério da Saúde, conjuntamente com as secretarias estaduais, nomeasse comissões especialistas compostas por médicos, e, eventualmente, outros profissionais de saúde de reconhecida competência científica, com a incumbência de definir condutas nos casos e questionamentos diagnósticos e terapêuticos. Seriam comissões muito focadas, às vezes por uma única doença, para uma única situação, e que teriam condições de dar posições respeitáveis dentro do conhecimento científico. E as posições dessas comissões podem ser consideradas pelo SUS como políticas para o SUS, e pelo Poder Judiciário como a orientação que ele precisa, uma vez que não se pode querer que um juiz tenha o conhecimento científico profundo para analisar as tantas situações esquisitas que chegam aos juízes no dia-a-dia. Dessa forma, criando-se algum grau de jurisprudência que permitirá, sem dúvida, resolver a grande maioria dos casos com poucas reuniões”.</p>	

7. Indeterminado	José Aristodemo Pinotti
	Professor Titular Emérito da USP e Unicamp, Ex-Reitor da Unicamp e Ex-Secretário de Saúde do Estado de São Paulo
<p>O orador faz um retrospecto na saúde brasileira para mostrar o porquê de se estar vivendo com o fenômeno da judicialização da saúde, entre outras coisas, afirma o Professor: “O Congresso aprovou em 1996, com total apoio do Governo, a malfadada Lei das Patentes, razão fundamental desse processo de judicialização, sem as salvaguardas recomendadas internacionalmente, de fabricação local e interregno, destruindo a indústria farmoquímica brasileira e nos tornando dependentes”.</p>	
8. Indeterminado	José Gomes Temporão
	Ministro de Estado da Saúde
<p>O Ministro não foi contundente em sua análise, apontou pontos positivos e negativos da judicialização, ressaltando seus determinantes.</p> <p>“Nessa idéia, o SUS deve-se voltar para a garantia do direito e para o atendimento das necessidades dos cidadãos. Assim, não se trata de negar os anseios e desejos legítimos. Trata-se, isso sim, de discutir demandas irreais ou artificialmente criadas, que muitas vezes se confundem com desejos. E é nessa artificialidade que com freqüência se encontra a intersecção entre as expectativas dos pacientes, as fragilidades do médico e o trabalho de <i>marketing</i> de produtores e fornecedores do complexo industrial da saúde”.</p> <p>“Quanto aos casos de omissão em que uma determinada tecnologia, insumo ou medicamento, já incorporado ao SUS, presente nos protocolos estabelecidos, por qualquer motivo não esteja disponível e ao alcance do usuário. Nesse caso inexistente controvérsia sobre o quanto a via judicial bem educa o gestor omissor, que não provê dentro da sua competência e responsabilidade os bens de serviço de saúde já existentes”.</p>	

APÊNDICE B – Planilha de Dados

No	UF	Requerente	Requerido	Dispositivo	Dispositivo questionado	Ano	Tema	categoria requerente	categoria tema
ADIN4105	DF	Governador do DF	Ministro da Saúde	Federal	Portaria nº 2814, de 29.98, do MS	2008	Exigências para conveniados ao SUS	governador	prestação de serviços ao SUS
ADIN4103	DF	ABRASEL NACIONAL	Presidente e Congresso	Federal	Lei nº 11705	2008	Restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxicos	sociedade civil	controle da propaganda publicitária
ADIN4066	DF	ANPT e outros	Presidente e Congresso	Federal	Lei nº 9055	2008	Amianto	sociedade civil	proteção ao meio ambiente
ADIN4046	DF	PSDB	Presidente da República	Federal	MP 408	2008	A MP abre crédito extraordinário, em favor de diversos órgãos do Poder Executivo	partido político	financiamento
ADIN4044	DF	PSDB	Presidente	Federal	MP 400	2008	Abre crédito extraordinário, em favor da Presidência República e do Ministério da Saúde	partido político	financiamento
ADIN3941	ES	Governador do ES	Tribunal de Contas do ES	Estadual	Resolução nº 216, de 23.01.07.	2007	Manual de Orientação para o Estado e Municípios Capixabas sobre a Gestão das Ações e Serv.Pub. de Saúde.	governador	gestão
ADIN3937	SP	CNTI	Governador AL SP	Estadual	Lei nº 12684	2007	Amianto	sociedade civil	proteção ao meio ambiente
ADIN3925	PE	CONSIF	AL PE	Estadual	Lei nº 12991	2007	Plano de Saúde	sociedade civil	saúde suplementar
ADIN3898	SP	Soc. Brasileira de Psicologia em Prol da Segurança do Trabalho	Conselho Regional de Psicologia	Outros	Lei nº 5766	2007	Questiona alguns itens sobre a atuação do psicólogo	sociedade civil	contestação de base corporativa
ADIN3813	RS	Procurador Geral da República	Governador AL RS	Estadual	Lei nº 12427	2006	Proibição de comercialização no RS de produtos agrícolas que não tenham passado por análise de resíduos químicos, agrotóxico	procurador	proteção ao meio ambiente
ADIN3811	RJ	CNI	Governador AL RJ	Estadual	Lei nº 4735	2006	Estabelece medidas para evitar a intoxicação dos trabalhadores por químicas presentes em tintas etc	sociedade civil	saúde do trabalhador
ADIN3707	RN	Procurador Geral da República	Governador AL RN	Estadual	Lei nº 8397, de 2003	2006	Contratação temporária de profissionais na área de saúde pública	procurador	relações de trabalho
ADIN3645	PR	PFL	Governador AL PR	Estadual	Lei nº 14861, de 2005.	2005	Regulamenta direito à informação quanto aos alimentos que contenham organismos geneticamente modificados	partido político	controle da propaganda publicitária
ADIN3641	DF	Procurador Geral da República	Presidente	Federal	Lei nº 11204, de 2005	2005	Autoriza a prorrogação dos contratos temporários da FUNASA	procurador	relações de trabalho
ADIN3563	ES	Governador do ES	Governador AL ES	Estadual	Lei nº 7735, de 2004	2005	Procedimentos relacionados à destinação a ser dada aos medicamentos com prazos de validade vencidos.	governador	gestão
ADIN3512	ES	Governador ES	AL ES	Estadual	Lei nº 7737, de 2004.	2005	Institui a 1/2 (meia) entrada para doadores de sangue e órgãos	governador	regulação

No	UF	Requerente	Requerido	Dispositivo	Dispositivo questionado	Ano	Tema	categoria requerente	categoria tema
ADIN3510	DF	Procurador Geral da República	Presidente e Congresso	Federal	Lei nº 11105, de 2005.	2005	Sobre Células-tronco	procurador	regulação
ADIN3505	DF	PPS	Presidente	Federal	MP nº 242, de 2005.	2005	Planos de Benefícios da Previdência Social	partido político	prestação de serviços via previdência
ADIN3477	RN	CF OAB	Governador AL RN	Estadual	Lei nº 8633,	2005	Dispõe sobre a contribuição para o custeio do Regime Próprio de previdência Social dos Servidores de RN	sociedade civil	prestação de serviços via previdência
ADIN3473	DF	PFL	Presidente	Federal	MP nº 242, de 2005	2005	Planos de Benefícios da Previdência Social	partido político	prestação de serviços via previdência
ADIN3470	RJ	CNTI	Governador AL RJ	Estadual	Lei nº 3579, de 07 de 2001.	2005	Amianto	sociedade civil	proteção ao meio ambiente
ADIN3467	DF	PSDB	Presidente	Federal	MP nº 242, de 2005.	2005	Planos de Benefícios da Previdência Social	partido político	prestação de serviços via previdência
ADIN3454	DF	PFL	Presidente e Congresso	Federal	Lei nº 8080, de 1990	2005	Sobre a intervenção federal no Rio de Janeiro	partido político	gestão
ADIN3442	MT	Procurador Geral da República	Governador AL MT	Estadual	Lei nº 8269, de 29 de 2004.	2005	Institui a Carreira dos Profissionais do SUS do Poder Executivo do Estado do MS	procurador	relações de trabalho
ADIN3430	ES	Procurador Geral da República	Governador AL ES	Estadual	Lei Comp. nº 300, de 2004	2005	Contratação temporária de pessoal na área da saúde	procurador	relações de trabalho
ADIN3406	RJ	CNTI	Governador AL RJ	Estadual	Lei nº 3579, de 07 de 2001	2005	Amianto	sociedade civil	proteção ao meio ambiente
ADIN3403	SP	Governador SP	AL SP	Estadual	Lei nº 10864, 03 de setembro de 2001.	2005	Obriga as empresas públicas a realizar exame de sangue nos funcionários para constatação das taxas de gordura	governador	saúde do trabalhador
ADIN3355	RJ	CNTI	Governador AL RJ	Estadual	Lei nº 4341, de 2004	2004	Obrigações das empresas de fibro-cimento pelos danos causados à saúde dos trabalhadores	sociedade civil	saúde do trabalhador
ADIN3351	DF	Soc. Brasileira de Psicologia em Pról da Segurança do Trabalho	Cons. Nac. Trans.	Federal	Resolução nº 051, de 1998, CONTRAN.	2004	Sobre credenciamento de profissionais para exames de aptidão de motoristas	sociedade civil	contestação de base corporativa
ADIN3311	DF	CNI	Presidente e Congresso	Federal	Lei nº 9294, de 1996	2004	Sobre propagandas de cigarros, bebidas...	sociedade civil	controle da propaganda publicitária

No	UF	Requerente	Requerido	Dispositivo	Dispositivo questionado	Ano	Tema	categoria requerente	categoria tema
ADIN3275	CE	PDT	Governador AL CE	Estadual	Lei Comp. Estadual nº 037, de 2003.	2004	Institui o Fundo Estadual de Combate à Pobreza - FECOP	partido político	financiamento
ADIN3207	PE	CONSIF	Governador AL PE	Estadual	Lei nº 12562, de 2004.	2004	Estabelece critérios para a edição de lista referencial de honorários médicos, no âmbito do Estado de Pernambuco	sociedade civil	Relações de trabalho
ADIN3205	MS	Governador MS	Governador AL MS	Estadual	Lei 2207, de 2000	2004	Sobre o financiamento do plano de saúde dos servidores	governador	benefício a servidores
ADIN3178	AP	Governador AP	AL AP	Estadual	Lei nº 806, de 2004.	2004	Criação do "Programa Saúde Itinerante", para atender localidades rurais e ribeirinhas	governador	gestão
ADIN3176	AP	Governador AP	AL AP	Estadual	Lei nº 740, de 2003.	2004	Adicional de Desempenho - SUS	governador	relações de trabalho
ADIN3129	ES	Procurador Geral da República	Governador AL ES	Estadual	Lei nº 5760, de 1998.	2004	Sobre utilização de agrotóxico	procurador	proteção ao meio ambiente
ADIN3116	AP	Procurador Geral da República	Governador AL AP	Estadual	Lei nº 765, de 2003.	2004	Contratação temporária de profissionais na área de saúde, educação, autarquias e serviço social	procurador	relações de trabalho
ADIN3110	SP	Procurador Geral da República	AL SP	Estadual	Lei Estadual nº 10995, de 2001.	2004	Sobre instalação de antenas de celular	procurador	regulação
ADIN3106	MG	Procurador Geral da República	Governador AL MG	Estadual	Lei Comp. nº 064, de 2002.	2004	Institui o Regimento Próprio de Previdência e Assistência Social dos servidores públicos de MG.	procurador	prestação de serviços via previdência
ADIN3098	SP	Governador SP	AL SP	Estadual	Lei nº 10860, de 2001	2003	Requisitos para criação e avaliação e reconhecimento dos cursos de graduação na área da saúde	governador	regulação
ADIN3088	RJ	PSDB	Governador AL RJ	Estadual	Lei nº 4167, de 2003.	2003	Autoriza o Poder Executivo a instituir no orçamento de 2003, programas de trabalho no Fundo Estadual de Saúde.	partido político	financiamento
ADIN3087	RJ	PSDB	Governador AL RJ	Estadual	Lei nº 4179, de 29.09.03.	2003	Dispõe sobre a instituição do Programa Estadual de Acesso à Alimentação	partido político	financiamento
ADIN3054	PR	Governador MS	Governador AL PR	Estadual	Lei Estadual nº 14162, de 2003.	2003	Veda o cultivo a comercialização de Organismos Geneticamente Modificados	governador	proteção ao meio ambiente
ADIN3035	PR	PFL	Governador AL PR	Estadual	Lei Estadual nº 14162, de 2003	2003	Veda o cultivo a comercialização de Organismos Geneticamente Modificados	partido político	proteção ao meio ambiente

No	UF	Requerente	Requerido	Dispositivo	Dispositivo questionado	Ano	Tema	categoria requerente	categoria tema
ADIN3017	DF	Procurador Geral da República	Presidente e Congresso	Federal	MP nº 131, de 2003.	2003	Estabelece normas para o plantio e comercialização da produção de soja da safra de 2004.	procurador	proteção ao meio ambiente
ADIN2999	RJ	Governadora RJ	Conselho Nacional de Saúde	Federal	Res.CNS, nº 322, de 2003	2003	Saneamento Básico não pode ser considerado gasto em saúde	governador	financiamento
ADIN2987	SC	Procurador Geral da República	Governador AL SC	Estadual	Lei nº 9186, de 1993	2003	Contratação de pessoal, por prazo determinado, no âmbito da Secretaria de Estado da Saúde.	procurador	relações de trabalho
ADIN2929	ES	Procurador Geral da República	AL ES	Estadual	Lei nº 6628, de 2001.	2003	Compete ao CRM a estabelecer o piso dos salários dos médicos privados e filantrópicos do Estado.	procurador	contestação de base corporativa
ADIN2928	SP	Procurador Geral da República	AL SP	Estadual	Lei nº 10331, de 1999	2003	Estacionamento de veículos defronte de farmácias.	procurador	regulação
ADIN2902	SP	Ass. Bras. Prest. de Serv.de Telec.Competitivas	AL SP	Estadual	Lei Estadual nº 10995, de 2001	2003	Sobre a instalação de antenas de celular	sociedade civil	regulação
ADIN2894	RO	Governador RO	Governador AL RO	Estadual	Lei Comp. Estadual nº 274, de 2002.	2003	Estabelece o percentual e o critério de rateio dos recursos destinados aos municípios em relação aos recursos mínimos que o Estado deve aplicar nas ações e serviços de saúde.	governador	financiamento
ADIN2875	DF	Governador DF	CL DF	Estadual	Lei nº 3139, de 2003.	2003	Dispõe sobre a obrigatoriedade de notificação dos casos de câncer de pele.	governador	gestão
ADIN2869	RJ	CNI	Governador AL RJ	Estadual	Lei nº 4056, de 2002	2003	Criação do Fundo Estadual de Combate a pobreza	sociedade civil	financiamento
ADIN2845	RJ	CNI	AL RJ	Estadual	Lei nº 4056, de 2002.	2003	Criação do Fundo Estadual de Combate a pobreza	sociedade civil	financiamento
ADIN2754	ES	Governador ES	AL ES	Estadual	Lei Comp. nº 251, de 2002.	2002	Extensão da carga horária dos servidores da SESA e do Instituto Estadual de Saúde Pública	governador	relações de trabalho
ADIN2732	DF	CNC	Congresso	Federal	EC 29	2002	Tenta assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.	sociedade civil	financiamento
ADIN2730	SC	Governador SC	AL SC	Estadual	Lei Estadual nº 12385	2002	Institui no Estado de Santa Catarina o Programa de Assistência às Pessoas Portadoras da Doença Celíaca	governador	gestão
ADIN2711	ES	Governador ES	AL ES	Estadual	Lei Estadual nº 7191	2002	Gratificação Especial de Apoio às Atividades de Saúde, a ser concedida aos servidores da SESA e do IESP	governador	relações de trabalho
ADIN2666	DF	PSL	Congresso	Federal	EC 37, de 2002	2002	CPMF	partido político	financiamento

No	UF	Requerente	Requerido	Dispositivo	Dispositivo questionado	Ano	Tema	categoria requerente	categoria tema
ADIN2656	SP	Governador GO	Governador SP	Estadual	Lei Estadual nº 10813 , de 2001	2002	Amianto	governador	proteção ao meio ambiente
ADIN2634	DF	PT	Presidente	Federal	Omissão do art. 194	2002	Caráter democrático e descentralizado da administração da Seguridade Social	partido político	gestão
ADIN2621	DF	CNS	Presidente	Federal	MP 2187 - 13 , de 2001	2002	Exigências de isonomia no tratamento do SUS entre filantrópicos e beneficentes	sociedade civil	prestação de serviços ao SUS
ADIN2609	RJ	CNI	Governador AL RJ	Estadual	Lei Est. nº 3623 , de 27 de 2001	2002	Determinação de padrões de qualidade do ambiente de trabalho e de proteção à saúde dos trabalhadores	sociedade civil	saúde do trabalhador
ADIN2539	DF	PC do B, PL, PPS, PT	Presidente	Federal	Parecer Nº GM016 , de 29 de 2000 .	2001	Valores mínimos que a União deverá aplicar em ações e serviços públicos de saúde	partido político	financiamento
ADIN2538	DF	AMB	Presidente	Federal	PARECER Nº AGU-SF-04/2000	2001	Valores mínimos que a União deverá aplicar em ações e serviços públicos de saúde	sociedade civil	financiamento
ADIN2435	RJ	CNC	Governador AL RJ	Estadual	Lei Est. nº 3542 , de 2001	2001	Desconto em farmácias para idosos	sociedade civil	financiamento
ADIN2422	DF	CNI	Presidente e Congresso	Federal	Lei nº 10165 , de 2000	2001	Financiamento das políticas de meio ambiente	sociedade civil	proteção ao meio ambiente
ADIN2396	MS	Governador GO	Governador AL MS	Estadual	Lei Estadual nº 2210 , de 2001	2001	Amianto	governador	proteção ao meio ambiente
ADIN2360	MS	ANAMMA - ass. Municípios e meio ambiente	Governador AL MS	Estadual	Lei nº 2080 , de 2000	2000	Controle de resíduos químicos	sociedade civil	proteção ao meio ambiente
ADIN2357	SC	Governador SC	AL SC	Estadual	Lei nº 11557 , de 2000 .	2000	Concede isenção de ICMS para os medicamentos genéricos	governador	financiamento
ADIN2341	SC	Governador SC	AL SC	Estadual	Lei nº 11392 , de 2000	2000	Institui a política estadual de DST/AIDS	governador	gestão
ADIN2327	SP	Governador SP	SP AL	Estadual	Lei nº 10307 de 1999	2000	Instalação de novas farmácias	governador	regulação
ADIN2228	DF	CNS	Presidente e Congresso	Federal	Lei nº 8212 , de 1991	2000	Dispõe Sobre a organização da Seguridade Social , institui Plano de Custeio - FILANTRÓPICOS	sociedade civil	prestação de serviços ao SUS
ADIN2136	DF	CNC	Presidente e Congresso	Federal	Artigo 001 ° da MP nº 1976	2000	Planos privados de assistência à saúde	sociedade civil	saúde suplementar

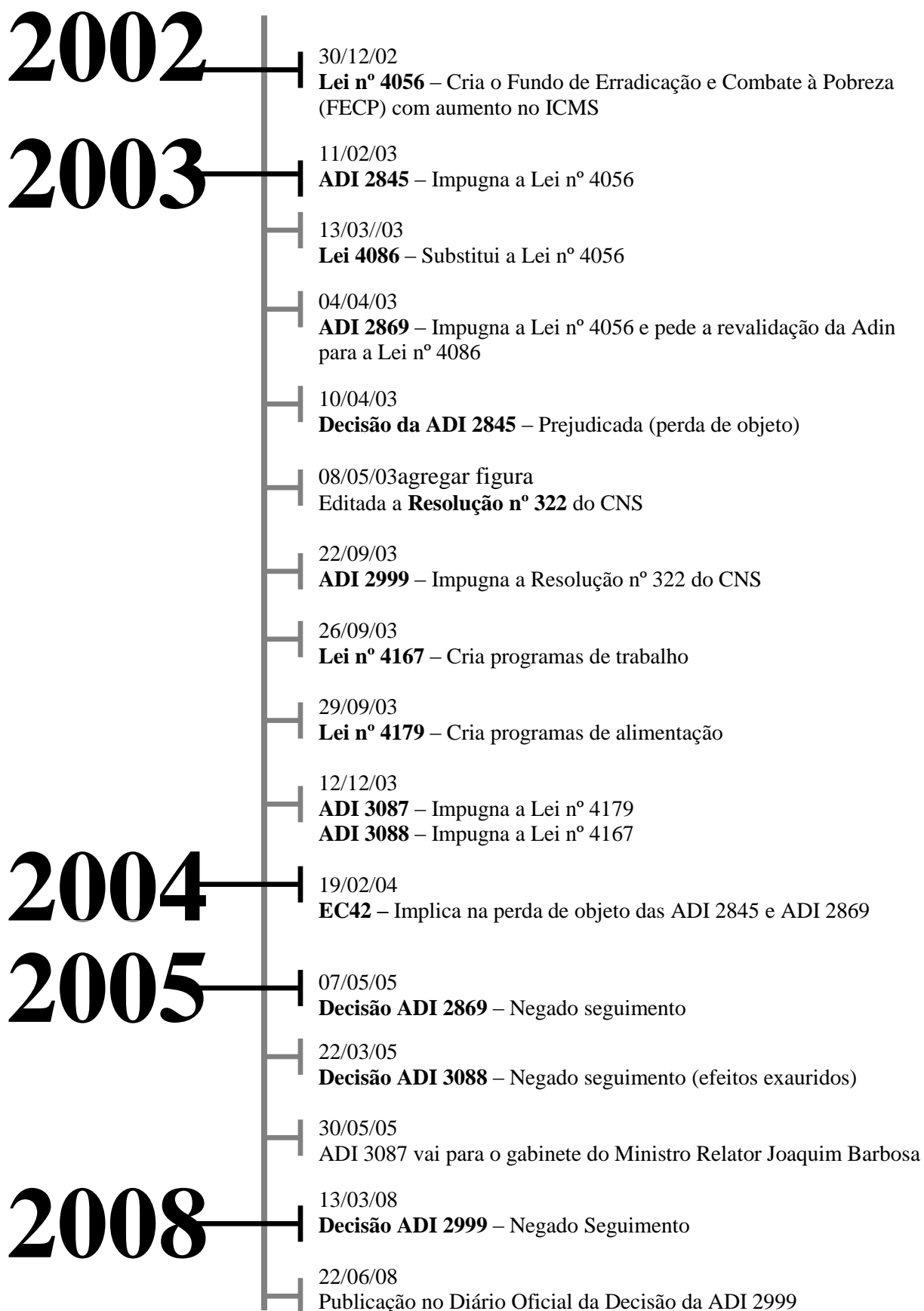
No	UF	Requerente	Requerido	Dispositivo	Dispositivo questionado	Ano	Tema	categoria requerente	categoria tema
ADIN2111	DF	CNTM	Presidente	Federal	Lei nº 9876 , de 26.11.99	1999	Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual	sociedade civil	prestação de serviços via previdência
ADIN2085	GO	PDT	Governador AL GO	Estadual	Lei nº 10150 , de de 1986	1999	Reformula o sistema de previdência e assistência	partido político	prestação de serviços via previdência
ADIN2051	DF	CONTEE	Congresso	Federal	EC 021	1999	CPMF	sociedade civil	financiamento
ADIN2031	DF	PT	Congresso	Federal	EC 21	1999	CPMF	partido político	financiamento
ADIN2027	DF	CNPL	Congresso	Federal	EC 21	1999	CPMF	sociedade civil	financiamento
ADIN2025	DF	CUT	Congresso	Federal	EC 21	1999	CPMF	sociedade civil	financiamento
ADIN2010	DF	CF OAB	Presidente e Congresso	Federal	Lei nº 9783 , de 1999	1999	Contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos pensionistas	sociedade civil	benefício a servidores
ADIN1931	DF	CNS	Presidente e Congresso	Federal	MP 1730	1998	Planos de saúde	sociedade civil	saúde suplementar
ADIN1930	DF	CNC	Presidente e Congresso	Federal	Lei nº 9656	1998	Planos de saúde	sociedade civil	saúde suplementar
ADIN1928	PE	COFEN	Governador PE	Estadual	Decreto 20786 de 1998	1998	Exercício da enfermagem	sociedade civil	contestação de base corporativa
ADIN1927	DF	CNS	Presidente e Congresso	Federal	Lei nº 9656 de 03 de junho de 1998	1998	Planos de saúde	sociedade civil	saúde suplementar
ADIN1925	DF	CNC	Presidente e Congresso	Federal	Lei nº 9656	1998	Planos de saúde	sociedade civil	saúde suplementar
ADIN1920	BA	PDT	Governador AL BA	Estadual	Lei Estadual 7249	1998	Dispõe sobre o Sistema de Seguridade Social dos Servidores Públicos Estaduais ,	partido político	benefício a servidores
ADIN1893	RJ	CNI	Governador AL RJ	Estadual	Lei 2702 , de 1997	1998	Estabelece a política estadual de qualidade ambiental ocupacional e de proteção da saúde do trabalhador	sociedade civil	saúde do trabalhador
ADIN1885	DF	PT e PDT	Presidente e Congresso	Federal	Lei 9528	1998	A definição de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física	partido político	relações de trabalho

No	UF	Requerente	Requerido	Dispositivo	Dispositivo questionado	Ano	Tema	categoria requerente	categoria tema
ADIN1862	RJ	CNI	Governador AL RJ	Estadual	Lei Estadual nº 2586	1998	Estabelece normas de prevenção da LER	sociedade civil	saúde do trabalhador
ADIN1848	RO	Governador RO	AL RO	Estadual	ECI nº 007 , Constituição RO	1998	Vinculação de recursos à saúde	governador	financiamento
ADIN1755	DF	PL	Presidente e Congresso	Federal	Lei Federal nº 9294, de 1996	1998	Restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas , medicamentos...	partido político	controle da propaganda publicitária
ADIN1731	ES	Governador ES	AL ES	Estadual	Lei Comp. nº 098 do ES	1997	Readaptação para servidores com necessidades especiais	governador	saúde do trabalhador
ADIN1702	RO	Governador RO	AL RO	Estadual	Lei Comp. Estadual nº 188	1997	Sobre Gratificação na Saúde	governador	relações de trabalho
ADIN1692	SP	CNS	Governador e AL SP	Estadual	Lei Estadual nº 9493	1997	Reconhece de utilidade pública as Santas Casas de Misericórdia	sociedade civil	gestão
ADIN1689	PE	Procurador Geral da República	AL PE	Estadual	Artigo 227 de PE	1997	Sobre aplicação de 1% da saúde em atenção à saúde do adolescente e da criança	procurador	financiamento
ADIN1653	DF	PT, PC do B, PDT e PSB	Ministro do Trabalho	Federal	Portaria nº 865 , de 1995	1997	Fiscalização de condições de trabalho constantes de Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho	partido político	saúde do trabalhador
ADIN1646	PE	CNC	Governador e AL PE	Estadual	Lei nº 11446 de PE	1997	Obrigação de todos os prestadores do SUS de atenderem a todas as doenças constantes no CID	sociedade civil	prestação de serviços ao SUS
ADIN1640	DF	PT, PC do B, PDT, PSB e PV	Presidente e Congresso	Federal	Lei Federal nº 9438	1997	CPMF	partido político	financiamento
ADIN1630	RS	PSB	AL RS	Estadual	Art. 41 do RS	1997	O Estado manterá órgão ou entidade de previdência e assistência à saúde para seus servidores e dependentes	partido político	benefício a servidores
ADIN1595	SP	CNC	Governador AL SP	Estadual	Lei nº 9495 de SP	1997	Obrigação de todos os prestadores do SUS de atenderem a todas as doenças constantes no CID	sociedade civil	prestação de serviços ao SUS
ADIN1589	SP	CNS	Governador AL SP	Estadual	Lei nº 9495 de SP	1997	Obrigação de todos os prestadores do SUS de atenderem a todas as doenças constantes no CID	sociedade civil	prestação de serviços ao SUS
ADIN1575	SP	Governador SP	Governador AL SP	Estadual	Lei Estadual nº 6263	1997	Estabelece medidas de polícia sanitária para o setor de energia nuclear no Território Estadual	governador	regulação
ADIN1501	DF	Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas	Congresso	Federal	EC 12	1996	Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira	sociedade civil	financiamento

No	UF	Requerente	Requerido	Dispositivo	Dispositivo questionado	Ano	Tema	categoria requerente	categoria tema
ADIN1497	DF	CNTS	Congresso	Federal	EC 12	1996	Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira	sociedade civil	financiamento
ADIN1478	AP	CF OAB	Governador AL AP	Estadual	Lei Estadual 242, de 29.11.95	1996	Criação de um instituto de previdência	sociedade civil	prestação de serviços via previdência
ADIN1466	DF	PT, PC do B, PDT e PSB	Presidente	Federal	art. 7	1996	Omissão na garantia de direitos constitucionais, como a Seguridade Social	partido político	relações de trabalho
ADIN1457	DF	CNTS	Presidente	Federal	MP 1415	1996	Contribuição à Previdência Social	sociedade civil	prestação de serviços via previdência
ADIN1437	PR	CNS	Governador AL PR	Estadual	Lei nº 11189	1996	Reforma da atenção à saúde mental	sociedade civil	regulação
ADIN1347	DF	CNT	Sec. de Segurança e Saúde do Trabalho	Federal	Portaria nº 024, de 1994	1995	Obrigatoriedade de contratação de médicos nas empresas	sociedade civil	regulação
ADIN1278	SC	Governador SC	AL SC	Estadual	Lei nº 1179	1995	Sobre leite de cabras	governador	regulação
ADIN1275	SP	Governador SP	AL SP	Estadual	Lei Estadual nº 9080	1995	Cria o Conselho Estadual de Controle e Fiscalização do Sangue	governador	regulação
ADIN1242	PR	Procurador Geral da República	Secretário de Saúde do PR	Estadual	Resolução nº 090 de 1993	1995	Sobre a palavra <i>Diet</i>	procurador	controle da propaganda publicitária
ADIN1225	PE	Procurador Geral da República	Governador AL PE	Estadual	artigo 005 ° da Lei nº 11024	1995	Respondera por crime de responsabilidade o membro do Conselho Estadual ou Municipais de Saúde que exorbitar das prerrogativas firmadas neste artigo	procurador	gestão
ADIN1179	RJ	Governador SP	Governador AL RJ	Estadual	Lei Estadual nº 2273	1994	ICMS	governador	financiamento
ADIN1122	DF	CNS	Presidente	Federal	Artigo 001 ° do Decreto Federal nº 793	1994	Sobre medicamentos genéricos e farmacêuticos	sociedade civil	regulação
ADIN1121	RS	CNS	Governador AL RS	Estadual	Lei nº 9716	1994	Dispõe sobre a reforma psiquiátrica no Rio Grande do Sul	sociedade civil	regulação

No	UF	Requerente	Requerido	Dispositivo	Dispositivo questionado	Ano	Tema	categoria requerente	categoria tema
ADIN1106	SE	PDT	AL SE	Estadual	Artigo 020 e parágrafos 001 ° e 002	1994	Sobre a transferências de recursos do Estado para os Municípios	partido político	financiamento
ADIN863	AP	Governador AP	AL AP	Estadual	Lei Estadual nº 058	1993	Sobre o Centro de Hemoterapia e Hematologia do Amapá - HEMOAP	governador	gestão
ADIN816	SC	Governador SC	AL SC	Estadual	Lei Estadual 1137	1992	Adicional de insalubridade para trabalhadores da saúde	governador	relações de trabalho
ADIN803	DF	Procurador Geral da República	Presidente e Congresso	Federal	Lei 8234	1992	Sobre atribuições específicas dos nutricionistas'	procurador	contestação de base corporativa
ADIN750	RJ	Procurador Geral da República	Governador AL RJ	Estadual	Lei Estadual nº 1939	1992	Obrigatoriedade de informações nas embalagens dos produtos alimentícios comercializados no RJ	procurador	controle da propaganda publicitária
ADIN689	DF	Federação Nacional dos Farmacêuticos	Presidente e Congresso	Federal	Lei 8234	1992	Sobre a ampliação de funções específicas de nutricionistas	sociedade civil	contestação de base corporativa
ADIN641	DF	CFF	Presidente e Congresso	Federal	Lei 8234	1991	Regulamenta a profissão de Nutricionista	sociedade civil	contestação de base corporativa
ADIN593	GO	Sindicato de empresas de ônibus de Goiânia	Governador AL GO	Estadual	Lei Estadual nº 11185	1991	Passagem gratuita para funcionários da SUCAM	sociedade civil	financiamento
ADIN537	DF	PMDB	MS e INAMPS	Federal	Portaria nº 1481 e Resolução nº 258	1991	Sobre a transferência das atribuições do INAMPS e o financiamento do SUS	partido político	financiamento
ADIN384	PR	ANDA	Governador AL PR	Estadual	Lei Estadual nº 9056	1990	Sobre Inspeção e fiscalização da produção e do comércio de fertilizante e corretivos agrícolas - Agrotóxicos.	sociedade civil	proteção ao meio ambiente
ADIN252	PR	Procurador Geral da República	Governador AL PR	Estadual	Lei nº 9056	1990	Produção, distribuição e a comercialização de fertilizantes, corretivos, inoculantes, ou biofertilizantes	procurador	proteção ao meio ambiente
ADIN179	RS	Governador RS	AL RS	Estadual	ADCT RS	1990	Projetos da Lei Orgânica da Saúde e do Código Sanitário do Estado, com natureza de lei complementar	governador	gestão
ADIN8	DF	ALANAC	Cons. Interministerial de Preços	Federal	RESOLUCAO Nº 293 - C , de 1988	1988	Dispõe sobre o reajuste dos preços dos produtos farmacêuticos da linha humana.	sociedade civil	financiamento

APÊNDICE C – Linha do Tempo



APÊNDICE D – Relação dos *Amicus Curiae* aceitos na ADI 2999

Associação Brasileira de Alzheimer - Abraz
Associação Brasileira de Pós Graduação em Saúde Coletiva - Abrasco
Associação de Amigos do Autista - Ama
Associação dos Amigos e Pais de Pessoas Especiais
Associação dos Celíacos do Brasil - Acelbra
Associação dos Hemofílicos de Alagoas
Associação Fluminense de Reabilitação
Associação Pestalozzi de Niterói
Central Única dos Trabalhadores - Cut
Centro de Educação e Assessoramento Popular - Ceap
Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas - Cobap
Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas - Cmb
Confederação Nacional das Associações de Moradores
Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB
Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social - CNTSS
Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - Contag
Conselho de Saúde de Pernambuco
Conselho de Saúde do Estado do Piauí
Conselho de Saúde do Maranhão
Conselho Estadual de Saúde de Goiás
Conselho Estadual de Saúde do Estado do Rio de Janeiro
Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul - Ces/Rs
Conselho Federal de Nutricionistas - CFN
Conselho Federal de Serviço Social - Cfess
Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre
Conselho Regional de Serviço Social - Cress 11ª Região/Pr
Distrito Federal
Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down
Federação das Associações Comunitárias do Estado de São Paulo
Federação das Associações de Moradores do Estado do Rio de Janeiro
Federação das Associações de Renais e Transplantados do Brasil - Farbra
Federação das Misericórdias e Entidades Filantrópicas e Beneficentes do Estado do Rio De Janeiro
Federação das Santas Casas, Entidades e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná - Femipa
Federação Nacional das Associações e Entidades de Diabetes - Fenad
Federação Nacional das Sociedades Pestalozzi
Federação Nacional dos Enfermeiros - Fne
Federação Nacional dos Farmaceuticos
Federação Nacional dos Psicólogos - Fenapsi

Grupo de Apoio à Prevenção a Aids da Bahia - Gapa/Ba
Grupo de Apoio À Prevenção À Aids De Ribeirão Preto - Gapa/Rp
Grupo de Apoio À Prevenção Da Aids - Gapa/Rs
Grupo de Incentivo À Vida - Giv
Grupo Otimismo de Apoio a Portadores de Hepatite C
Movimento de Organização Comunitária
Movimentos de Reintegração das Pessoas Atingidas Pela Hanseníase - Morhan
Organização de Cidadania, Cultura e Ambiente - Occa
Pastoral da Criança - Organismo de Ação Social da Conferência Nacional dos Bispos Do Brasil - CNBB
Pastoral da Saúde Nacional
Sindicato dos Auxiliares e Técnicos de Enfermagem do Município do Rio de Janeiro - Satemrj
Sindicato dos Enfermeiros do Estado de São Paulo - Seesp
Sindicato dos Enfermeiros do Estado de São Paulo - Seesp
Sindicato dos Enfermeiros do Rio de Janeiro - Sindenfrj
Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Estado de São Paulo.
Sindicato dos Médicos no Estado da Bahia
Sindicato dos Odontologistas no Estado de Goiás - Soego
Sindicato dos Psicólogos do Estado do Rio De Janeiro
Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná - Sindsaúde/Pr
Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Refinação, Destilação, Exploração e Produção de Petróleo nos Estados do Paraná e Santa Catarina - Sindipetro Pr/Sc
Sindicato dos Trabalhadores Públicos da Saúde no Estado de São Paulo - Sindsaúde/Sp
Sociedade Beneficente de Anchieta
Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos - Sobravime
Sociedade Pestalozzi de Angra dos Reis
Sociedade Pestalozzi de Barra do Piraí
Sociedade Pestalozzi de Conceição de Macabu
Sociedade Pestalozzi de Duque de Caxias
Sociedade Pestalozzi de Itaboraí
Sociedade Pestalozzi de Itaocara
Sociedade Pestalozzi de Jaguaré
Sociedade Pestalozzi de Linhares - Es
Sociedade Pestalozzi de Maceió
Sociedade Pestalozzi de Magé
Sociedade Pestalozzi de Maricá
Sociedade Pestalozzi de Petrópolis
Sociedade Pestalozzi de Vassouras