

Daniel Wei Liang Wang

Poder Judiciário e participação democrática nas
políticas públicas de saúde

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito

São Paulo
2009

Daniel Wei Liang Wang

Poder Judiciário e participação democrática nas
políticas públicas de saúde

Dissertação apresentada na Faculdade de
Direito da USP como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito do
Estado

Orientador:

Prof. Titular Virgílio Afonso da Silva

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
Departamento de Direito do Estado

São Paulo

2009

Banca Examinadora:

Agradecimentos

Por coincidência, enquanto começava a escrever os agradecimentos a todos que tiveram uma contribuição mais direta para minha dissertação de mestrado, ouvia a canção “Diariamente” de Marisa Monte e um trecho me chamou imediatamente a atenção: “para que fiquem prontas, paciência”.

Paciência não só de quem escreve a dissertação, mas de todos de quem o autor teve auxílio, desde a concepção do projeto até a dissertação final. Assumo, claro, todas as imperfeições de minha dissertação, mas seguramente elas seriam mais e maiores se eu não estivesse cercado de pessoas tão competentes e amigas.

Ao meu orientador, Virgílio Afonso da Silva, pela confiança que depositou em mim ao me selecionar para uma de suas vagas no programa de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e por ter sido sempre atencioso, presente e solícito na orientação de meu trabalho.

Ao Professor Diogo Coutinho Rosenthal, que leu meu projeto de mestrado e esteve em minha banca de qualificação, sempre levantando questões fundamentais, sugerindo caminhos e compartilhando material pertinente.

Aos professores Diogo e Virgílio, agradeço principalmente por serem referência e motivação para eu seguir uma carreira acadêmica.

Ao Professor José Reinaldo de Lima Lopes, que esteve em minha banca de qualificação e cujos trabalhos sobre o tema dos direitos sociais inspiraram em grande parte minhas análises e hipóteses.

Aos meus colegas e amigos com quem tive oportunidade de discutir minha dissertação: Juliana de Palma, Daniel Colombo, Mônica Pinhanez, Daniel Falcão, Adriana Vojvodic, Bruno Pereira, Fabrício Cardim, Rafel Lima, Paula Gorzoni, Joana Zylbersztajn e Fernanda Terrazas.

Ao meu irmão Álvaro Wang, pelo imprescindível auxílio na tabulação de dados para minha pesquisa empírica. À professora Mayra Ivanoff Lora, que me ensinou os conceitos básicos de Estatística e muito gentilmente me auxiliou quando meus conhecimentos nessa ciência foram insuficientes.

Na Defensoria Pública do Estado de São Paulo, agradeço aos defensores da Unidade da Fazenda Pública, em especial a Rafael Vernaschi e Vânia Casal, bem como

a toda equipe que lhes dá suporte. No Ministério Público do Estado de São Paulo, agradeço aos promotores e funcionários das Promotorias da Saúde Pública, da Criança e Adolescente e das Pessoas com Deficiência.

Aos irmãos e irmãs da Associação Hu de Kung Fu Tradicional, em especial ao Da Sh Hsion John Hu. “Pés firmes, quadril encaixado, coluna reta, respiração profunda e vontade sincera. O que no mundo pode detê-lo?”

Por fim, porém o mais importante, agradeço à minha família, início e fim de tudo. Em especial à memória de meus avôs Wang Hu Chang, Fang Biau e Wang Liu Kuei Jung, de quem as circunstâncias difíceis da vida nunca conseguiram tirar a dignidade e a humanidade.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
1. Críticas à judicialização da saúde.....	11
1.1. Falta de informação e conhecimento dos juízes para alocarem recursos escassos.....	11
1.2. Falta de legitimidade dos juízes para alocarem recursos escassos.....	15
1.3. A judicialização da saúde e a iniquidade na distribuição de recursos.....	17
1.4. Conclusão do capítulo	22
2. Participação democrática nas políticas de saúde.....	24
2.1. Democracia representativa e participação democrática	25
2.2. Conselhos de saúde e participação democrática	29
2.3. Judiciário e participação democrática nas políticas públicas.....	32
2.4. Conclusão do capítulo	38
3. Por que judicialização da saúde não está gerando justiça social?	41
3.1. Decisões judiciais envolvendo direito à saúde: como decidem os juízes?	41
3.2. Acesso à Justiça no Brasil	47
3.3. Conclusão do Capítulo	49
4. Análise de caso: o Programa Nacional de DST/AIDS	51
4.1. Sucesso do programa de combate à AIDS no Brasil	51
4.2. Organização de interesses.....	55
4.3. Formas e espaços para influenciar as políticas de combate ao HIV/AIDS	58
4.4. As ações judiciais	59
4.5. Conselhos de saúde	63
4.6. Considerações finais	64
5. Pesquisa empírica.....	66
5.1. Ministério Público.....	66

5.1.1 Promotoria de Pessoas com Deficiência e Promotoria da Infância e da Juventude..	68
5.1.2. Promotoria da Saúde Pública (GAESP)	71
5.1.2.1. Ações Cíveis Públicas	72
5.1.2.2. Inquéritos civis públicos arquivados	75
5.2. <i>Defensoria Pública</i>	78
5.2.1. Estudo das ações propostas	80
5.2.1.1 Resultados	80
5.2.2. Estudo da parceria entre Defensoria Pública e Secretaria Estadual de Saúde	86
5.2.2.1. Resultados	87
5.3. <i>Conclusão do capítulo</i>	89
6. Conclusão	92
BIBLIOGRAFIA	96

APRESENTAÇÃO

“(...) opinar sobre uma casa, por exemplo, não cabe somente ao homem que a construiu, mas na realidade o homem que a usa (isto é, o morador) será um juiz ainda melhor, da mesma forma que um timoneiro opinará melhor sobre um leme que um carpinteiro, e um comensal julgará um banquete melhor que o cozinheiro.”

Aristóteles, *Política*

O presente trabalho busca contribuir para o debate a respeito da judicialização¹ da saúde, um conceito normalmente usado para se referir ao uso de ações judiciais para obrigar o poder público a fornecer medicamentos. Contudo, neste trabalho usarei um conceito mais amplo de judicialização da saúde, o que abrange não só uso de ações judiciais para fornecimento de medicamentos, mas para todos os bens e serviços relacionados à saúde, o que inclui medicamentos, tratamentos, insumos, cirurgias, próteses, órteses, internações e melhoras de infra-estrutura em unidades de saúde.

Essas ações têm em comum o fundamento jurídico para o pedido, a Constituição Federal, que prevê o direito à saúde como um direito fundamental do cidadão e um dever do Estado (art. 6º e 196) e inaugura um sistema de saúde que tem entre seus princípios a universalidade (acesso a todos os cidadãos), a igualdade (não discriminação) e a integralidade (acesso a todos os níveis de complexidade) no atendimento (art. 196 e 198).

A judicialização da saúde tem ocorrido com intensidade cada vez maior no Brasil, o que tem gerado impactos econômicos bastante significativos nas finanças públicas. O gasto público, por exemplo, com compra de medicamentos ordenados por via judicial tem crescido muito recentemente, e seus valores estão bem longe de serem inexpressivos.

O crescente impacto financeiro gerado por ações judiciais que demandam bens e serviços de saúde do poder público tem suscitado algumas críticas, que apontam, principalmente, para (1) as injustiças distributivas geradas por essas ações, (2) a ilegitimidade do Poder Judiciário para determinar gastos públicos em matéria de políticas públicas e (3) sua falta de informações e conhecimento para realizar esta tarefa.

¹ Neste trabalho, os termos “judicialização” e “justiciabilidade” serão tratados como sinônimos.

Muito embora tenda a concordar que grande parte dessas críticas é correta no contexto brasileiro atual, e reconheça que elas sejam muito úteis para se pensar alguns aspectos de como a judicialização da saúde acontece atualmente, entendo que não são argumentos determinantes, capazes de justificar uma postura totalmente refratária do Poder Judiciário frente a demandas envolvendo o direito à saúde.

Trabalharei com a hipótese de que o Judiciário pode ser um espaço de participação nas políticas públicas de saúde, principalmente para os menos favorecidos, que têm na tutela jurisdicional um espaço institucional onde reclamar bens e serviços de saúde não disponibilizados ou disponibilizados de forma deficiente pelo poder público.

Este trabalho divide-se em seis capítulos. No primeiro apresentarei as três principais linhas de argumentação crítica à judicialização da saúde, quais sejam (1) falta de conhecimento e informação dos juízes, (2) déficit de legitimidade democrática dos magistrados e (3) a desigualdade gerada pela judicialização, apontando os argumentos teóricos e as pesquisas empíricas que as sustentam.

No segundo capítulo tentarei, primeiramente, apontar para a importância da participação democrática nas políticas públicas. Após isso, analisarei os espaços institucionais em que ela pode ocorrer, o que inclui o Judiciário. Acredito que a participação por meio do Judiciário possua algumas vantagens, principalmente para os menos favorecidos, em relação a outras formas de participação, como as eleições representativas e os conselhos de saúde.

Para desenvolver minha hipótese de trabalho farei um esforço no terceiro capítulo para entender a razão por que a crítica de que a judicialização da saúde gera desigualdade é pertinente na atual realidade, o que oculta, em parte, as potencialidades do Judiciário como espaço de participação. Analisarei duas explicações possíveis para as desigualdades causadas pela judicialização da saúde no Brasil: (1) a forma como os juízes brasileiros decidem casos envolvendo direito à saúde e (2) a iniquidade no acesso à Justiça no Brasil.

No capítulo quarto farei uma análise de caso do Programa Nacional de DST/AIDS no Brasil, o que contribuirá para ilustrar diversos pontos analisados ao longo da exposição dos capítulos anteriores, como a importância da participação democrática nos rumos de uma política pública; o uso do Judiciário como uma instituição onde pode ocorrer tal participação; e a desigualdade no acesso às instâncias de participação democrática nas políticas de saúde.

Em seguida, no quinto capítulo apresentarei uma pesquisa empírica analisando a atuação da Defensoria Pública no município de São Paulo e do Ministério Público Estadual em matéria de proteção ao direito à saúde. A intenção é testar se as demandas dos menos favorecidos conseguem chegar ao Judiciário por meio dessas instituições, bem como conhecer as demandas mais recorrentes que elas patrocinam.

Por fim, o último capítulo está reservado para as conclusões finais deste trabalho com enfoque na confirmação ou não da minha hipótese de trabalho e com identificação de novas frentes de pesquisa que este trabalho suscitou.

1. Críticas à judicialização da saúde

1.1. Falta de informação e conhecimento dos juízes para alocarem recursos escassos

No debate a respeito da tutela jurisdicional dos direitos sociais, um dos principais argumentos para se defender tese contrária à justiciabilidade destes direitos, ou ao menos para defender uma justiciabilidade muito restrita, é aquele segundo o qual aos juízes faltariam conhecimento e informação para influenciar políticas públicas que efetivam direitos sociais.

Esta linha de argumentação parte do correto pressuposto de que a concretização dos direitos sociais não se dá pela sua mera adjudicação, mas por meio de políticas públicas e do gasto de recursos públicos escassos. Não basta apenas o reconhecimento de uma obrigação de dar ou fazer por parte do Estado, mas é também necessário implementar políticas públicas que disponibilizem serviços públicos sociais para aqueles que deles necessitam. Estes serviços públicos exigem meios para sua realização, como receitas para seu custeio, além de pessoal e material para sua execução, ou seja, só se realizam por meio do dispêndio de recursos públicos².

Dentro de um inescapável cenário de escassez de recursos, em que as necessidades são maiores do que as possibilidades do orçamento público, uma análise legal teórica mais realista não deve desconsiderar que a escassez de recursos impossibilita que todos os direitos sociais sejam implementados de forma absoluta ao mesmo tempo³. Escolhas devem ser feitas, pois não é possível, dentro da realidade atual brasileira e nem mesmo dos países desenvolvidos, prover todos os direitos sociais em grau máximo a todas as pessoas⁴.

² Cf. José Reinaldo de Lima Lopes “Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição”, in José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais: teoria e prática*, São Paulo: Método, 2006, p. 120.

³ Cf. Cass Sunstein; Stephen Holmes, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 101.

⁴ Um trabalho interessante e claro a respeito de como o debate sobre as políticas públicas de saúde necessariamente deve levar em conta a escassez de recursos é o de Marcos Bosi Ferraz, *Dilemas e Escolhas do Sistema de Saúde*, Rio de Janeiro: Medbook, 2008. Sobre o debate a respeito de escolhas de alocação de recursos escassos em países desenvolvidos ver Jon Elster, *Local Justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burns*. New York, Cambridge University Press, 1992.

Apenas para exemplificar a inexorável realidade da escassez de recursos, Octavio Ferraz e Fabíola Supino⁵ simularam um cenário em que, se todos os pacientes com hepatite viral C e artrite reumatóide recebessem os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado, haveria um gasto para o poder público de 99,5 bilhões de reais. Este valor supera o gasto total com ações de serviços de saúde por parte de municípios, estados e União, cujo valor em 2006 foi de 85,7 bilhões de reais. Isto é, para cobrir duas doenças, que atingem 1% da população, com medicamentos de última geração, gastar-se-ia mais que o disponível ao Sistema Único de Saúde para todo o atendimento à saúde de toda a população.

Portanto, um juiz que obrigue os poderes políticos a prover um bem ou a realizar uma política pública estaria determinando a forma como parte dos recursos escassos deve ser gasta, assunto para o qual não está treinado, informado, dotado de conhecimentos técnicos e específicos para melhor avaliar os critérios de oportunidade e conveniência de uma política pública. Além do mais, o Judiciário é aparelhado para decidir casos concretos específicos que lhe são apresentados⁶, sendo muito difícil e improvável que os juízes façam boas análises das conseqüências econômicas de suas decisões para as políticas públicas.

Por conseguinte, uma atuação do Judiciário que favoreça indivíduos ou grupos em um caso concreto pode minar os esforços de um planejamento de política pública de longo prazo que beneficie um número maior de pessoas⁷. O juiz decide qual a melhor forma de se aplicar estes recursos escassos, mesmo sabendo pouco ou quase nada sobre a política pública em questão, as finanças públicas e a capacidade de gasto do poder público, ou a respeito de outros problemas sociais que competem por ação governamental⁸, o que pode incluir a concretização de outros direitos fundamentais, ou mesmo do próprio direito à saúde, mas para outro cidadão. O juiz olha apenas quem

⁵ Octavio Ferraz e Fabíola Supino “Direito à saúde, políticas públicas e desigualdades sociais no Brasil: equidade como princípio fundamental”, *Revista Dados*, v.52, n.1, 2009.

⁶ Gustavo Amaral, *Direito, Escassez e Escolha*, São Paulo: Renovar, 2001, p. 38.

⁷ Cf. Cass Sunstein; Stephen Holmes, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 95; José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais: teoria e prática*, São Paulo: Método, 2006, p. 134-138 e Cass Sunstein, “Against Positive Rights” in Henry J. Steiner; Philip Alston (ed.) , *International Human Rights in Context*, New York: Oxford, 2000, p. 281.

⁸ Cf. Cass Sunstein; Stephen Holmes, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, p. 95.

ganha, mas não quem perde. Não há análise dos custos de oportunidade⁹ gerados por uma determinada decisão alocativa. Nestes casos é válida a metáfora do cobertor curto, em que, ao puxá-lo para cobrir a cabeça, acaba-se desprotegendo os pés.

No caso da saúde, essas escolhas são especialmente difíceis, uma vez que se lida com saúde e vidas humanas, o que faz com que muitas das escolhas de alocação de recursos nesta área possam ser enquadrados no conceito de “escolhas trágicas”¹⁰. Muitas vezes os juízes não percebem estar diante do que Cass Sunstein chamou de “*health-health trade-offs*”¹¹, ou seja, não se dão conta de que quando proferem uma decisão obrigando o Estado a gastar recursos escassos para fornecer um bem ou serviço de saúde objetivando proteger o direito de um paciente, eles estão possivelmente, ao mesmo tempo, restringindo o direito à saúde de outros pacientes para os quais o Estado não terá recursos suficientes. E os juízes tomam decisões de tamanha responsabilidade sem que para isso sejam capazes de fazer análises imprescindíveis para se gerir uma política pública de saúde.

O caráter coletivo dos direitos sociais requer que políticas sejam pensadas coletivamente, o que os juízes, em regra, não fazem, principalmente porque não possuem informações essenciais para se pensar uma política pública¹². Portanto, de acordo com essa linha de argumentação, a tarefa de alocar recursos escassos deve ser deixada para o processo político, pois ele possui maior “qualidade decisória”, no sentido de clareza das prioridades e dos meios para realizá-las¹³.

Chamam ainda mais atenção dos críticos as decisões em que juízes concedem medicamentos ou tratamentos médicos nas seguintes condições: fora do consenso terapêutico; não incluídos nas listas de medicamentos do sistema público de saúde, seja

⁹ Custos de oportunidade representam aquilo que se deixou de ganhar em A por decidir investir em B, são estimados a partir do que poderia ser ganho no melhor uso alternativo dos recursos. Cf. Manuel Antonio S. Vasconcelos e Manuel E. Garcia, *Fundamentos da Economia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70.

¹⁰ Guido Calabresi e Philip Bobbit entendem por escolhas trágicas (*tragic choices*) aquelas que geram conflitos entre, de um lado, aqueles valores pelos quais a sociedade determina os beneficiários da distribuição de determinados bens e o perímetro da escassez, e, de outro lado, os valores humanísticos que prezam a vida e o bem-estar. Cf. *Tragic Choices*, New York: W.W. Norton Company, 1978, p. 18.

¹¹ Cass Sunstein usa este conceito para definir casos em que a diminuição de um risco à saúde simultaneamente aumenta um outro risco à saúde. Cf. “Health-Health Trade-Offs” in Cass Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, New York: Oxford University Press, 1997, p. 298.

¹² Virgílio Afonso da Silva, “Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights”. Acesso em <http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>.

¹³ Maria Paula Dallari Bucci, “Políticas Públicas e Direito Administrativo”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, 1997, p. 97.

por não terem eficácia comprovada ou por terem similar mais barato já incluso na lista oficial; com comercialização não autorizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); ou mesmo inexistentes no país.

Além de representar ameaça à saúde dos pacientes no caso de medicamentos com eficácia não comprovada, há também um impacto para o administrador público, que precisa diminuir algum outro gasto do seu orçamento para cumprir as decisões judiciais. Em 2005, o então Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, Luiz Roberto Barradas Barata, afirmou que a geração de gastos não previstos no orçamento pelo Poder Judiciário obriga-o a diminuir o ritmo de obras e a deixar de incrementar o Programa de Saúde da Família, uma política voltada para atenção básica¹⁴.

Se olharmos atentamente para uma política, percebe-se a quantidade de conhecimento e informação necessária para geri-la bem e o quão distante estão os juízes desse tipo de conhecimento.

A título de exemplo, e também por ser uma política pública que interessa diretamente a este trabalho, olhemos a política de distribuição de medicamentos. Ela começa com a escolha dos medicamentos que comporão a lista daqueles a serem distribuídos na rede pública, que deve ser feita com base, por exemplo: (1) na melhor evidência farmacológica-clínica; (2) no perfil dos usuários dos medicamentos; (3) na sua eficácia, (4) segurança e (5) efetividade; (6) nos requisitos de qualidade dos fármacos; (7) na comodidade posológica, (8) nos custos e (9) na disponibilidade no mercado¹⁵. Posteriormente, passa-se para o processo de suprimento, que se inicia com a programação, que deve quantificar o que será comprado e elaboram-se especificações para os medicamentos selecionados, com base em (1) definição de prioridades, (2) orçamento disponível, (3) condições estruturais do serviço, (4) especificidades administrativas que podem facilitar ou constringer o processo de suprimento, (5) dados epidemiológicos atualizados e (6) consumo histórico¹⁶.

Em resumo, uma política de dispensação de medicamentos em um sistema público de saúde sustenta-se em três pontos: lista de medicamentos selecionados,

¹⁴ *Jornal Estado de São Paulo*, p. A 22, 5 de fevereiro de 2005.

¹⁵ Maria Auxiliadora Oliveira; Jorge Antônio Zepeda Bermudez; Cláudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro, *Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007, p. 15-16.

¹⁶ Maria Auxiliadora Oliveira; Jorge Antônio Zepeda Bermudez; Cláudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro, *Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos*, p.16

legislação vigente e orçamento disponível¹⁷. Além da segurança para o usuário, a existência de inúmeros critérios a serem observados na política de distribuição de medicamentos decorre da restrição de recursos. Se os recursos são escassos, deve-se buscar critérios médico-científicos e econômicos para decidir como a alocação de recursos precisa ser feita.

Frente a tantas questões de alta complexidade que os gestores de saúde devem enfrentar para viabilizar uma política de medicamentos, como justificar que uma grande quantidade de decisões judiciais possa determinar como parcela do orçamento deve ser gasta, sobrepondo-se a decisões feitas pelos gestores públicos?

1.2. Falta de legitimidade¹⁸ dos juízes para alocarem recursos escassos

Outro argumento bastante utilizado contra a judicialização da saúde é aquele segundo o qual dentro de um Estado democrático é indispensável que decisões sobre alocação de recursos sejam tomadas em processos nos quais esteja garantida a participação e a contestação públicas¹⁹.

Assim, as decisões de alocação de recursos deveriam ser reservadas para os poderes políticos, pois estes foram democraticamente eleitos pelo povo para tanto e estão sujeitos à *accountability*²⁰, principalmente nas eleições periódicas, o que não ocorre com os membros do Poder Judiciário.

Participação e contestação são importantes para legitimar as decisões governamentais em geral e fundamentais quando se trata de escolhas que envolvem

¹⁷ Maria Auxiliadora Oliveira; Jorge Antônio Zepeda Bermudez; Cláudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro, *Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos*, p. 23.

¹⁸ Para fins deste trabalho, utilizo o conceito de legitimidade no sentido dado por Joshua Cohen, que afirma que “em uma democracia, legitimidade política é a autorização para exercer poder estatal que provém de decisões coletivas de membros iguais de uma sociedade que é governada por aquele poder [tradução minha]”. Cf. “Democracy and Liberty” in Jon Elster, *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 185

¹⁹ O próprio conceito de democracia, na concepção de Robert Dahl, é entendido como um ideal de regime que permite o direito à ampla participação e contestação por parte dos cidadãos. Cf. *Poliarquia: participação e oposição*, São Paulo: Edusp, 2005, p. 29

²⁰ De acordo com Adam Przeworski, Susan C. Stokes e Bernard Manin, “governos são *accountable* se cidadãos podem discernir governos representativos e não-representativos, e pode sancioná-los apropriadamente, mantendo em seus cargos aqueles que exercem bem sua tarefa e expulsando aqueles que não o fazem [tradução minha]”. Cf. *Democracy, accountability and representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 10.

questões de política pública e justiça distributiva, uma vez que promovem a apropriação por alguns de bens financiados por toda a sociedade, o que acaba por afetar cada um diante de todos e todos diante de cada um²¹.

Portanto, a competência para fazer escolhas de alocação de recursos, que são eminentemente políticas e distributivas, seria dos órgãos políticos representantes do povo e, por isso, legitimados a decidir por “todos” a respeito da forma como uma política pública deve ser conduzida²².

Desta forma, os membros do Poder Judiciário - que não foram democraticamente eleitos pela maioria para tomar decisões e não se submetem a eleições periódicas - não teriam legitimidade democrática para escolher como uma parcela dos recursos escassos do poder público deve ser gasta, muitas vezes em detrimento das prioridades já estabelecidas pelo Poder Executivo e Legislativo democraticamente eleitos²³. Portanto, quando o juiz concede um medicamento ou tratamento médico, ele estaria colocando sua vontade acima da vontade da maioria manifestada eleitoralmente, funcionando como uma espécie de ponto de veto a decisões tomadas por representantes dessa maioria.

Esses argumentos demonstram bem as dificuldades que podem surgir caso sejam deixadas ao Judiciário as decisões de para quem, quanto e como se alocar os recursos escassos.

Dentro deste raciocínio, essas decisões devem ficar no âmbito dos poderes chamados de políticos, o Executivo e o Legislativo, pois são representantes eleitos pelo povo para tomarem decisões de natureza eminentemente política, que se distinguem das jurídicas porque estas dizem respeito à aplicação de regras já feitas, enquanto aquelas se referem à criação de regras que serão aplicadas²⁴. Decidir quem deverá ter seus direitos

²¹ José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais: teoria e prática*, São Paulo: Método, 2006, p. 171.

²² Este argumento é debatido por Jeanne M. Woods, “Justiciable social rights as a critique of the liberal paradigm”, *Texas International Law Journal*, n. 38, 2003, p. 771; Nelson Jobim, “Íntegra do discurso de posse do Ministro Nelson Jobim na presidência do Supremo Tribunal Federal”, in Luciano Benetti Timm (org.), *Direito e Economia*, São Paulo: IOB Thompson, 2005, p.21; Gustavo Amaral, *Direito, Escassez e Escolha*, São Paulo: Renovar, 2001, p. 168.

²³ Importa ressaltar que a legitimidade do Judiciário para rever decisões políticas e/ou administrativas é questionada não só em matéria de direitos sociais. Juan Carlos Bayon, entende que qualquer controle substancial de constitucionalidade é uma decisão antidemocrática. Cf. “Derechos, Democracia y Constitución”, in Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismos*, Madrid: Trotta, 2005, p. 214.

²⁴ Esta distinção é apresentada por José Reinaldo de Lima Lopes, “Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição” in José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais: teoria e prática*, São Paulo: Método, 2006, p. 124. Porém, o próprio autor admite que tal distinção deve ser revista frente à linha cada vez mais tênue que separa Direito e Política.

protegidos e em que intensidade é papel dos arranjos políticos na democracia. São decisões complicadas, pois não há um critério único que possa ser empregado para todos os casos, o que dá a elas um teor nitidamente discricionário e político.

Em resumo, o nível e os meios de proteção dos direitos de bem-estar deveriam ser determinados politicamente, por meio do debate sobre o bem comum e sobre as necessidades mais prementes²⁵. Confia-se no processo político, não só pela qualidade decisória, mas também pela sua maior legitimidade²⁶. Dessa forma, os atores principais das decisões alocativas deveriam ser o Executivo e o Legislativo, de forma que o controle destas escolhas deve ser político e se dará pelo voto popular e pela atuação da sociedade civil organizada²⁷. Há, também, o receio apontado por José Joaquim Gomes Canotilho de que a tutela judicial do direito à saúde leve à “dissolução do potencial da ação político-democrática numa ‘curta’ mentalidade de pretensões subjetivas, judicialmente acionáveis”²⁸.

Por fim, vale ressaltar que muito embora a falta de legitimidade democrática e a falta de conhecimento e informação dos juízes sejam questões que, de fato, possuem vários pontos de intersecção, optei por separá-las, pois as considero claramente diferentes. Muitas vezes pode até ocorrer um *trade-off* entre, de um lado, participação e, de outro, necessidade de maior quantidade de informação e conhecimento para se tomar uma decisão²⁹.

1.3. A judicialização da saúde e a iniquidade na distribuição de recursos

Além das críticas à judicialização da saúde focadas em questionar o conhecimento dos juízes e a sua legitimidade democrática para decidir sobre alocação

²⁵ Cass Sunstein, “Health-Health Trade-Offs” in Cass Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, New York: Oxford University Press, 1997.

²⁶ Maria Paula Dallari Bucci, “Políticas Públicas e Direito Administrativo”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, 1997, p.97.

²⁷ Gustavo Amaral, *Direito, Escassez e Escolha*, São Paulo: Renovar, 2001, p. 206.

²⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 377.

²⁹ Norberto Bobbio afirma que, com o aumento da complexidade das tarefas a serem executadas pelo Estado, cresce também o número de questões políticas que requerem competências técnicas, o que exige um número maior de especialistas para tomada de decisão, levando a uma tecnocracia que no entendimento do autor é “antitética” à democracia, em que cabe aos cidadãos a tomada de decisão. Cf. *O Futuro da Democracia*, São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 46.

de recursos escassos, existem alguns estudos empíricos que mostram como a tutela judicial do direito à saúde, da forma como acontece atualmente, não gera equidade na distribuição dos recursos de saúde, pois não beneficia principalmente os mais pobres³⁰. Pelo contrário, é possível que lhes traga prejuízos, uma vez que uma quantia significativa dos recursos do Sistema Único de Saúde (SUS) é usufruída por uma parcela pequena e já favorecida da população.

Primeiramente, cabe notar que o gasto público com compra de medicamentos ordenada por via judicial tem crescido muito nos últimos tempos e seus valores estão longe de serem inexpressivos. Em 2007, ministro da saúde do Brasil, José Gomes Temporão, afirmou que “os Estados (...) desembolsam, em média, R\$ 500 milhões por ano” para cumprimento de decisões judiciais³¹. Os gastos com medicamentos do Ministério da Saúde do Brasil originados por decisões judiciais aumentaram 211,4% de 2005 a 2006³², e em 2008 alcançou a cifra de R\$ 52 milhões em 2008³³. Só no Estado de São Paulo, o governo gastou 86 milhões de reais para fornecer medicamentos e tratamentos médicos em cumprimento de decisões judiciais, o que representa 30% do gasto no programa oficial de remédios de alto custo³⁴. A título de comparação, estes R\$ 86 milhões beneficiaram 10 mil pacientes, enquanto o gasto governamental de R\$ 284 milhões no programa dos medicamentos mais caros disponibilizados pelo SUS beneficia 250 mil pessoas³⁵.

No Estado de São Paulo, frente à grande quantidade de ordens judiciais contra a Secretaria Estadual de Saúde, criou-se uma farmácia especialmente para atender pacientes que obtiveram uma decisão judicial favorável concedendo um medicamento ou insumo relacionado à saúde, denominada Farmácia de Assistência Judicial.

³⁰ Para fins deste trabalho, opto pelo conceito de pobreza adotado pelo Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em declaração de 4 de maio de 2001, que a define como “condição humana caracterizada por privação contínua ou crônica de recursos, capacidades, escolhas, segurança e poder necessários para gozar de padrão adequado de vida e de outros direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais”. Cf. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.2001.10.En](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2001.10.En).

³¹ *Folha de S. Paulo*, 19 de outubro de 2007, “Temporão acusa Justiça de tomar 'lugar dos médicos'”, Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u337955.shtml>>. Acesso em 25 de novembro, 2007.

³² *Idem*.

³³ *Folha de S. Paulo*, “Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos”, C9, 9 de janeiro de 2009.

³⁴ *Folha de S. Paulo*, 3 de outubro de 2005, “Estados tentam barrar remédio via Justiça”. Disponível em <<http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=67274>>. Acesso em 25 de novembro, 2007

³⁵ *Idem*.

Cabe adicionar que a judicialização da saúde não se limita ao fornecimento de medicamentos. Gastos judicialmente ordenados com outros bens e serviços de saúde devem ser computados, bem como os valores despendidos pelo Estado com processo judicial e para cumprimento espontâneo de uma demanda frente à ameaça de um processo judicial.

Se a comparação for feita com políticas de assistência básica, as diferenças são ainda maiores. O Programa de Saúde da Família do Ministério da Saúde (PSF), cuja função é fornecer educação, prevenção e atenção básica para a população – o que inclui, entre outros, aplicação de vacinas, ações médicas básicas, ações em odontologia, procedimentos em vigilância sanitária, controle de tuberculose, hanseníase, hipertensão e diabetes, além de cuidados com saúde da mulher e da criança – tem o custo mensal de cerca de R\$5,00 por pessoa assistida por uma equipe básica (constituída de um médico, um enfermeiro, um auxiliar de enfermagem e de quatro agentes comunitários de saúde), o que corresponde a um custo de R\$ 18 mil ao mês por equipe³⁶.

Uma vez mostrado o volume de gastos gerados pela judicialização da saúde, passemos agora à questão de quem são as pessoas que usam o Judiciário para conseguir medicamentos.

Fabiola Vieira e Paola Zucchi³⁷ analisaram ações judiciais com pedido de fornecimento de medicamentos movidos por cidadãos contra a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo, durante o ano de 2005, e concluíram que a maioria dos pacientes foram representados por advogados privados (54%) e moram nas áreas do município com menor grau de exclusão (63%), o que, para as autoras, indica iniquidade na distribuição de recursos.

Outro dado importante dessa pesquisa é que 75% dos gastos gerados pelas ações judiciais pesquisadas foram para aquisição de antineoplásicos, que corresponderam a apenas 7,5% da totalidade dos itens solicitados, sendo que dois destes antineoplásicos não estavam registrados no Brasil. Ou seja, não é apenas comparando aqueles que se beneficiam de ações judiciais e aqueles que não têm acesso à Justiça é que se percebe existência de injustiça na distribuição de recursos. Mesmo se olharmos

³⁶ Brasil, Ministério da Saúde, “Determinação e avaliação do custo do Programa de Saúde da Família – PSF”, Consórcio FGV-EPOS, 2001.

³⁷Fabiola Sulpino Vieira; Paola Zucchi, “Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil”, *Revista de Saúde Pública*, 41(2), 2007, pp. 214-222.

apenas para os beneficiários da judicialização da saúde, os números apontam para uma grande concentração dos gastos com cumprimento de ordens judiciais para beneficiar uma parcela pequena de cidadãos.

Fernanda Terrazas³⁸, por meio de entrevistas realizadas com pessoas que vão buscar medicamentos na Farmácia de Ação Judicial – uma estrutura física montada pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo para atender pessoas que recebem medicamentos cujo fornecimento foi ordenado por via judicial – mapeou a condição socioeconômica das pessoas que conseguiram medicamentos por meio de uma ação judicial. Dentre as conclusões que os dados obtidos pela pesquisa, destaco:

- 1) 60,63% dos solicitantes tiveram a prescrição do medicamento proveniente de estabelecimento de saúde privado; 26,25% tiveram atendimento em estabelecimentos do SUS-Referência, que são normalmente ligados a alguma instituição de ensino superior e que se distinguem dos demais estabelecimentos do SUS por oferecerem, em regra, serviços considerados de excelência e por serem de acesso mais restrito; somente 13,13% dos entrevistados são provenientes dos serviços públicos de saúde ordinários, ou seja, que atendem à maioria da população e não são centros de referência.
- 2) 60% dos beneficiados tiveram ação proposta por serviços particulares de advogados (38,75%) ou associações/ONGs (21,25%); 28,75% pela Procuradoria de Assistência Judiciária³⁹; apenas 1,88% pelo Ministério Público; e 9,38% por outros meios.
- 3) Em relação aos que tiveram ação proposta por associações/ONGs, muitos nunca haviam freqüentado a instituição e, em alguns casos, nem mesmo sabiam informar o nome da associação/ONG que lhes prestou assistência jurídica. Na grande maioria dos casos, esses serviços foram prestados gratuitamente. Cumpre, também, notar que, dos casos patrocinados por

³⁸Fernanda Terrazas, *O poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais por medicamentos*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da USP como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2008.

³⁹ A Procuradoria de Assistência Judiciária é órgão integrante da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo e, até a criação da Defensoria Pública em São Paulo, em 2006, era o único órgão que prestava assistência jurídica gratuita.

associações/ONGs, 80% referiam-se apenas a duas doenças (para artrite e oncológicos), o que indica uma atuação bastante focada por parte delas.

- 4) Em relação à renda dos entrevistados, a autora identificou dois grupos: um primeiro, de baixa renda, proveniente do SUS e assistido pela Procuradoria de Assistência Judiciária, que requisita geralmente material de enfermagem e remédios mais simples, mas que aparece também nas ações com pedidos de medicamentos para diabetes. O segundo grupo é formado por pessoas de renda mais elevada, provenientes da rede privada de saúde, assessorados por advogados particulares e que solicitam remédios de custos mais elevados (dos medicamentos oncológicos, a prescrição foi feita em hospital particular em 84,38% dos casos) e insulinas mais modernas para diabetes.

A conclusão a que esta pesquisa chegou é que são os cidadãos privilegiados que fazem uso do Judiciário para conseguir medicamentos. São as pessoas com melhores condições sócio-econômicas que conseguem usar o Judiciário para intervir na política pública de fornecimento de medicamentos. Segundo a própria autora da pesquisa:

A judicialização dos direitos sociais (...) serve aos interesses de grupos já incluídos e bem representados no processo democrático, que utilizam o Judiciário como mais um *locus* onde conseguem impor seus interesses e vê-los concretizados, em detrimento daqueles a quem supostamente o Judiciário deveria dar mais visibilidade e proteção (...). Em suma, o Judiciário, ao forçar o deslocamento de recursos das políticas públicas universais para a satisfação de alguns poucos interesses individuais, acaba contribuindo com o acesso desigual aos bens públicos que, conforme a premissa que motivou essa pesquisa, era o que ele deveria atenuar.

Porém, os dados apresentados por essas pesquisas, embora esclarecedores, devem ser avaliados com cautela. Uma pesquisa conduzida por Ana Márcia Messenger *et al.*, analisando a realidade das ações judiciais com pedido de medicamento no Estado do Rio de Janeiro aponta para dados diferentes. A sua amostra aponta que 53,5% das ações propostas contra o Estado do Rio de Janeiro foram conduzidas por defensoria pública e apenas 16% dos demandantes provinham de médicos particulares ou hospitais

sem convênio com o SUS⁴⁰. Duas hipóteses, não mutuamente excludentes, podem ser levantadas para explicar a disparidade entre essa pesquisa e as duas anteriormente citadas: (1) a realidade da judicialização da saúde no Estado do Rio de Janeiro é muito diferente se comparada com São Paulo e (2) a pesquisa de Ana Messeder *et al.* analisa um período anterior, que vai de 1991 até 2002, o que pode indicar o maior uso do Judiciário por pessoas provenientes do sistema suplementar de saúde e assistido por advogados privados para demandar medicamentos nos anos mais recentes. Infelizmente, será impossível testar essas hipóteses neste trabalho.

1.4. Conclusão do capítulo

Este capítulo objetivou mostrar as principais críticas em relação à judicialização da saúde, quais sejam: os juízes não possuem informação nem legitimidade democrática para alocar recursos escassos e fazer as “escolhas trágicas”, e a judicialização da saúde, da forma como ocorre atualmente, gera injustiça social, ou agrava a injustiça existente, uma vez que há pesquisas consistentes que indicam que apenas uma minoria se beneficia e aqueles que possuem maior renda acabam se apropriando de mais recursos públicos da saúde por meio das ações judiciais.

Percebe-se, nestas críticas, uma maior confiança no processo político para alocação de recursos escassos, o que é aparentemente pouco compatível com a judicialização da saúde. A falta de legitimidade, informação e conhecimento do Judiciário para tratar deste tipo de caso gera ceticismo em relação às potencialidades da judicialização da saúde para concretizar os direitos sociais. Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, acredita que a implementação dos direitos sociais, assim como ocorreu com os direitos civis e políticos, deve ser uma conquista da sociedade civil realizada por meios políticos⁴¹. Posicionamento semelhante é o de J.J. Gomes Canotilho, para quem

⁴⁰ Ana Maria Messeder *et. Al.*, “Mandados judiciais como ferramentas para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil”, *Cadernos de Saúde Pública*, 21 (2), p. 527 e 530.

⁴¹ Virgílio Afonso da Silva, “Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights”. Acesso em <http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>.

a efetivação dos direitos sociais deve se dar pela “intensificação de participação democrática na política dos direitos fundamentais”⁴².

Muito embora todas essas críticas sejam pertinentes, entendo que elas não sejam suficientes para excluir a atuação do Judiciário frente ao direito à saúde, pois dependendo da forma como ela ocorrer, ao contrário de ser antidemocrática e gerar desigualdade social, a proteção judicial do direito à saúde pode ser uma forma legítima de participação e contestação democrática dos menos favorecidos.

No capítulo seguinte tentarei mostrar a importância da participação democrática nas políticas públicas de saúde e que o Judiciário pode ser uma instituição importante para que ela ocorra e, por essa razão, deve ser uma via sempre aberta aos cidadãos.

⁴² José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, Coimbra Editora, 1983, p. 377.

2. Participação democrática nas políticas de saúde

Conforme visto no primeiro capítulo, em um Estado Democrático de Direito é indispensável que decisões de alocação de recursos, para serem legítimas, sejam tomadas em processos de deliberação nos quais esteja garantida a participação e a contestação pública. Escolhas que envolvam justiça distributiva e alocação de recursos escassos possuem um caráter multilateral, pois dizem respeito à apropriação por alguns de bens financiados por toda a sociedade, o que reforça a importância da participação democrática na tomada destas decisões. Neste sentido, a democratização é essencial para legitimar as escolhas em que se alocam recursos comuns da sociedade e que possuem um caráter de “tragicidade”, no sentido trabalhado por Calabresi e Bobbit⁴³.

Além de trazer maior legitimidade para as decisões, um processo democrático de decisão permite a manifestação dos interesses tanto daqueles que contribuem quanto daqueles que se beneficiam, ou não, da rede de solidariedade social, além de promover um diálogo entre a sociedade civil e o Estado, responsável pela execução daquilo que foi decidido democraticamente.

Desta forma, a possibilidade de participação e contestação em uma política pública faz com que ela se torne também mais efetiva e eficiente para os maiores interessados nela, por meio de cobrança, fiscalização e troca de conhecimentos.

Ligando a importância da participação democrática com o resultado das políticas públicas, Amartya Sen defende que as liberdades civis e políticas, além de possuírem um valor intrínseco, proporcionam às pessoas a oportunidade de chamar a atenção eficazmente para suas necessidades e exigir a ação pública apropriada⁴⁴. De acordo com o autor, a resposta do governo ao sofrimento do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre esse governo, e, neste ponto, o exercício dos direitos políticos e civis (votar, criticar, protestar etc.) pode realmente fazer a diferença.

⁴³ Guido Calabresi; Philip Bobbit, *Tragic Choices*, New York: W.W. Norton Company, 1978, p. 18.

⁴⁴ Amartya Sen, *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 178.

Se estiver correta a hipótese de que a efetivação dos direitos guarda relação com a participação democrática na sua política⁴⁵, a participação democrática também é fundamental para a existência de boas políticas públicas em matéria de direitos sociais.

Portanto, o tema da participação democrática é especialmente importante para os menos favorecidos, pois são eles que possuem as maiores carências em termos de direitos sociais.

A participação democrática será analisada neste trabalho pela observação de algumas instituições existentes desenhadas para promovê-la. Parto da premissa de que sociedades justas são baseadas não no anúncio de amplos princípios, mas no papel da participação democrática no desenho de reais processos institucionais em que decisões sobre políticas públicas relativas a *quem* deve ter *o quê*, *quando* e *como* são tomadas. Como afirma Neil Komesar, a Justiça é forjada na fôrma da escolha institucional⁴⁶.

2.1. Democracia representativa e participação democrática

Amartya Sen dá como exemplo de instituição onde essa participação pode se manifestar e surtir efeito a democracia representativa por meio de eleições periódicas. Isso porque os dirigentes políticos que precisam enfrentar a crítica do povo e buscar seu apoio nas eleições têm os incentivos para ouvir suas necessidades⁴⁷.

Dentro da perspectiva da democracia representativa, conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho, a judicialização da saúde é vista por alguns autores com muitas reservas e descrença nas suas possibilidades, pois acreditam no processo político para concretizar direitos sociais. Estes consideram o Judiciário uma instância insuficientemente democrática para decidir sobre alocação de recursos escassos porque os juízes não são eleitos e não são avaliados em eleições periódicas.

Contudo, acredito que uma concepção de democracia e participação restrita à representação escolhida pelos cidadãos por meio de eleições periódicas é limitada.

⁴⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 377.

⁴⁶ Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: choosing institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago: Chicago University Press, p. 48.

⁴⁷ Cf. Amartya Sen, *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 180. O autor dá como exemplo o fato de que em países de regime democrático e imprensa livre, o povo nunca sofreu fome coletiva.

Embora a associação democracia/representatividade seja correta, uma vez que dificilmente pode haver um sistema de governo no mundo atual que possa ser chamado de democrático sem contar com algum grau de representatividade, acredito que há necessidade da existência de outros espaços institucionais nos quais a participação e a deliberação dos cidadãos no processo decisório de políticas públicas possam ocorrer.

Embora a democracia representativa permita a premiação e a punição dos eleitos por parte dos eleitores, ela nem sempre garante que aqueles que são afetados por algumas decisões em matéria de políticas públicas possam se manifestar e, de fato, ter alguma participação nas tomadas de decisão. Pode-se dizer que há dificuldade de se punir ou premiar um político em razão da qualidade de uma política pública determinada, uma vez que as razões que determinam um voto são difíceis de se identificar e extrapolam o julgamento da população com relação a uma só política. Esse julgamento torna-se ainda mais complicado se pensarmos que uma política pública divide-se em várias fases: identificação de uma questão, estabelecimento de uma agenda, formulação da política, adoção da política, implementação da política e sua avaliação⁴⁸, o que dificulta a leitura, tanto por parte do eleitor quanto do eleito, daquilo que efetivamente se está punindo ou premiando.

Além do mais, a democracia representativa não impede que desigualdades econômicas reflitam-se em desigualdades na capacidade de influir em decisões políticas. Nem sempre os políticos competirão por votos oferecendo políticas que melhorem a vida dos menos favorecidos. E, dentre as razões para isso, vale citar alguns exemplos: (1) a dependência dos políticos de contribuições para suas campanhas⁴⁹; (2) a influência de grupos de interesse organizados⁵⁰, o que inclui, por exemplo, *lobbying*, barganha por trás dos bastidores, propaganda e informação, e relacionamentos privilegiados⁵¹; (3) o medo dos governantes de que políticas altamente distributivas

⁴⁸ Stella Z Theodoulou, "Making Public Policy", in Stella Z. Theodoulou; Matthew A. Cahn (ed.), *Public Policy: the essential reading*, New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 86

⁴⁹ Ian Shapiro, *The State of Democratic Theory*, Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 108.

⁵⁰ Para maior aprofundamento sobre o debate a respeito do papel dos grupos de interesse e a sua possível atuação a favor dos interesses de grupos já favorecidos ver, Ian Shapiro, *The State of Democratic Theory*, Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 111; Joseph Lapalombara, "Interesses e pressões políticas", in Joseph Lapalombara, *A Política no Interior das Nações*, Brasília: Editora da UnB, 1982, p. 329; Robert Salisbury, "Interest groups", in N. Polsby; F. Greenstein (orgs.), *Handbook of Political Science*, v. 4, Boston: Addison-Wesley Publishing Company, 1975, p. 221-223; Mauro Cappelletti, *Juizes Legisladores?*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 94.

⁵¹ Joseph Lapalombara, "Interesses e pressões políticas" in Joseph Lapalombara, *A Política no Interior das Nações*, Brasília: Editora da UnB, 1982, p. 310-323.

levem à fuga de capital e crises econômicas⁵²; (4) a classe de origem dos políticos, normalmente provenientes das elites, que esperam uma atuação do Estado diferente daquela desejada pelos menos favorecidos; (5) a preferência, ditada pela dinâmica da disputa eleitoral, por políticas de impacto imediato e com apelo midiático ao invés de programas eficientes de longo prazo; (6) raras medidas de sanção sobre os representantes que atuam de modo que seus eleitores consideram inadequado⁵³; (7) limitação de informação do eleitor em relação à atuação dos representantes⁵⁴ e das questões políticas em debate; (8) desconfiança dos cidadãos nas instituições democráticas, com o descrédito dos partidos políticos, casas legislativas e processos eleitorais⁵⁵, o que implica menor engajamento político da população e se reflete na menor capacidade, principalmente entre aqueles que possuem menos informação e renda, de se organizar, fiscalizar e pressionar seus representantes.

Constata-se, então, um déficit na representação dos interesses dos setores menos favorecidos e com maior vulnerabilidade social no sistema político, quando comparados com os setores economicamente mais prósperos⁵⁶. A mera possibilidade de votar nas eleições para os representantes dos poderes políticos não garante que todos os interesses sejam igualmente considerados.

Além do mais, as decisões envolvendo políticas públicas não são tomadas apenas pelos representantes do povo ou pessoas indicadas por esses representantes, mas também pela burocracia formada, em regra, por funcionários de carreira não eleitos⁵⁷. Em relação à burocracia, pode-se exemplificar como problemas (1) o fato de não

⁵² Ian Shapiro, *The State of Democratic Theory*, p. 106.

⁵³ Roberto Gargarella, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 2, 1995, p. 90.

⁵⁴ Roberto Gargarella, “Full Representation, Deliberation, and Impartiality”, in Jon Elster, *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 272.

⁵⁵ Celso Fernandes Campilongo, “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, in José Eduardo Faria (org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 32; Moisés, José Álvaro, “A desconfiança nas instituições democráticas”, *Opinião Pública*, v.11, n. 1, 2005.

⁵⁶ Boaventura de Souza Santos; Leonardo Avitser, “Introdução: para ampliar o cânone democrático”, in Boaventura de Souza Santos (org.), *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 54.

⁵⁷ Sobre a força que exerce a burocracia no rumo que as políticas públicas de saúde tomam no Brasil ver Marta Arretche, “A política da política de saúde no Brasil”, in Lima, Nísia Trindade (org.), *Saúde e Democracia: história e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ: 2005; Vera Schattan P. Coelho, “Interesses e instituições na política de saúde”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 37, 1998, p. 115-128. força que exerce a burocracia no rumo que as políticas públicas de saúde tomam no Brasil.

possuírem índice de performance facilmente identificável⁵⁸; (2) pouca publicidade em relação à forma como são tomadas as decisões⁵⁹; (3) corpo de funcionários insulados de controle democrático; (4) o risco de burocratas e clientes formarem coalizões poderosas, conseqüentemente compondo um grupo de interesse capaz de efetuar decisões políticas⁶⁰. Embora a burocracia tenha sua existência fundamentada na sua capacidade técnica, isso não garante a responsividade desses funcionários aos interesses da população. Percebe-se aqui novamente o *trade-off* entre participação e a necessidade de conhecimento e informação técnica na alocação de recursos.

Neste diapasão, deve-se, talvez, repensar o próprio conceito de *accountability* usado no início deste trabalho (controle democrático por meio de eleições periódicas, em que se pode manter ou expulsar um determinado representante) e ampliá-lo para um conceito mais amplo de controle de instituições políticas por meio da participação em processos decisórios de políticas públicas.

Além da possibilidade de se manter ou retirar alguém do poder, mecanismos de *accountability* podem ser importantes para mediar relação entre usuário, provedores e gestores. E para que isso ocorra é importante que se aumente a participação de grupos marginalizados⁶¹.

Portanto, considero que o fato de Executivo e Legislativo serem eleitos pelo povo e de o Executivo possuir melhor conhecimento da relação entre escassez de recursos e o conjunto das necessidades que estes recursos devem atender não parece suficiente para afirmar, sem maiores problemas, que a escolha de canalização de recursos públicos feita por esses poderes levará a uma formulação e gestão democráticas das políticas públicas em matéria de direito sociais.

Paulo Todescan Lessa Mattos defende a tese de que a década de 90 foi um período de reconfiguração das relações entre os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e das relações entre Estado e sociedade civil. Houve uma valorização da sociedade civil e da esfera pública como elementos constitutivos da democracia e, assim, das condições de legitimidade de políticas públicas. Faz-se necessário, portanto,

⁵⁸ Nicholas Mercurio; Steven G. Medema. *Economics and the Law: from Posner to post-modernism*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 94.

⁵⁹ Nicholas Mercurio; Steven G. Medema. *Economics and the Law: from Posner to post-modernism*, p. 94.

⁶⁰ Nicholas Mercurio; Steven G. Medema. *Economics and the Law: from Posner to post-modernism*, p. 94.

⁶¹ Asha George, "Accountability in health services: transforming relationships and contexts", *Harvard Center for Population and Development Studies*, Working Paper Series, 13(1), 2003, p. 11.

novas arenas decisórias em matéria de políticas públicas, não limitadas, porém conectadas, ao processo de barganha político-eleitoral característico do eixo de circulação de poder políticos (Administração Direta - Poder Legislativo)⁶².

No próximo sub-item, estudarei uma dessas novas arenas criadas para permitir maior participação nas políticas de saúde, os Conselhos de Saúde, e farei uma avaliação com base na literatura que analisa sua atuação e os grupos que deles participam.

2.2. Conselhos de saúde e participação democrática

No que tange especificamente às políticas de saúde, a Constituição Federal de 1988 atentou para a importância da participação democrática a ponto de colocá-la como um dos princípios sobre os quais se alicerça o sistema público de saúde. Além dos já citados princípios da universalidade, integralidade e equidade na saúde, está constitucionalizado também o princípio da participação da comunidade (art. 198, III). Cabe frisar que a participação, antes de ser um produto do texto constitucional, foi um fator muito importante para a própria constitucionalização do direito à saúde e de um sistema universal de saúde, uma conquista dos movimentos sociais de base e do movimento sanitarista⁶³.

A própria Constituição Federal e a Lei Federal 8.142/90 fizeram a opção por uma democracia que, além do sistema de representação por meio de eleições periódicas, busca ampliar-se por meio da criação de espaços onde a participação e a deliberação possam ocorrer mais efetivamente nas políticas de saúde. Para institucionalizar a participação democrática nas políticas públicas de saúde no Brasil, foram criados os Conselhos de Saúde pela Lei Federal 8.142/90⁶⁴, que são espaços de deliberação e

⁶² Paulo Todescan Lessa Mattos, “Regulação econômica e social, accountability e democracia: contexto e perspectivas do debate”, *Revista Direito GV*, especial 1, 2005.

⁶³ Eleutério Rodriguez Neto, *Saúde: promessas e limites da Constituição*, Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003, p.33-52; Marta Arretche, “A política da política de saúde no Brasil,” in Nísia Trindade Lima (org.), *Saúde e Democracia: história e perspectiva do SUS*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 290.

⁶⁴ A lei 8.142 institucionalizou também as Conferências de Saúde. Embora sejam espaços importantes de participação da comunidade, por razão de escopo do trabalho opto por não analisá-lo. Para conhecer melhor as Conferências de Saúde e a sua importância, ver http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1041.

participação integrantes da própria “engenharia-político-institucional”⁶⁵ do sistema público de saúde, e que pretendem democratizar as decisões neste setor por, idealmente, permitir que o cidadão comum, sem expertise e a um baixo custo, participe das decisões sobre políticas públicas de saúde⁶⁶. A Lei 8.142 dá a estes Conselhos a função de formular estratégias e controlar a execução das políticas de saúde (art. 1º, §2º), além de ser um corpo consultivo que traz propostas da população aos governos.

Existem Conselhos em âmbito nacional, estadual e municipal, e a participação neles deve ser dividida da seguinte maneira: 50% entidades de usuários, 25% entidades de trabalhadores da saúde; 25% governo e prestadores de serviços conveniados. Em um levantamento de 2004, contabilizam-se mais de 5.500 Conselhos de Saúde no Brasil⁶⁷.

Com base na literatura que estuda os Conselhos de Saúde, procurarei refletir a respeito da capacidade desses conselhos de serem espaços de participação democrática complementares às eleições representativas, principalmente para os menos favorecidos.

Vera Coelho, em análise dos Conselhos de Saúde no município de São Paulo⁶⁸, aponta que a divulgação das eleições para os Conselhos são muito restritas e normalmente são informadas apenas às associações e aos movimentos populares conhecidos pelos gestores de saúde. Embora seja grande a participação de pessoas com baixa escolaridade e renda, acabam participando principalmente aqueles grupos que já possuem vínculos com atores estatais, o que a autora chama de “excluídos organizados”, preterindo aqueles que não possuem esses vínculos. Na época de seu estudo, a Prefeitura de São Paulo era governada pelo Partido dos Trabalhadores e, dentre os 30 representantes dos usuários, 20 haviam votado ou tinham ligação com esse partido e três com o Partido Comunista do Brasil, aliado do governo⁶⁹.

⁶⁵ Maria Eliana Labra, “Conselhos de Saúde: dilemas, avanços e desafios”, in Nísia Trindade Lima (org.), *Saúde e Democracia: história e perspectiva do SUS*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

⁶⁶ Vera Schattan P. Coelho, “Democratização dos Conselhos de Saúde”, *Novos Estudos CEBRAP*, n. 78, 2007, p. 82.

⁶⁷ Vera Schattan P. Coelho, “Conselhos de Saúde enquanto instituições políticas: o que está faltando?”, in Vera Schattan P. Coelho; Marcos Nobre (org.), *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: 34, 2004, p. 255.

⁶⁸ Em São Paulo há o Conselho Municipal de saúde, 31 conselhos gestores de saúde e 321 conselhos de unidade que funcionam nos equipamentos de saúde. Cf. Vera Schattan P. Coelho, “Conselhos de saúde enquanto instituições políticas: o que está faltando?”, in Vera Schattan P. Coelho e Marcos Nobre (org.), *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: 34, 2004, p. 258.

⁶⁹ Vera Schattan P. Coelho, “Conselhos de saúde enquanto instituições políticas: o que está faltando?”, in Vera Schattan P. Coelho e Marcos Nobre (org.), *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: 34, 2004.

Outro problema apontado pela autora é a falta de recursos políticos dos Conselhos para vocalizarem suas demandas, o que lhes dá um papel ainda pouco relevante no processo político para definição da política de saúde⁷⁰. Posições do prefeito ou do secretário de saúde tendem a prevalecer sobre as dos conselhos.

Em outro trabalho, a mesma pesquisadora aponta que o sucesso dos Conselhos como espaço de participação dos menos favorecidos e desempenhar papel significativo na definição de políticas públicas depende da conjunção de fatores nem sempre presentes como: (1) mobilização e organização da sociedade civil; (2) comprometimento das autoridades com projeto participativo; (3) desenho institucional aberto à participação mais plural⁷¹.

Maria Eliana Labra⁷², com base nos relatórios finais da 11ª e 12ª Conferência Nacional de Saúde, aponta, entre outras coisas, para (1) falta de representatividade dos conselheiros, muitas vezes indicados clientelisticamente, (2) pouca informação da população sobre os Conselhos, que leva a uma baixa adesão e envolvimento da população, e (3) críticas aos secretários de saúde, que não discutem o orçamento, não prestam contas da execução da política aos conselheiros, não acatam as resoluções do colegiado, definem previamente ou manipulam a pauta de discussão, impõem decisões com fundamentos tecnocráticos, evitam discussões de teor político, cooptam conselheiros ou lideranças comunitárias com táticas clientelísticas.

Sem diminuir a importância dos conselhos de saúde, é importante frisar os seus limites atuais, quais sejam: (1) alta inclusão de grupos vinculados aos gestores públicos de saúde; (2) exclusão de grupos não organizados, o que atinge especialmente os usuários em geral, que possuem demandas difusas, ao contrário de portadores de patologias ou deficiências⁷³; (3) exclusão de grupos organizados sem vínculos políticos; (4) dúvidas quanto à legitimidade da representação da sociedade civil no conselho, uma vez que o processo de escolha dos representantes não é transparente; (5) nem sempre o produto das deliberações nos conselhos é acatado pelos governantes, que podem usar

⁷⁰ Vera Schattan P. Coelho, “Conselhos de saúde enquanto instituições políticas: o que está faltando?”, in Vera Schattan P. Coelho e Marcos Nobre (org.), *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: 34, 2004, pp. 261-262.

⁷¹ Vera Schattan P. Coelho, “Democratização dos Conselhos de Saúde”, *Novos Estudos CEBRAP*, 78, 2007.

⁷² Maria Eliana Labra, “Conselhos de Saúde: dilemas, avanços e desafios” in Nísia Trindade Lima (org.), *Saúde e Democracia: história e perspectiva do SUS*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 371-372.

⁷³ Maria Eliana Labra, “Conselhos de Saúde: dilemas, avanços e desafios” in Nísia Trindade Lima (org.), *Saúde e Democracia: história e perspectiva do SUS*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 374

diversos artifícios para controlar os outros conselheiros e não ter o conselho contra a gestão pública.

Além do mais, assim como nas instâncias de democracia representativa, mesmo se os conselhos funcionassem sem nenhuma dessas imperfeições, ainda haveria o problema de que, dada a pluralidade de interesses, nem todos os grupos poderiam se fazer representar.

Pode-se também aferir desses trabalhos que a mera existência de instituições formalmente criadas para assegurar a ampla participação da população não é suficiente para garantir que essa participação ocorra.

Dessa forma, podemos concluir que métodos participativos não são automaticamente inclusivos, eles podem refletir ou aumentar divisões sociais preexistentes na comunidade⁷⁴. Os conselhos, por mais que sejam espaços de participação importante para os menos favorecidos, possuem algumas limitações.

No sub-item seguinte tentarei analisar se o Judiciário pode ser um espaço de participação complementar à democracia representativa e aos conselhos de saúde, de forma a compensar algumas das limitações que eles apresentam.

2.3. Judiciário e participação democrática nas políticas públicas

Ao longo do primeiro capítulo deste trabalho apresentei as principais teses e argumentos contrários à judicialização da saúde, quais sejam: (1) os juízes possuem pouco conhecimento e informação; (2) eles não possuem legitimidade democrática para decidir sobre alocação de recursos escassos; e (3) as ações judiciais concedendo medicamentos ou tratamentos médicos acabam beneficiando principalmente os já favorecidos.

Neste segundo capítulo, o objetivo é apontar que, embora a atuação do Judiciário apresente inúmeras dificuldades, esta não é uma característica exclusiva deste poder. Tanto a representação política quanto os foros específicos de participação e deliberação, ainda que muito importantes, possuem sérias limitações para a participação dos cidadãos, principalmente aqueles menos favorecidos e organizados.

⁷⁴ Asha George, “Accountability in health services: transforming relationships and contexts”, *Harvard Center for Population and Development Studies, Working Paper Series*, 13(1), 2003, p. 10.

Pode-se considerar a hipótese de que é a debilidade das instituições de representação democrática e a deterioração dos espaços tradicionais de mediação política e social que transferem ao Poder Judiciário um papel mais ativo em matéria de direitos sociais⁷⁵. Além do mais, a existência de um Estado com burocracias cada vez maiores e insuladas de controle democrático, faz com que o controle sobre a Administração pela linguagem de direitos por meio do poder Judiciário seja cada vez mais atrativo⁷⁶.

No presente item, tento mostrar que, embora sejam válidas as críticas e reservas a respeito da judicialização da saúde, não se pode deixar de perceber que o Judiciário pode ter uma função importante dentro de um Estado Democrático, e sua participação eficiente do ponto de vista da cidadania civil e da *accountability* - em uma acepção mais ampla - pode significar uma ampliação democrática para além dos limites demarcados pela democracia representativa⁷⁷, inclusive em matéria de políticas públicas e direitos sociais. Também, o Judiciário pode ser um espaço em que alguns interesses e grupos que não participam dos Conselhos de Saúde possam se manifestar de forma efetiva.

Qual seria, então, o papel que o Judiciário poderia legitimamente exercer em matéria de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais dentro de um Estado Democrático de Direito?

Uma primeira tentativa de resposta seria encará-lo como, de acordo com a terminologia de Robert Alexy⁷⁸, uma “instância de reflexão do processo político” em que sua legitimidade está na sua “representação argumentativa” ao invés de residir na “representação política”, como é o caso dos poderes Legislativo e Executivo.

O Judiciário pode promover um diálogo com a administração pública, de forma que caberia a esta o ônus de explicar por que determinada política concretizadora de um direito social não foi implementada ou está sendo mal implementada, se já está

⁷⁵ Victor Abramovich, “Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: instrumentos e aliados”, in *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2(2), 2005, p. 204; Rodrigo Uprimy e Mauricio García-Villegas, “Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia”, in Boaventura de Souza Santos (org.), *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 306.

⁷⁶ Charles Epp, *The Rights Revolution: lawyers, activists and Supreme Court in comparative perspective*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998, p. 16.

⁷⁷ Cf. Rogério Bastos Arantes; Fábio Kerche, “Judiciário e Democracia no Brasil”, *Novos Estudos CEBRAP*, n. 54, 1999, p. 31.

⁷⁸ Robert Alexy, “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático” in Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismos*, Madrid: Trotta, 2005, p. 39-41.

empregando o máximo de seus esforços e recursos em outras áreas prioritárias, se possui informação suficiente a respeito das necessidades existentes, ou se já tem planos para atender a demanda reclamada⁷⁹.

Esta forma de atuação em que o Judiciário funciona como um espaço de questionamento das decisões tomadas pelo Executivo e o força a uma justificativa e reavaliação de suas decisões e prioridades é perfeitamente democrático se considerarmos um conceito de democracia mais específico que aquele apresentado no começo deste trabalho. Refiro-me ao conceito de democracia deliberativa, que parte do pressuposto de que (1) decisões públicas devem ser adotadas depois de um amplo processo de discussão coletiva e que (2) devem permitir a participação de todos aqueles potencialmente afetados pela decisão⁸⁰.

Neste aspecto, o Judiciário pode ser um mecanismo importante para o debate público porque (1) sua função permite que ele receba reclamações de todos aqueles afetados por uma decisão política, inclusive aqueles menos favorecidos e marginalizados do processo político⁸¹, (2) tem poder de exigir justificativas da Administração para suas decisões, o que enriquece e legitima a discussão pública pela entrada de mais atores e novos pontos de vista e (3) as ações judiciais podem indicar ao governo a necessidade de revisar algumas políticas e a forma como elas estão sendo implementadas⁸².

Entretanto, tal atuação é seguramente mais difícil dentro de um processo judicial quando se tratar de ações individuais, ainda mais se elas forem acompanhadas de pedidos liminares. Contudo, parece-me viável quando se tratar de ações coletivas, em especial as Ações Cíveis Públicas, em que é possível superar a dicotomia ganhador/perdedor para buscar uma saída que envolva mais diálogo e negociação entre os poderes.

⁷⁹ Gerardo Pisarello, *Los Derechos Sociales y Sus Garantías*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.101-102.

⁸⁰ Roberto Gargarella “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights” in Roberto Gargarella, Pilar Domingo e Theunis Roux, 2006, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Hampshire: Ashgate, 2006, p. 27.

⁸¹ Roberto Gargarella “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights” in Roberto Gargarella; Pilar Domingo; Theunis Roux, 2006, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Hampshire: Ashgate, 2006, p. 28.

⁸² Varun Gauri; Daniel M. Brinks, “Introduction” in Varun Gauri; Daniel M. Brinks (ed.), *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 14.

As ações civis públicas, por exemplo, são antecedidas por uma fase de inquérito civil em que se abre espaço para o diálogo entre as partes e permite tanto à Administração entender e corrigir sua eventual falha, eventualmente celebrando um Termo de Ajustamento de Conduta, quanto fornece aos juízes maior quantidade de informações e pontos de vista para julgarem.

Outra forma de defender a proteção judicial dos direitos sociais, porém não descolada da primeira recém analisada, é pela constatação de que grupos menos favorecidos - cujos reclamos não são atendidos por seus representantes políticos e que não conseguem voz em outras instâncias de participação, ou, se conseguem, não logram sucesso em suas demandas - possam ter no Judiciário um importante canal institucional para expressar suas demandas ignoradas e colocar em debate as escolhas de prioridades previamente feitas⁸³.

Werneck Vianna e Marcelo Burgos, partindo de um conceito de “cidadania complexa”⁸⁴ – que não se limita ao “eixo especializado da representação política” e que proporciona outros cenários de participação na vida pública –, justifica o uso do Judiciário como um desses cenários que servem de “*médium* para a tradução de questões pertinentes à sociabilidade em pontos de agenda pública”⁸⁵. Estes autores, por meio de pesquisas empíricas, também apontam que o uso do Poder Judiciário, além da função de proteger direitos, tem o condão de ampliar e diversificar a participação da sociedade na construção de uma agenda pública⁸⁶.

A transferência de algumas decisões relativas à proteção de direitos para o Judiciário pode ser bastante valiosa para os menos favorecidos⁸⁷. Este argumento é bastante válido principalmente para países de grande desigualdade, como é o caso do Brasil, onde os tribunais podem responder às reclamações dos menos favorecidos,

⁸³ Roberto Gargarella “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights” in Roberto Gargarella, Pilar Domingo e Theunis Roux, 2006, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Hampshire: Ashgate, 2006, p. 28; Cappelletti, Mauro, *Juizes Legisladores*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 99; Marius Pieterse, “Social Movements, and Rights-based Litigation in South Africa”, *Journal of Law and Society*, v. 35, n.3, 2008, p. 379.

⁸⁴ Luiz Werneck Vianna; Marcelo Burgos, “Revolução Processual e Democracia Progressiva” in Luiz Werneck Vianna (org.), *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 385.

⁸⁵ Luiz Werneck Vianna; Marcelo Burgos, “Revolução Processual e Democracia Progressiva”, p. 372.

⁸⁶ Luiz Werneck Vianna; Marcelo Burgos, “Revolução Processual e Democracia Progressiva”, p. 484.

⁸⁷ Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípios*, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.31. Importa ressaltar que o autor usa este argumento para justificar a tutela judicial de direitos individuais, contudo acreditamos que a mesma lógica, neste caso, também sirva para os direitos sociais, embora isso não seja feito pelo autor.

quando estes traduzem uma demanda social em jurídica, trazendo, assim, maior visibilidade para algumas reivindicações que seriam “sufocadas” em uma arena meramente política⁸⁸.

O Comitê dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU, no seu Comentário Geral nº 9, expressa um entendimento semelhante ao afirmar que uma concepção de direitos econômicos, sociais e culturais que lhes nega a proteção pelos tribunais poderia reduzir drasticamente a capacidade do Judiciário de proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e menos favorecidos da sociedade⁸⁹.

Um trabalho patrocinado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (UNDP) e o Banco Mundial⁹⁰, que trata sobre as doenças negligenciadas no mundo, aponta para a importância da atuação do poder Judiciário na defesa do direito à saúde dos menos favorecidos na sua luta pelo fornecimento de medicamentos para combatê-las. O conceito de “doenças negligenciadas” refere-se a enfermidades que atingem os mais pobres entre os pobres e que são também os que possuem menos poder na sociedade (*powerless*), além de marginalizados⁹¹. As características dessa “população negligenciada” fazem com que sua voz dificilmente chegue às instâncias políticas de representação, o que torna o Judiciário uma instituição relevante para a proteção de seu direito à saúde.

Em algumas situações, mesmo que os pedidos feitos ao Judiciário não sejam atendidos, ainda assim pode haver efeitos indiretos positivos na judicialização de demandas sociais, por potencialmente constranger o poder público a firmar acordos fora do Judiciário e suscitar ou intensificar o debate público e criar movimento político em torno da questão⁹².

⁸⁸ Oscar Vilhena Vieira, “A desigualdade e a subversão do Estado de Direito”, in *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 6(4), 2007, p. 49. Gerardo Pisarello, *Los Derechos Sociales y Sus Garantías*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 93.

⁸⁹ UNITED NATIONS, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 9, The domestic application of the Covenant, U.N. Doc. E/C.12/1998/24 (1998).

⁹⁰ Paul Hunt *et al.*, “Neglected Diseases: a human right analysis”, *Special topics in social, economic and behavioural research report series*, n. 6. World Health Organization on behalf of the Special Programme for Research and Training in Tropical Diseases, 2007.

⁹¹ Paul Hunt *et al.*, “Neglected diseases: a human right analysis”, *Special topics in social, economic and behavioural research report series*, n. 6. World Health Organization on behalf of the Special Programme for Research and Training in Tropical Diseases, 2007, pp. 3-4.

⁹² Siri Gloppen, “Courts and social transformation: an analytical framework” in Roberto Gargarella; Pilar Domingo; Theunis Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Hampshire: Ashgate, 2006, p. 42.

Além do mais, o Judiciário pode ser uma via relativamente barata ou até mesmo gratuita para o interessado, quando a ação é ajuizada pelo Ministério Público ou quando seu autor é representado por organizações não governamentais (ONGs) ou por defensores públicos.

O baixo custo, somado à alta velocidade e eficácia (ligados à possibilidade do uso de liminares), permite também que interesses mais difusos e menos organizados também possam se manifestar, dando-lhes um peso e uma publicidade que dificilmente teriam em outra via institucional. Ou, como afirma Ronald Dworkin, alguns cidadãos podem ter mais influência sobre uma decisão judicial pela contribuição deles em um debate público sobre um tema do que eles teriam em uma decisão legislativa por meio de um único voto⁹³.

Também outro argumento para uma mínima ou nenhuma judicialização da saúde, o de que o Judiciário possui pouca informação e conhecimento para decidir sobre distribuição de recursos escassos para atender todas as necessidades existentes na sociedade, seja na saúde ou em outros setores, deve ser considerado com mais cuidado. Nenhum representante eleito, burocrata ou instituição é capaz de conhecer todas as demandas da sociedade e ponderá-las com a mesma consideração. Conforme afirma Octávio Ferraz:

Seria bobo (silly) discutir se juízes possuem *expertise* técnica para fazer amplas decisões alocativas envolvidas na determinação do conteúdo dos direitos sociais no tipo caso que imaginamos. Ninguém tem. O problema real parece residir, conseqüentemente, não na incapacidade do processo adjudicativo para enfrentar problemas policêntricos, mas na capacidade de qualquer procedimento. Como vai qualquer instituição (tribunais, parlamento, executivo, agências reguladoras etc.) determinar qual conjunto de tratamentos médicos, educação, políticas de moradia, distribuição de alimentos etc. é necessário para garantir direitos sociais? Em outras palavras, é a grande intratabilidade dessas questões envolvendo direitos sociais que torna virtualmente impossível para qualquer processo (adjudicativo, legislativo, administrativo) definir seu conteúdo preciso⁹⁴.

Em resumo, tentei neste item mostrar que as críticas que associam a maior participação do Judiciário na proteção dos direitos sociais com uma menor participação e legitimação política são menos fortes do que parecem. Mais do que fechar discussões

⁹³ Ronald Dworkin, *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, p. 30.

⁹⁴ Octávio Luiz Motta Ferraz, *An Insurance (Seguro) Model for the Justiciability of Social and Economic Rights*, 2004, p. 105

travadas em instâncias de democracia representativa, o Judiciário adiciona outra instância para o debate e deliberação também democráticos⁹⁵.

O Judiciário pode ser uma forma de fortalecimento da participação e de legitimação de decisões em matéria de políticas públicas, principalmente entre os menos favorecidos. Contudo, para que o Judiciário possa ser um espaço de participação para esses grupos, há que se discutir o acesso à Justiça no Brasil, o que será feito em capítulo posterior. Caso contrário, ele pode ser apenas mais um espaço de deliberação que mantém uma grande parcela da população à margem da participação política.

2.4. Conclusão do capítulo

Neste capítulo tentei mostrar que talvez seja preciso ampliar a visão de que a participação para a concretização de um direito social deve limitar-se simplesmente ao voto do cidadão em seu representante político, que, por sua vez, escolhe os gestores da política pública responsáveis pelas políticas visando à realização de direitos.

A participação e a contestação democráticas podem ser reforçadas em todas as fases de uma política pública, por meio de conselhos de participação da comunidade, e não só na escolha de representantes. Pode ser reforçada também, e esta é a tese deste trabalho, pelo Poder Judiciário, que tem condições de incluir um número maior de interesses menos organizados e de pessoas com menos capital econômico e político, principalmente em razão do baixo custo, da possibilidade de uso de liminares e do caráter cogente de suas decisões.

Não se quer, por óbvio, que os juízes desenhem as políticas públicas de saúde, uma vez que, como já foi visto, possuem problemas de legitimidade democrática e pouco conhecimento para tanto. Também seria inocente acreditar que caberia aos juízes, por meio de suas decisões, tornarem concretos os mandamentos constitucionais em matéria de direitos sociais para todos os cidadãos. Essa é uma tarefa complexa para a qual a participação democrática é apenas um elemento importante a ser considerado, e,

⁹⁵Daniel M. Brinks; Varun Gauri, “A New Policy Landscape” in Varun Gauri; Daniel M. Brinks, *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 343.

no que se refere à participação, o Judiciário é apenas um entre diversos outros espaços em que ela pode ocorrer.

Dessa forma, o Judiciário deve ser um espaço de participação social no controle de políticas públicas de saúde, mas deve fazer isso de forma dialogada com os outros poderes, tendo sempre ciência das limitações de sua atuação.

Neste ponto, talvez seja importante aproximar as instituições de participação e decisão sobre políticas de saúde para compensar as eventuais falhas apresentadas por cada um, e apresentar soluções com maior participação e legitimidade para que atendam melhor aos interesses da população como um todo.

Ademais, o diálogo não necessariamente precisa ocorrer em cada caso concreto - embora isso também possa acontecer - mas às vezes ele é produto da totalidade do fenômeno. A grande quantidade de medicamentos e tratamentos médicos judicialmente concedidos leva as secretarias de saúde a “intensificar” o diálogo com promotores e juízes a respeito do funcionamento da política pública de assistência farmacêutica e os critérios do poder público para inserção de medicamento dentre a lista de distribuição⁹⁶. Muitas vezes, o Judiciário consegue forçar diálogos institucionais, ainda que fora do processo judicial, pois a Administração procura agir exatamente para evitar o litígio judicial⁹⁷, já que a jurisprudência tende a não lhe dar razão⁹⁸.

Estes são apenas dois exemplos de como a judicialização da saúde pode gerar o que Rosenberg chamou de “efeitos indiretos” das ações judiciais – o que inclui dar publicidade a demandas por meio de um processo judicial, ainda que o resultado seja negativo -, fazendo com que as mudanças em políticas públicas extrapolem aquilo que se conseguiu imediatamente em uma decisão judicial⁹⁹.

Enfim, o poder Judiciário tem potencialidade para ser um espaço de participação dos menos favorecidos e de melhora das políticas públicas de saúde. Contudo, os trabalhos apresentados no primeiro capítulo mostram que isso não acontece de forma acentuada. O Judiciário acaba muitas vezes reproduzindo no acesso à saúde as

⁹⁶ *Folha de São Paulo*, “Ações para obter remédios registram primeira queda em SP”, C9, 19 de Fevereiro de 2009.

⁹⁷ Richard J. Goldstone, “Foreword” in Varun Gauri; Daniel M. Brinks, *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. x.

⁹⁸ Ver capítulo 3.

⁹⁹ Sobre o conceito e a análise do conceito de “efeitos indiretos” ver Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: can courts bring social change?*, Chicago: The University of Chicago Press, 1993, p. 25-26.

desigualdades existentes na sociedade. No capítulo seguinte tentarei mostrar as razões pelas quais isto acontece e as possíveis alternativas para mudança neste quadro.

3. Por que judicialização da saúde não está gerando equidade distributiva?

A despeito da força do argumento de que o Judiciário possa ser uma via institucional na qual os menos favorecidos possam lutar pela concretização dos direitos sociais, a realidade da tutela do direito à saúde pelo Judiciário brasileiro mostra que não são eles os que mais se beneficiam da via judiciária.

Primeiramente porque o acesso à Justiça no Brasil, um direito fundamental constitucionalmente garantido, é restrito a uma parcela pequena da população, o que, conseqüentemente, faz do Judiciário uma instituição em grande parte excludente para os mais pobres também em relação à tutela da saúde. Além disso, a forma como os juízes decidem questões envolvendo direito à saúde no Brasil ignora diversos aspectos importantes para uma política pública, não dialoga com os outros poderes e, por isso, não só colabora pouco para a melhora nas políticas de saúde para toda a população, como possivelmente traz inúmeras dificuldades para a gestão da política.

Neste capítulo, portanto, discutirei as duas hipóteses que tentam explicar por que a judicialização da saúde não gera justiça social, quais sejam, (1) a forma como os juízes brasileiros têm decidido casos envolvendo direito à saúde e (2) a iniquidade do acesso à Justiça no Brasil.

3.1. Decisões judiciais envolvendo direito à saúde: como decidem os juízes?

A primeira hipótese para explicar por que a judicialização da saúde aparentemente gera efeitos distributivos regressivos e não desenvolve toda sua potencialidade como forma de reivindicação de direitos dos menos favorecidos é a forma como o Judiciário brasileiro tem decidido casos envolvendo pedidos de medicamentos e tratamentos médicos.

As decisões dos juízes brasileiros, em regra: (1) consideram o direito à saúde apenas como um direito individual; (2) não observam as conseqüências econômicas e distributivas de suas decisões; (3) raramente consideram a escassez de recursos e os custos dos direitos; (4) ignoram recomendações científicas que contra-indicam o tratamento pedido; (5) não levam em consideração as políticas públicas existentes; (6)

ignoram a existência de custos de oportunidade, pois se enxerga apenas quem tem um direito concretizado com a escolha alocativa feita por uma decisão judicial, desconsiderando aquilo que se deixou de ganhar em termos de efetivação de direitos por um uso alternativo desses mesmos recursos; (7) não promovem um diálogo com a administração pública responsável pela implementação de políticas públicas, para saber as razões pelas quais uma determinada política não foi implementada, e nem para conhecer a possibilidade de se cumprir a decisão judicial frente aos outros direitos que o poder público precisa efetivar.

Pesquisas apontam para esta tendência no Judiciário brasileiro. Silvia Marques e Sueli Dallari¹⁰⁰, ao analisarem processos judiciais de fornecimento de medicamentos pelo Estado de São Paulo, de 1997 a 2004, observaram que em mais de 80% dos casos os juízes entenderam que o “direito de todos os indivíduos à saúde deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos”, sendo este o argumento mais recorrente nas decisões. As autoras concluíram que os juízes decidiram sem levar em consideração os elementos constantes nas políticas de medicamentos, o que prejudica a tomada de decisão coletiva, sobrepondo o interesse individual do autor da ação às necessidades coletivas.

A resultado semelhante chegou a pesquisa de Camila Ferreira et al.¹⁰¹, que, na análise de decisões envolvendo pedidos de medicamentos para pacientes de DST/AIDS no Tribunal de Justiça de São Paulo, observou que em 84,7% dos casos o tribunal analisou o direito à saúde como um direito individual, sem observar efeitos socioeconômicos inerentes à decisão.

Fabíola Vieira e Paola Zucchi¹⁰², no mesmo trabalho já anteriormente citado, concluíram que grande parte das ordens judiciais fornece medicamentos que (1) não fazem parte da lista do SUS, (2) possuem substitutos mais baratos e (3) cuja comercialização não foi ainda autorizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou, até mesmo (4) remédios cuja efetividade ainda precisa de mais testes clínicos para ser comprovada.

¹⁰⁰ Silvia Badim Marques; Sueli Gandolfi Dallari, “Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo” *Revista de Saúde Pública*, 41(1), pp. 101-107, 2007.

¹⁰¹ Ferreira, Camila Duran et al., *Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS*, São Paulo, 2004.

¹⁰² Fabíola Sulpino Vieira; Paola Zucchi, “Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil”. *Revista. Saúde Pública*, 41(2), pp. 214-222, 2007.

A análise da jurisprudência das duas cortes de maior importância hierárquica do poder Judiciário brasileiro – o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁰³ – também contribui bastante para compreendermos a forma como a cúpula do Judiciário brasileiro lida com os pedidos de medicamentos e tratamentos médicos.

No Superior Tribunal de Justiça, a imensa maioria dos acórdãos pesquisados decide, por unanimidade, no sentido de obrigar o Estado a fornecer um determinado medicamento ou tratamento pedido por via judicial. Fogem a esta regra apenas uma minoria de casos em que se pede que o Estado custeie tratamento fora do território nacional (transplante de órgão no exterior¹⁰⁴, transplante de medula óssea nos EUA¹⁰⁵, retinose pigmentar em Cuba¹⁰⁶), hipóteses em que alguns ministros votam no sentido de negar a concessão, sob alegação de (1) limitação de recursos; (2) risco de lesão à ordem administrativa; (3) inviabilização do sistema de público de saúde; (4) possibilidade de uma decisão abrir precedente para casos futuros, gerando o “efeito multiplicador”; e (5) necessidade de se respeitar os critérios técnicos e administrativos usados pela administração pública para eleger prioridades na realização das políticas de saúde, com o intuito de garantir a racionalização entre custos e benefícios dos tratamentos, a fim de atender o maior número possível de beneficiários.

Contudo, estes votos representam uma minoria. Há mesmo ministros que obrigam o Estado a fornecer tudo que se pede em matéria de saúde, mesmo em casos envolvendo tratamento médico no exterior¹⁰⁷. Na maioria dos casos, os ministros fazem a ponderação de que, entre o direito fundamental à vida e argumentos de ordem financeira, estes não podem prevalecer.

Há, ainda, no STJ, o entendimento de que, frente ao direito fundamental à saúde, não podem prevalecer argumentos referentes (1) à previsão orçamentária para os

¹⁰³ A pesquisa de jurisprudência foi feita a partir das decisões disponíveis nas páginas eletrônicas dos tribunais (www.stj.gov.br e www.stf.gov.br) proferidas a partir do ano de 2000. Algumas decisões anteriores ao ano de 2000 foram analisadas por serem recorrentemente citadas como precedentes em decisões posteriores.

¹⁰⁴ AR-SS (STJ) n. 1467, DJ, 21 de Março de 2005, par. 196.

¹⁰⁵ REsp (STJ) n. 338373, DJ, 24 de Março de 2003, par. 194.

¹⁰⁶ MS (STJ) 8895, DJ, 7 de Junho de 2004, par. 151; REsp (STJ) n. 353147, DJ, 18 de Agosto de 2003, par. 187.

¹⁰⁷ MS (STJ) n. 8895, DJ, 7 de Junho de 2004, par. 151; REsp (STJ) n. 616.460, DJ, 21 de Março de 2005, par. 243; REsp (STJ) n. 338373, DJ, 24 de Março de 2003, par. 194; REsp (STJ) n. 353147, DJ, 18 de Agosto de 2003, p. 187; MS (STJ) n. 8740, DJ, 9 de Fevereiro de 2004, par. 127.

gastos públicos¹⁰⁸, (2) à proibição de fornecimento de medicamento sem autorização junto ao Ministério da Saúde¹⁰⁹, (3) à obrigação de fornecimento somente dos medicamentos constantes na lista do SUS¹¹⁰, ou até mesmo (4) à exigência da apresentação do paciente perante o SUS para submeter-se a exames clínicos atualizados a fim de averiguação de enquadramento nos parâmetros científicos nas condições anunciadas¹¹¹. Estes argumentos são entendidos como meras formalidades burocráticas e entraves que dificultavam o acesso ao direito à saúde.

Nem mesmo argumentos de ordem médico-científica não recomendando o tratamento pedido são capazes de convencer a maioria dos ministros do STJ a não obrigar o Estado a fornecer um medicamento ou tratamento¹¹². Os casos mais interessantes são os que envolvem tratamento de retinose pigmentar em Cuba, para o qual há parecer do Conselho Brasileiro de Oftamologia e pesquisas científicas relatadas pela literatura médica que apontam para sua total ineficiência¹¹³. Nestes casos, alguns ministros entendem que, frente à escassez de recursos, é legítimo à administração negar-se a financiar tratamento cuja eficácia não se comprova. Entretanto, há votos que não comungam deste posicionamento. A título de exemplo, no MS 8895, o Ministro Luiz Fux não admite que os pareceres médicos possam ser determinantes para se negar o financiamento do tratamento, pois, no seu entender, estes estudos, que apontam que a retinose pigmentar é incurável, não são infalíveis e que é “fato notório” que Cuba é um grande centro avançado da Medicina, portanto, na dúvida, “devemos opinar pela esperança de esse cidadão poder se curar em um centro mais avançado”. No mesmo acórdão, o Ministro José Delgado, em relação aos pareceres, diz: “Não me impressiona a discussão científica a respeito porque não é o que está em jogo. O que me surpreende é que um cidadão está rigorosamente em vias de ficar cego, se já não ficou, sem direito à luz, sem direito ao sol, enfim, ao mínimo direito do cidadão, que é a visão”. Outro

¹⁰⁸ REsp (STJ) n. 325337, DJ, 03 de Setembro de 2001; REsp (STJ) n. 338373, DJ, 24 de Março de 2003, par. 194; e REsp (STJ) n. 212346, DJ, 4 de Fevereiro de 2002, par. 321.

¹⁰⁹ REsp (STJ) n. 684646, 30 de Maio de 2005, par. 247.

¹¹⁰ REsp (STJ) n. 684646, 30 de Maio de 2005, par. 247; STA-AR (STJ) 83, DJ, 6 de Dezembro de 2004, par. 172; Brasil, ROMS (STJ) 13452, DJ, 7 de Outubro de 2002, par. 172.

¹¹¹ ROMS (STJ) n. 11183, DJ, 4 de Setembro de 2000, par. 121.

¹¹² ROMS (STJ) n. 17903, DJ, 20 de Setembro de 2004, par. 215; REsp (STJ) n. 353147, DJ, 18 de Agosto de 2003, p.187; MS (STJ) n. 8895, DJ, 7 de Junho de 2004, par. 151; REsp (STJ) n. 684646, 30 de Maio de 2005, par. 247; ROMS (STJ) n. 11183, DJ, 4 de Setembro de 2000, par. 121; ROMS (STJ) n. 17449, DJ, 13 de Fevereiro de 2006, par. 719.

¹¹³ REsp (STJ) n. 353147, DJ, 18 de Agosto de 2003, par.187; e MS (STJ) n. 8895, DJ, 7 de Junho de 2004, par. 151.

caso bastante interessante é o RMS 17903, em que há uma portaria do Ministério da Saúde que não indica, para seu caso, o tratamento pedido pelo paciente ao Judiciário. Contudo, o julgador decidiu, sem maiores justificativas, que tal norma “aparentemente desprovida de razoabilidade” não deve prevalecer sobre o laudo médico que indica o medicamento.

O Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2007, julgou, sempre por unanimidade, no sentido de obrigar o poder público a fornecer todos os pedidos de medicamentos ou tratamentos médicos pedidos. Até então, nenhum voto, de nenhum acórdão, aceitou qualquer argumento que sustentasse um entendimento contrário.

Não foram aceitos argumentos concernentes à dotação orçamentária¹¹⁴ e à escassez de recursos¹¹⁵. Algumas passagens apontam a pouca importância dada aos limites econômicos do orçamento público e às políticas públicas para concretização do direito à saúde para a coletividade. Os recursos econômicos, ao invés de meio para criação de políticas públicas para promoção do direito à saúde, são vistos com obstáculos à sua realização:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida [grifo meu]”. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 1246, DJ, 17 de Abril de 1998, voto Celso de Mello)

“em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade [grifo meu]” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 198263, DJ, 30 de Março de 2001, voto Sidney Sanchez)

“obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária (...) não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida [grifo meu]”. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 342413, DJ, 9 de Novembro de 2004, voto Ellen Gracie)

“problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente [grifo meu]”. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 195192, DJ 3 de Março de 2000, voto Marco Aurélio)

“Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em

¹¹⁴AI (STF) n. 537237, DJ, 26 de Abril de 2005; RE (STF) n. 195192, DJ 3 de Março de 2000; RE (STF) n. 342413, DJ, 9 de Novembro de 2004

¹¹⁵AR no AI (STF) n. 238328, DJ, 26 de Novembro de 1999; Pet (STF) n. 1246, DJ, 17 de Abril de 1998; RE (STF) n. 198263, DJ, 30 de Março de 2001.

termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem [grifo meu]” (Brasil, Supremo Tribunal Federal Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 238328, DJ, 26 de Novembro de 1999, voto Marco Aurélio)

Neste último trecho, afirma-se que a saúde é coberta, em si, pelos impostos. Contudo, não se adentra na questão das escolhas que devem ser feitas, uma vez que, em razão da escassez de recursos, não se consegue dar tudo a todos. O fato de haver financiamento via impostos não retira o elemento escassez e a necessidade de se optar por prioridades.

Em 2007, foram proferidas no STF as primeiras decisões em que o medicamento pedido não foi concedido¹¹⁶, com os seguintes argumentos: (1) há limitação de recursos e, portanto, necessidade de racionalização dos gastos para atendimento de maior número de pessoas; (2) o direito à saúde não pode ser considerado sob a perspectiva meramente individual, mas como um direito a ser concretizado por políticas públicas para um acesso coletivo, igual e universal; e (3) nesses casos respeitou-se escolha alocativa tomada no âmbito da Administração Pública quando se decidiu pela obrigatoriedade do Estado de fornecer somente os medicamentos contemplados pela lista do Ministério da Saúde.

Entretanto, decisões posteriores¹¹⁷ voltaram novamente à análise individualizada dos casos e a um uso confuso dos critérios anteriormente desenvolvidos¹¹⁸. Considerações em relação a políticas públicas e sobre acesso coletivo, igual e universal perderam importância. Em alguns casos, foram fornecidos medicamentos fora da lista do SUS¹¹⁹. E preocupações com a escassez de recursos e as

¹¹⁶ STA (STF) n. 91, DJ, 15 de Março de 2007; SS (STF) n. 3073, DJ, 14 de Fevereiro de 2007; SS (STF) n. 3263, DJ, 2 de Agosto de 2007.

¹¹⁷ SS (STF) n. 3231, DJ, 1 de Junho de 2007; SS (STF) n. 3158, DJ, 8 de Junho de 2007; SS (STF) n. 3205, 8 de Junho de 2007; SS (STF) n. 3183, DJ, 13 de Junho de 2007; SS (STF) n. 3429, DJ, 19 de Dezembro de 2007 ; SS (STF) n. 3452, DJ, 20 de Dezembro de 2007; STA (STF) n. 181, DJ, 24 de Dezembro de 2007; STA (STF) n. 268, DJ, 22 de Outubro de 2008 ; STA (STF) n. 223, DJ, 9 de Maio de 2008; STA (STF) n. 238, DJ, 21 de Outubro de 2008; SL (STF) n.228, DJ, 14 de Outubro de 2008.

¹¹⁸ Para uma análise mais pormenorizada das decisões do STF envolvendo direito à saúde a partir de 2007, ver Daniel Wei Liang Wang; Fernanda Terrazas, *Decisões da Ministra Ellen Gracie sobre medicamentos*, 2007. Disponível em http://www.sbdp.org.br/revista_ver.php?id_re=66. Acesso em 2 de Dezembro de 2007.

¹¹⁹ SS (STF) n. 3158, DJ, 8 de Junho de 2007; SS (STF) n. 3205, 8 de Junho de 2007; STA (STF) n. 223, DJ, 14 de Abril de 2008; STA (STF) n. 181, DJ, 24 de Dezembro de 2007; SS (STF) n. 3429, DJ, 19 de Dezembro de 2007; SS (STF) n. 3251, DJ, 5 de Junho de 2007.

consequências das decisões para a administração pública aparecem com pouca ênfase, ou mesmo nem aparecem.

3.2. Acesso à Justiça no Brasil

Outra hipótese para entender a razão pela qual a judicialização da saúde, de acordo com algumas pesquisas, não gera efeitos distributivos em benefício dos menos favorecidos é a dificuldade do acesso à justiça para os mais pobres.

Ele é caro e distante para a maioria dos cidadãos¹²⁰. Dentre as razões apontadas para este fenômeno, duas aplicam-se em grande medida para o caso dos pedidos de medicamento: ausência de informação e assistência jurídica gratuita deficiente¹²¹.

Em grande medida são os que já possuem informação e escolaridade que conhecem o potencial que possui o Poder Judiciário para ser espaço de afirmação de direitos. Quanto mais baixo o estrato social ao qual pertence um cidadão, maior é a distância dele em relação à Justiça, pois os cidadãos de menores recursos tendem a não conhecer bem seus direitos e, muitas vezes, ignoram que o problema que os afeta é um problema jurídico e, portanto, judicialmente exigível¹²². Mesmo quando possuem esta consciência, tendem a hesitar mais em recorrer aos tribunais, pois além do problema de informação, há outros elementos que afastam os menos instruídos, como a desconfiança nos advogados, procedimentos complicados, formalismos, e ambientes intimidadores¹²³. Também existe a barreira econômica que os honorários de um advogado e as custas processuais trazem¹²⁴.

Além do mais, Charles Epp já apontou para o fato de que mudanças sociais por meio do poder Judiciário, o que ele chama de “rights revolution”, depende necessariamente de significativa assistência legal e que, caso não isso não seja

¹²⁰ José Reinaldo de Lima Lopes, “A crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário”, in José Eduardo Faria (org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 74.

¹²¹ Uma terceira razão comumente apontada é a morosidade da Justiça. Contudo, em razão da possibilidade de se fazer uso dos pedidos liminares, entendo que este não é um problema para o acesso à Justiça em matéria de saúde.

¹²² Boaventura de Souza Santos, *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, Porto: Edições Afrontamento, 1994, p.148; Mauro Cappelletti; Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 22.

¹²³ Mauro Cappelletti; Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 24.

¹²⁴ Boaventura de Souza Santos, *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, Porto: Edições Afrontamento, 1994, p.148.

disponível para os menos favorecidos, por meio de associações, advogados pro-bono ou órgãos públicos, eles não atingirão a “agenda judicial”, e as ações judiciais tenderão a defender interesses dos já favorecidos¹²⁵.

Para evitar que a pobreza seja um obstáculo para o acesso à Justiça aos mais pobres, existe a assistência jurídica gratuita – prestação gratuita de serviços profissionais de serviços de orientação jurídica e defesa processual por profissional habilitado para população carente de recursos –, que, não obstante ser um direito fundamental constitucionalmente garantido (art. 5º, LXXIV), ainda carece de recursos para sua plena concretização. Primeiramente, existe o problema da insuficiência de investimentos na Defensoria Pública (apenas 6,15% dos gastos com o sistema de Justiça são destinados a ela), o que se reflete na falta de condições de trabalho, na remuneração muito inferior à dos demais membros de carreiras jurídicas de Estado¹²⁶ e no número reduzido de defensores para atender uma demanda muito grande (média de 1,86 defensores para cada 100 mil habitantes)¹²⁷. A Defensoria Pública também não chega a todos os brasileiros, pois nem todos os Estados da federação possuem defensorias, e, mesmo nos Estados em que elas estão presentes, por volta de metade das comarcas não contam com seu atendimento¹²⁸.

Outra forma de acesso ao poder Judiciário pelos mais pobres é o Ministério Público, quando exerce sua função de proteção de direitos coletivos. Contudo, José Reinaldo de Lima Lopes aponta que a preocupação desta instituição com os direitos sociais dos mais pobres é relativamente recente. Em um primeiro estudo, de 1998, o autor havia concluído que as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público em matéria de direito à educação e direito à saúde eram fundamentalmente contra prestadores privados, ou seja, eram reivindicações da classe média. Em trabalho posterior (com decisões de 2003)¹²⁹, ele observou um número maior de ações contra o setor público, o que representaria uma nova abordagem dos direitos sociais, de forma a tutelar também interesses dos cidadãos mais desfavorecidos.

¹²⁵ Charles Epp, *The Rights Revolution: lawyers, activists and Supreme Court in comparative perspective*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998, p. 3, 45, 203.

¹²⁶ Brasil, Ministério da Justiça, *Defensoria Pública no Brasil*, Estudo Diagnóstico, 2004, p. 11.

¹²⁷ *Idem*, p. 17.

¹²⁸ Brasil, Ministério da Justiça, *Defensoria Pública no Brasil*, Estudo Diagnóstico, 2004, p. 17.

¹²⁹ José Reinaldo de Lima Lopes, “Os tribunais e os direitos sociais no Brasil – saúde e educação”, in José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo, Método: 2006.

Entretanto, o Ministério Público ainda tem um papel reduzido na busca de tutela judicial de direitos à saúde, uma vez que a maioria das ações é movida individualmente e não na forma de tutela coletiva¹³⁰. Há, inclusive, uma percepção de que o Judiciário brasileiro tende a ser refratário a demandas coletivas, se comparado com a grande aceitação de ações individuais.¹³¹

As organizações não governamentais também têm usado com maior frequência o Judiciário para demandar medicamentos. Cumpre destacar o papel relevantíssimo que as mais de 500 ONGs de luta contra a AIDS tiveram, inclusive por meio de ações judiciais com pedidos de fornecimento de medicamentos, para que o programa de combate e prevenção às DST/AIDS no Brasil fosse considerado o mais avançado entre os países em desenvolvimento¹³². Contudo, conforme mostrou a pesquisa de Fernanda Terrazas¹³³, as ONGs atuam focadas em algumas doenças, o que limita bastante o seu alcance para atender demandas mais amplas e difusas da população.

A advocacia pro-bono, uma outra alternativa para os mais pobres acessarem a Justiça, tem possibilidades restritas no Brasil. Até 2002, ela era proibida no pela Ordem dos Advogados do Brasil, e atualmente é permitida apenas a prestação de assistência jurídica a organizações sem fins lucrativos (ONGs), mas vedada a indivíduos.

As alternativas para permitir um acesso mais amplo ao Judiciário existem, embora de forma limitada, e duas delas, a Defensoria Pública e o Ministério Público, serão objeto de uma pesquisa empírica a ser feita neste trabalho.

3.3. Conclusão do Capítulo

Neste capítulo tentei mostrar que o tipo predominante de decisão judicial envolvendo direito à saúde, que ignora diversos aspectos essenciais a serem

¹³⁰ Daniel Wei Liang Wang, *Tutela jurisdicional do direito à saúde e a gestão de políticas públicas* (Tese apresentada para conclusão do curso de graduação), São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006 e Camila Duran Ferreira *et al.*, *Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS*, São Paulo, 2004.

¹³¹ Florian F. Hoffman; Fernando R.N.M. Bentes, “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil” in Varun Gauri; Daniel M. Brinks (ed.), *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 101, 114.

¹³² Ver Capítulo 4.

¹³³ Fernanda Terrazas, *O poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais por medicamentos*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da USP como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2008.

considerados em uma política pública, juntamente com o problema da iniquidade no acesso à Justiça, faz com que o Judiciário distribua recursos escassos sem considerar diversos critérios necessários para se decidir casos de justiça distributiva e beneficie camadas mais privilegiadas da população.

Essa injustiça distributiva pode ser atenuada se os juízes forem mais conscientes da limitação de suas informações e se, por isso, considerarem com bastante atenção as escolhas tomadas pela Administração, idealmente feitas considerando questões médico-científicas, orçamentárias, de gestão e de justiça distributiva. Por exemplo, o fato de um medicamento não constar na política pública de distribuição tem alguma razão, que obviamente pode ser questionada, mas não pode ser meramente ignorada.

Já no que tange à injustiça no acesso à Justiça, ela pode ser remediada pelo fortalecimento da Defensoria Pública e da ampliação da vigilância do Ministério Público sobre as políticas públicas de saúde. Importa ressaltar que os problemas de acesso à Justiça não afetam apenas o direito à saúde, mas todos os direitos judicialmente tuteláveis. O problema no acesso à Justiça no Brasil faz com que os direitos sejam melhor protegidos para aqueles mais favorecidos, e não só o direito à saúde.

No trabalho empírico pesquiso como atuam essas duas instituições na defesa do direito à saúde da população, com o intuito de averiguar se de fato cumprem seu papel de levar demandas dos menos favorecidos aos tribunais. Caso isso se comprove, é um indício de que, democratizando-se o acesso à Justiça, as injustiças geradas pela judicialização da saúde tenderão a se atenuar.

4. Análise de caso: o Programa Nacional de DST/AIDS

Neste capítulo analisarei o Programa Nacional de DST/AIDS sob o enfoque da organização de interesse e da sua participação para o sucesso desta política. A escolha dessa política foi devida principalmente a duas razões: ser um programa de êxito reconhecido na distribuição dos medicamentos anti-retrovirais e porque houve um uso significativo de ações judiciais paralelamente ao desenvolvimento da política.

A análise deste caso permite observar, além de outros fenômenos já estudados em capítulos anteriores: a importância da participação para a existência de uma boa política; como os interesses organizados procuram usar todas as vias institucionais possíveis para alcançarem seus objetivos; que o Judiciário pode ser uma via bastante eficiente para se influenciar políticas públicas; e como a participação nas instituições, e não apenas no poder Judiciário, acaba sendo em grande parte restrita a grupos organizados e/ou com maior poder econômico.

4.1. Sucesso do programa de combate à AIDS no Brasil

A política pública de combate à AIDS no Brasil é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como a mais avançada entre os países em desenvolvimento¹³⁴ e, de acordo com Programa Conjunto das Nações Unidas para HIV e AIDS (UNAIDS), serve de exemplo para outros países¹³⁵. Segundo uma publicação da UNESCO, nenhum outro país no mundo desenvolveu uma resposta para a epidemia de HIV/AIDS mais efetiva e abrangente que o Brasil¹³⁶.

Este reconhecimento internacional justifica-se pelos bons resultados obtidos pelo Brasil no que tange à informação e prevenção. Desde 1997 cai progressivamente o número de infectados, o que desconfirmou os prognósticos pessimistas que o Banco

¹³⁴World Health Organization, “3 by 5: Changing History”, Acesso em <http://www.who.int/3by5/changinghistory/en/>.

¹³⁵UNAIDS, *Fact Sheet 2003 Latin America and the Caribbean*. Acesso em http://info.worldbank.org/etools/docs/library/57503/un aids_lacfacts.pdf

¹³⁶Mary Garcia Castro; Lorena Bernadete da Silva, *Responses to AIDS challenges in Brazil: limits and possibilities*. – Brasília: UNESCO, Ministry of Health, 2005, p. 17.

Mundial havia feito em 1990 para o Brasil, de que haveria 1,2 milhão de infectados em 2000¹³⁷ (atualmente, estima-se em 600 mil o número de portadores¹³⁸). Também é digna de nota a expansão do acesso aos exames para diagnóstico de HIV, bem como a ênfase no respeito aos direitos humanos dos portadores da doença, haja vista o esforço de se combater a discriminação e o preconceito contra este segmento da sociedade. O que mais se destaca, contudo, é a política brasileira para tratamento do HIV/AIDS, principalmente pela universalização e integralidade do fornecimento gratuito de anti-retrovirais, que será objeto principal do presente capítulo.

O AIDS é uma das poucas doenças para a qual existe uma lei específica – Lei Federal 9.313 – garantindo o acesso gratuito a todos os medicamentos necessários para tratamento desta enfermidade. Atualmente, o governo brasileiro fornece quinze medicamentos anti-retrovirais para atendimento de 180 mil pacientes¹³⁹, o que representa, de acordo com o Ministério da Saúde, 100% das pessoas notificadas com AIDS¹⁴⁰.

De 1998 a 2003, o gasto total do Ministério da Saúde (responsável pela aquisição dos anti-retrovirais) com estes medicamentos contabilizou R\$ 4.176.404.709, o que representa 86% das despesas do Ministério da Saúde em sua política de combate ao HIV/AIDS¹⁴¹, e, só em 2005, o Ministério gastou R\$ 986 milhões para custear estes medicamentos¹⁴². De 2001 a 2005, o programa de combate à AIDS representou 2% do orçamento do gasto em saúde no Brasil, o que é, de longe, maior do que o gasto com qualquer outra doença, inclusive aquelas que geram maior morbidade e mortalidade que a AIDS no Brasil¹⁴³.

¹³⁷ Brasil, Ministério da Saúde, *Política Brasileira de AIDS: principais resultados e avanços: 1994-2002*, p. 3.

¹³⁸ Programa Nacional de DST/AIDS, 2005.

¹³⁹ Programa Nacional de DST/AIDS, 2005.

¹⁴⁰ Ministério da Saúde, Programa Nacional DST/AIDS. Acesso em <http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMIS7A1D4F9DITEMID1F1162CFEC554163994BCD3710B4B1AEPTBRIE.htm>.

¹⁴¹ Sólon Magalhães Vianna; André Nunes; Geraldo Góes, *Atenção de Alta Complexidade no SUS: desigualdades no acesso e no financiamento*, v. I, Projeto Economia da Saúde – Ministério da Saúde/IPEA. Brasília, 2005, p. 66.

¹⁴² Granjeiro *et al.*, “Acesso a anti-retrovirais no Brasil” *Revista de Saúde Pública*, 2006, n. 40(Supl), p.63.

¹⁴³ Amy S. Nunn; Elize M. Fonseca; Francisco I. Bastos *et al.* “Evolution of antiretroviral drug costs in Brazil in the context of free and universal access to AIDS treatment”. *PLoS Med* 4(11): e305. doi:10.1371/journal.pmed.0040305, 2007, p. 18012.

Como podemos ver, o fornecimento de anti-retrovirais é uma política bastante cara e, paralelamente ao esforço econômico para distribuição gratuita destes medicamentos, ou talvez por causa de seus custos, há ainda um grande esforço político para a produção pública e nacional de medicamentos genéricos – dos quinze medicamentos fornecidos pelo programa de combate ao HIV/AIDS, oito são produzidos nacionalmente, sendo que a maioria por laboratórios públicos¹⁴⁴ - , e, quando isso não foi possível, em razão da Lei Federal 9.279 (Lei de Patentes), o governo lançou mão de intensa negociação de redução de preços com indústrias farmacêuticas – que conseguiu reduzir em até 65% o valor pago por anti-retrovirais de última geração¹⁴⁵. Um estudo indica que a combinação de produção local de genéricos, somada à negociação de preços com indústrias farmacêuticas, trouxe uma economia que se estima em mais de US\$ 1 bilhão entre os anos 2001 e 2005¹⁴⁶.

Em 2007, houve até mesmo a polêmica decretação de licença compulsória do medicamento Efavirenz, cuja patente pertence à indústria farmacêutica Merck. Paralelamente a tudo isso, há um forte trabalho diplomático para se buscar consenso na comunidade internacional a respeito da definição do acesso a medicamentos como uma questão de saúde pública e de direitos humanos.

Cumpramos ressaltar que, com o aumento da resistência dos vírus e o desenvolvimento de novas tecnologias, é constante a necessidade de incorporação de novos medicamentos que, por estarem protegidos pela Lei de Patentes, tenderão a elevar bastante o custo da política de combate à AIDS (cumpramos notar que em 2004 e 2005, os medicamentos patenteados corresponderam a 80% dos gastos com anti-retrovirais, um aumento significativo em relação aos anos anteriores¹⁴⁷), o que vai demandar maior gasto público e esforço político para novas rodadas de negociação de preço ou para

¹⁴⁴BRASIL. Ministério da Saúde, Programa DST AIDS. Acesso em <http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMIS7A1D4F9DITEMID1F1162CFEC554163994BCD3710B4B1AEPTBRIE.htm>.

¹⁴⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Brasileira de AIDS: principais resultados e avanços: 1994-2002*, (sem data de publicação), p.9.

¹⁴⁶ Amy S. Nunn; Elize M. Fonseca; Francisco I. Bastos *et al.* “Evolution of antiretroviral drug costs in Brazil in the context of free and universal access to AIDS treatment”. *PLoS Med* 4(11): e305. doi:10.1371/journal.pmed.0040305, 2007, p. 18011.

¹⁴⁷ Amy S. Nunn; Elize M. Fonseca; Francisco I. Bastos *et al.* “Evolution of antiretroviral drug costs in Brazil in the context of free and universal access to AIDS treatment”. *PLoS Med* 4(11): e305. doi:10.1371/journal.pmed.0040305, 2007, p. 1807.

suportar as pressões advindas das indústrias farmacêuticas e de governos de países desenvolvidos¹⁴⁸ em caso de decretação de nova licença compulsória.

O fornecimento universal e integral de medicamentos anti-retrovirais trouxe como conseqüência a diminuição na mortalidade dos pacientes, melhora na qualidade de vida, queda da morbidade em 70%¹⁴⁹, diminuição na demanda para tratamento de doenças oportunistas, bem como a diminuição do número de internações hospitalares decorrentes da doença.

De acordo com Paulo Teixeira *et al.*¹⁵⁰, o tempo médio de sobrevivência dos pacientes antes da disponibilidade dos anti-retrovirais era de seis meses, e agora já ultrapassa os cinco anos. Jane Galvão menciona que, com a administração de anti-retrovirais, o número de óbitos por AIDS diminuiu em 54% no município de São Paulo e 73% no Rio de Janeiro, no período de 1995-2000¹⁵¹. Além dos benefícios em termos de saúde para a população, estimativas do Programa Nacional DST/AIDS apontam para uma economia superior a US\$ 2 bilhões no período entre 1997 a 2003 em gastos com internações e procedimentos terapêuticos¹⁵². O fornecimento de anti-retrovirais tem papel importante também na diminuição da transmissão vertical da doença, em que a parturiente portadora de HIV transmite o vírus para seu filho no momento do parto¹⁵³.

Desta breve análise podemos tirar duas conclusões: (1) a política brasileira de combate ao HIV/AIDS pode ser considerada um sucesso, tanto pelo reconhecimento internacional quanto pelos resultados que apresentou; (2) este sucesso foi alcançado à custa de muito investimento econômico e político. A partir destas conclusões, cabe questionar a razão por que isso ocorreu. Por que o esforço para o sucesso dessa política, que contrasta com as deficiências em outras políticas de saúde, como a de combate à malária e à tuberculose, e a percepção geral de insuficiência de qualidade no sistema público de saúde?

¹⁴⁸ Jornal *Estado de São Paulo*, “EUA pressionaram Brasil a não quebrar patente de drogas antiaids”, 12 de Outubro de 2007. Acesso em http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20071012/not_imp64059,0.php.

¹⁴⁹ Brasil, Ministério da Saúde, Programa Nacional DST/AIDS, 2005.

¹⁵⁰ Paulo R. Teixeira *et al.*, “Antiretroviral treatment in resource-poor settings: the Brazilian experience”. *AIDS*, 2004, p. 78

¹⁵¹ Jane Galvão, “A política brasileira de distribuição e produção de medicamentos anti-retrovirais: privilégio ou um direito?”, *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 18(1), jan-fev, 2002, p. 215.

¹⁵² Granjeiro *et al.*, “Acesso a anti-retrovirais no Brasil” *Rev Saúde Pública* 2006;40(Supl):60-9, p.62.

¹⁵³ Programa Nacional DST/AIDS, 2005. Cf. <http://www.aids.gov.br>.

4.2. Organização de interesses

Para responder à pergunta com a qual encerrei o item anterior, lanço a seguinte hipótese: o sucesso do programa de combate ao HIV/AIDS no Brasil é devido, em grande parte, à organização de interesses dos pacientes e à sua capacidade de usar as vias institucionais existentes para influir nas políticas públicas.

Mas antes de discorrer sobre a forma como atuaram e atuam esses grupos de interesses organizados, faço uma análise sobre a razão pela qual houve tanta mobilização em torno das políticas de combate ao HIV/AIDS.

Parto da premissa de que grande parte da resposta está no perfil socioeconômico dos portadores da doença, pois o HIV/AIDS afeta todas as classes sociais, inclusive aqueles que, por terem maior renda, escolaridade, informação e influência política, conseguem se organizar melhor para expor suas demandas e pressionar por resultados.

No começo da epidemia, a AIDS estava concentrada em grupos populacionais de melhor condição socioeconômica¹⁵⁴. Não obstante o processo gradual de “pauperização” desta doença, que atinge cada vez mais camadas socialmente menos privilegiadas¹⁵⁵, ainda é uma doença de grande incidência entre as classes mais altas.

Fonseca *et al.*, em uma pesquisa que buscou separar os pacientes de AIDS por tipos de profissão, mostram que essa é uma doença de alta incidência entre aqueles que possuem profissões não manuais, especialmente entre profissionais liberais, outros profissionais universitários, ocupações técnicas e artísticas, além de estudantes¹⁵⁶. Sobre estes grupos, em razão da escolaridade e do acesso à informação, tem diminuído progressivamente a incidência de AIDS, mas se olharmos para os dados do começo da década de noventa, quando as preocupações com políticas contra HIV/AIDS passaram a ter mais atenção estatal, eram grupos cuja participação nas estatísticas era bem mais

¹⁵⁴ Fonseca *et al.*, “Distribuição social da AIDS no Brasil, segundo participação no mercado de trabalho, ocupação e status sócio-econômico dos casos de 1987 a 1998”, *Cad. Saúde Pública* 19(5):1351-1363, 2003, p. 1362.

¹⁵⁵ Fonseca *et al.*, “Distribuição social da AIDS no Brasil”, p. 1352.

¹⁵⁶ Fonseca *et al.*, “Distribuição social da AIDS no Brasil”, p. 1355.

proeminente¹⁵⁷. Além do mais, a pesquisa indicou a taxa de incidência principalmente nas regiões Sul e Sudeste, as mais ricas do país¹⁵⁸.

Outro trabalho, desta vez analisando o grau de escolaridade dos pacientes de HIV/AIDS, chegou a uma conclusão semelhante. A epidemia da AIDS começa nos estratos de maior escolaridade, mas com posterior e paulatino crescimento da incidência sobre os de menor escolaridade¹⁵⁹. No Estado de São Paulo, os pacientes de AIDS do sexo masculino com nível superior representavam 50% do total em 1983, número que foi diminuindo progressivamente, mas paulatinamente, até chegar a 7,3% em 2001.

O fato de muitos pacientes de HIV/AIDS possuírem um status social mais privilegiado, por si só, faz com que esta doença possua maior visibilidade, seja para a opinião pública, seja para os tomadores de decisão em matéria de políticas públicas. Além da visibilidade, essas pessoas possuem também maior capacidade de organizar seus interesses – o que também aumenta a visibilidade da demanda – para exercer pressão sobre o governo por políticas. Avaliação semelhante é a de Amy Nunn, para quem o fato de a doença ter atingido pessoas famosas – como o sociólogo Betinho e personalidades do mundo artístico –, de maior nível de renda e escolaridade, permitiu maior mobilização da sociedade para pressionar o governo a combater essa doença por meio da distribuição de medicamentos e a criação de infra-estrutura adequada para seus portadores¹⁶⁰.

Ainda que seja discutível se o alto nível de renda dos membros de um grupo de interesse é um elemento essencial para o seu sucesso político¹⁶¹, há uma literatura alicerçada em pesquisas empíricas que indicam que o poder econômico de um grupo de interesse - sua capacidade de ter, controlar ou mobilizar dinheiro – é um fator que influencia na efetividade de sua atuação¹⁶². Além da renda, mas muito ligada a ela, formação educacional das pessoas é também muito relevante para sua organização e

¹⁵⁷ Fonseca *et al.*, “Distribuição social da AIDS no Brasil”, p. 1355.

¹⁵⁸ Fonseca *et al.*, “Distribuição social da AIDS no Brasil”, p. 1357.

¹⁵⁹ Fonseca *et al.*, “AIDS e grau de escolaridade no Brasil: evolução temporal de 1986 a 1996”, *Caderno de Saúde Pública* 16, Sup. 1, 2000, p. 84.

¹⁶⁰ Folha Online, “Famosos influenciaram no sucesso do programa contra a AIDS, diz médica de Harvard”, 15 de novembro de 2007. Acesso em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u345697.shtml>.

¹⁶¹ Jan Potters; Randolph Sloof, “Interest groups: a survey of empirical models that try to assess their influence”, in *European Journal of Political Economy*, v. 12, 1996, p. 419.

¹⁶² Joseph Lapalombara, “Interesses e pressões políticas”, in Joseph Lapalombara, *A Política no Interior das Nações*, Brasília: Editora da UnB, 1982, p. 327; Ian Shapiro, *The State of Democratic Theory*, Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 126.

atuação política¹⁶³. Pretendo mostrar até o final deste trabalho como a atuação dos grupos de interesse pelas políticas de combate ao HIV valeu-se de diversas táticas e instâncias institucionais de atuação, o que teria sido bem mais difícil se as pessoas interessadas não tivessem boa condição de renda, escolaridade e informação.

Para fins deste trabalho, analisarei mais atentamente o fenômeno dos grupos de interesse formados pelos pacientes de HIV/AIDS em busca de uma resposta estatal para esta epidemia. Vale ressaltar que uso o conceito de “grupo de interesse” empregado por Gabriel Almond e Bingham Powell: “grupos de indivíduos que estão ligados por laços particulares de preocupação ou vantagem e que possuem, em alguma medida, consciência desses laços”¹⁶⁴.

No caso do HIV/AIDS, estes interesses organizam-se, principalmente, em torno de Organizações Não Governamentais (ONGs)¹⁶⁵, que desde o começo da década de oitenta, quando se começou a tomar conhecimento do problema, já se mostravam ativas na demanda de respostas governamentais para esta, então, nova doença, bem como buscavam um relacionamento intenso com o governo na formulação e implementação das políticas para ela¹⁶⁶.

As ONGs que trabalham com a temática do HIV/AIDS ganharam o nome de ONG/AIDS. As primeiras criadas no Brasil foram: o GAPA (Grupo de Apoio à Prevenção da AIDS), em 1985 formado por militantes do movimento GLBTT; a ABIA (Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS), fundada por Betinho em 1986; e, em 1989, o VIDDA (Valorização, Integração e Dignidade do Doente de AIDS), formado principalmente por pessoas soropositivas¹⁶⁷.

Além de pressionar e influenciar os tomadores de decisão, essas ONGs conseguiram fazer com que parte de seu financiamento fosse público. De acordo com um estudo da UNESCO, 78% das delas tinham como fonte de recurso acordos com

¹⁶³ Ian Shapiro, *The State of Democratic Theory*, Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 126.

¹⁶⁴ Gabriel Almond; G. Bingham Powell Jr., *Comparative Politics: a developmental approach*. Boston: Little, Brown, 1966, p. 75 *apud* Robert Salisbury, “Interest groups”, in N. Polsby; F. Greenstein (orgs.), *Handbook of Political Science*, v. 4, Boston: Addison-Wesley Publishing Company, 1975, p. 178.

¹⁶⁵ Neste trabalho analiso apenas as “ONGs políticas”, que buscam atuar para influenciar políticas públicas e dialogar com o poder público. Não analisarei as “ONGs assistenciais”, que buscam dar suporte material e emocional aos soropositivos.

¹⁶⁶ Mary Garcia Castro; Lorena Bernadete da Silva, *Responses to AIDS challenges in Brazil: limits and possibilities*. – Brasília: UNESCO, Ministry of Health, 2005, p. 56.

¹⁶⁷ Anna Beatriz Bonetti Paes, *Governo e ONGs no Combate à Epidemia da AIDS no Brasil*, Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação, do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

entes públicos¹⁶⁸. Outra fonte de financiamento bastante importante para as ONG/AIDS foi o Banco Mundial, que apostou no terceiro setor como elemento de controle social da política nacional de combate ao HIV/AIDS.

Conforme já apontou Salisbury, como conduta constante dos grupos de interesse¹⁶⁹, eles tendem a direcionar seu esforço de acordo com os pontos de tomada de decisão institucionalmente estabelecidos, ocorrendo uma adaptação das táticas dos grupos de acordo com as normas, regras e procedimentos de uma instituição particular. No caso das ONGs de portadores de HIV/AIDS não é diferente, pois eles buscam influenciar uma política por meio de um conjunto de táticas e em diversas instâncias de decisão.

Importante frisar que essas ONGs, à semelhança de outros grupos de interesse, não influenciam as políticas públicas apenas por meio da pressão sobre o governo, mas também ajudando os que administram e decidem políticas públicas a conhecer as necessidades de uma parcela da população, e a predizer quão bem ou mal uma política vai ser recebida ou implementada, o que também colabora para aumentar a eficiência da administração pública¹⁷⁰. Além do aspecto de pressão, há também uma dimensão de colaboração e parceria no desenho das políticas de combate ao HIV/AIDS.

No item seguinte, farei uma breve descrição de como essas ONGs valeram-se e se valem das instituições de participação existentes para influenciar as políticas de combate ao HIV/AIDS no Brasil ou, em outras palavras, de como as vítimas da doença organizaram-se para se transformar em protagonistas.

4.3. Formas e espaços para influenciar as políticas de combate ao HIV/AIDS

Antes de analisar a atuação das ONGs que militam na área de políticas públicas contra HIV/AIDS, faço uma breve reflexão sobre o contexto político que permitiu a

¹⁶⁸ Mary Garcia Castro; Lorena Bernadete da Silva, *Responses to AIDS challenges in Brazil: limits and possibilities*. – Brasília: UNESCO, Ministry of Health, 2005, p. 157.

¹⁶⁹ Robert Salisbury, “Interes groups” in N. Polsby; F. Greenstein (orgs.), *Handbook of Political Science*, v. 4, Boston: Addison-Wesley Publishing Company, 1975, p. 208.

¹⁷⁰ Joseph Lapalombara, “Interesses e pressões políticas”, in Joseph Lapalombara, *A Política no Interior das Nações*, Brasília: Editora da UnB, 1982, p. 299.

organização de interesses dos pacientes de HIV/AIDS, bem como o marco constitucional que legitimou suas demandas.

A abertura do regime político na segunda metade da década de oitenta e a promulgação da Constituição Federal de 1988 criaram um ambiente de maior transparência no exercício do poder, garantia da liberdade de expressão, imprensa, associação e organização da sociedade civil, além de terem permitido a maior participação dos cidadãos na gestão da coisa pública, o que inclui parcerias, mas também contestação e pressão. Estes elementos foram cruciais para a implementação efetiva das políticas de HIV/AIDS¹⁷¹. A questão social pôde, novamente, ser tratada como caso de políticas, ao invés de caso de polícia.

Pensando no caso específico da saúde, conforme já vimos no começo deste trabalho, a Constituição de 1988 consagrou o direito à saúde como um direito fundamental que deve ser garantido pelo Estado e lançou as bases para o Sistema Único de Saúde, cujos principais princípios norteadores são a universalidade, integralidade, igualdade e participação social. A demanda por políticas contra HIV/AIDS tem nessas normas constitucionais uma fonte de legitimidade. Esta legitimidade serve tanto para conseguir o apoio da opinião pública como para constranger as autoridades pela alegação do não cumprimento do disposto constitucionalmente por parte do poder público, o que aumenta bastante o custo político da não realização de políticas na área da saúde, ainda mais de doenças que possuem grande visibilidade como o HIV/AIDS.

4.4. As ações judiciais

As normas constitucionais que tratam da saúde, além da função de legitimar demandas, servem também de fundamento jurídico para ações judiciais reclamando do poder público medicamentos para tratamento do HIV/AIDS.

O Judiciário foi bastante utilizado na demanda por medicamentos contra HIV/AIDS. Uma pesquisa realizada na Faculdade de Direito localizou no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entre 1997 e 2004, 144 acórdãos em que se julgava

¹⁷¹ V. Oliveira-Cruz; J. Kowalski; B. McPake, “The Brazilian HIV/AIDS ‘success story’ – can others do it?”, v. 9, n. 2, 2004, p. 293.

pedido de concessão de medicamento contra HIV/AIDS. E, destes 144 acórdãos, em 85% foi concedido pelo Tribunal o medicamento pedido¹⁷².

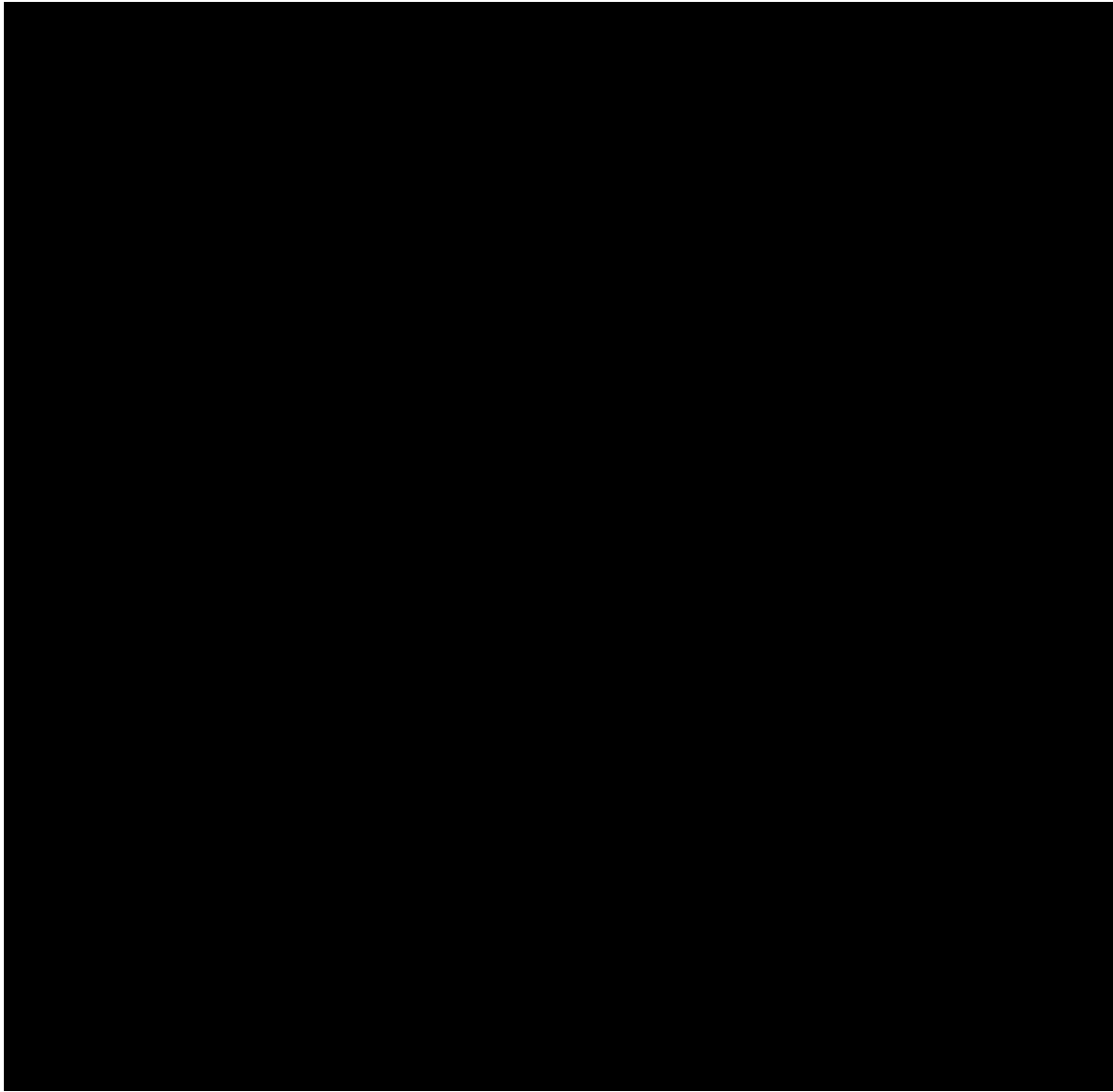
No Estado do Rio de Janeiro, entre 1991 a 1998, mais de 90% das ações com pedido de fornecimento de medicamento pelo poder público eram para tratamento de HIV/AIDS, tendo grande diminuição a partir de 1999, chegando a apenas 14,6% em 2000¹⁷³.

Outro estudo¹⁷⁴, desta vez uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da proteção judicial do direito à saúde, aponta que, até 2006, há prevalência dos pedidos de medicamentos contra HIV/AIDS, como mostra o gráfico a seguir, criado a partir da observação das decisões coletadas e do tipo de doença para a qual se pedia medicamentos em cada uma delas:

¹⁷² Camila Duran Ferreira *et al.*, “O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS”, São Paulo: USP, 2004, p. 19-21.

¹⁷³ Ana Maria Messeder *et. al.*, “Mandados judiciais como ferramentas para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil”, *Cadernos de Saúde Pública*, 21 (2), p. 528.

¹⁷⁴ Daniel Wei Liang Wang, *Custo dos direitos, escassez de recursos e a reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Berkeley Program in Law & Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics, 2007. As decisões utilizadas neste estudo são aquelas disponibilizadas pelo site oficial do Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br.



No Supremo Tribunal Federal, até 2006, todas as ações envolvendo direito à saúde foram individuais, ou seja, um indivíduo pedia para si determinado medicamento¹⁷⁵. Desta forma, é difícil avaliar a importância das ONG/AIDS nestas ações, pois não há como saber quantos destes indivíduos que entraram com pedidos no STF tinham respaldo financeiro ou jurídico destas associações. Dificuldade semelhante é encontrada na pesquisa sobre o Tribunal de Justiça de São Paulo, em que prevalecem as ações individuais, o que dificulta a análise da atuação das ONG/AIDS.

Entretanto, há literatura indicando que as ONG/AIDS fizeram do Judiciário um espaço institucional para seu engajamento. Diversas ONG/AIDS prestam serviços de assistência jurídica gratuita como uma forma de acessar a estrutura estatal, e as

¹⁷⁵Daniel Wei Liang Wang, *Custo dos direitos, escassez de recursos e a reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Berkeley Program in Law & Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics, 2007.

pioneiras nessa seara foram as ONGs GAPA e Grupo Pela VIDA¹⁷⁶. A assistência jurídica, além da busca por anti-retrovirais, tem função importante na luta por outros direitos e combate à discriminação.

Em um estudo de 2003 foram contabilizadas 32 assessorias jurídicas de ONGs com financiamento do Programa Nacional DST/AIDS, além dos serviços mantidos sem assistência governamental¹⁷⁷.

As primeiras ações com pedidos de medicamento para tratamento de HIV/AIDS que não estavam disponíveis na rede pública foram movidas, entre 1995 e 1996, por advogados de ONG/AIDS, como os do GAPA de vários estados e o FAÇA/SC (Fundação Açoriana para o Controle da AIDS)¹⁷⁸. O GAPA de São Paulo chegou a distribuir um “kit” para advogados de outras ONGs com modelos de petições iniciais e orientações para acionar o Judiciário para pedir medicamentos¹⁷⁹.

Atualmente, talvez em razão da qualidade da política de combate à AIDS, que conseguiu universalizar o acesso aos anti-retrovirais, têm diminuído as ações com pedido de medicamentos para combater esta doença. Pesquisas mais recentes apontam neste sentido. A pesquisa no Supremo Tribunal Federal aponta que a partir de 2007 não houve nenhuma demanda judicial por medicamento contra HIV/AIDS nesse tribunal. Uma pesquisa realizada com base nos cidadãos que obtiveram um medicamento por via do poder Judiciário no município de São Paulo em 2007 aponta que os medicamentos mais pedidos são contra diabetes e câncer¹⁸⁰.

Representantes de ONG/AIDS, não obstante reconhecerem a adequação da política de combate ao HIV/AIDS, afirmam que a via judicial continua sendo um

¹⁷⁶ Mary Garcia Castro; Lorena Bernadete da Silva, *Responses to AIDS challenges in Brazil: limits and possibilities*, Brasília: UNESCO, Ministry of Health, 2005, p. 151.

¹⁷⁷ Mário Scheffer; Andrea Lazzarini Salazar; Karina Bozola Grou, *O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília, 2005, pp.24.

¹⁷⁸ Mário Scheffer; Andrea Lazzarini Salazar; Karina Bozola Grou, *O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília, 2005, pp. 24-25.

¹⁷⁹ Mário Scheffer; Andrea Lazzarini Salazar; Karina Bozola Grou, *O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília, 2005, pp. 25-26.

¹⁸⁰ Fernanda Terrazas, *O poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais por medicamentos*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da USP como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2008

importante instrumento para o acesso a medicamentos ainda não incluídos no consenso terapêutico do Ministério da Saúde¹⁸¹.

4.5. Conselhos de saúde

Uma pesquisa da UNESCO realizada por meio de envio de questionários a 576 ONGs que trabalham com a temática da AIDS, e que foi respondida por 328 delas, aponta que 51,2% dessas associações participam dos Conselhos de Saúde¹⁸². Tal número indica que os Conselhos são espaços institucionais importantes para influenciar as políticas de saúde e, especificamente, as voltadas para o DST/AIDS.

A título de exemplo, o Grupo GAPA da Bahia afirmou privilegiar a participação em Conselhos estaduais e municipais de saúde como forma de controle social de políticas públicas¹⁸³. Esta ONG acredita na capacitação das entidades que têm assento nos Conselhos Saúde para subsidiar uma reflexão sobre as políticas de saúde relacionadas ao HIV/AIDS e influenciar nas decisões e no controle de políticas públicas.¹⁸⁴

O Cadastro Nacional dos Conselhos de Saúde, que reúne informações sobre mais de 5.091 conselhos (91,07% do total) em todo o país¹⁸⁵, fez um levantamento dos principais temas tratados nas reuniões dos conselhos, e o “DST/AIDS” faz parte desta lista, aparecendo em 28º lugar¹⁸⁶, à frente, por exemplo, de “campanhas de vacinação”, “controle de endemias”, “construção de unidades de saúde” e “ampliação das equipes do Programa de Saúde da Família”.

A licença compulsória de medicamentos anti-retrovirais, inclusive do Efavirenz, que foi decretada em 2007, havia sido recomendada ao ministro da saúde

¹⁸¹ Cristina Câmara, “Histórico das ONG/AIDS e sua contribuição no campo das lutas sociais” in *Cadernos ABONG*, n. 28, 2000, p. 61.

¹⁸² Mary Garcia Castro; Lorena Bernadete da Silva, *Responses to AIDS challenges in Brazil: limits and possibilities*, Brasília: UNESCO, Ministry of Health, 2005, 158.

¹⁸³ GAPA-BA, “Direitos Humanos e AIDS: a transversalidade dos direitos humanos como referencial ético e político da ação do GAPA-BS”, in *Cadernos ABONG*, n. 28, 2000, p. 143.

¹⁸⁴ GAPA-BA, “Direitos Humanos e AIDS: a transversalidade dos direitos humanos como referencial ético e político da ação do GAPA-BS”, in *Cadernos ABONG*, n. 28, 2000, p. 151.

¹⁸⁵ Cadastro Nacional de Conselhos de Saúde. Acesso em http://conselho.saude.gov.br/web_cadastro/index.html.

¹⁸⁶ A lista completa encontra-se em http://conselho.saude.gov.br/web_cadastro/index.html.

pelo Conselho Nacional de Saúde em resolução de 2005, com participação dos representantes do GAP/RS e Pela Vidda/São Paulo¹⁸⁷.

A participação nos Conselhos de Saúde e a capacidade de colocar seus interesses na pauta de discussões são indicativas da força de organização dos grupos que trabalham com a temática da AIDS. Há literatura que aponta que os cidadãos mais pobres permanecem excluídos desses espaços de participação e sem recursos suficientes para articular suas demandas, ao passo que os custos de participação são menores para aqueles que já dispõem de mais recursos¹⁸⁸.

4.6. Considerações finais

A escolha de pesquisar a participação nos Conselhos de Saúde e Judiciário para buscar melhores políticas para os pacientes de HIV/AIDS foi em razão do fato de terem sido instituições analisadas ao longo deste trabalho, além de serem espaços importantíssimos para tomada de decisão sobre políticas públicas.

Tentei indicar a relação entre boa condição socioeconômica e escolaridade com capacidade de organizar interesses para, por meio das diversas vias institucionais, vocalização de demandas e influência nas políticas públicas. E esta influência deu-se nas diversas fases da política pública: identificação de uma questão, estabelecimento de uma agenda, formulação da política, adoção da política, implementação da política, sua análise e avaliação¹⁸⁹.

Existe uma frase bastante citada no debate sobre as políticas públicas, “política de pobre é uma política pobre”, cuja veracidade é bastante contestável. Entretanto, pelo menos no caso da AIDS, o fato de ser uma doença que atinge também as classes de renda e escolaridade mais elevada colaborou para que houvesse uma capacidade de organização e mobilização para demandar políticas contra essa doença, o que acabou beneficiando toda a população afetada.

¹⁸⁷ Programa Nacional de DST/AIDS, 2005. Acesso em http://www.aids.org.br/default.asp?site_Acao=&paginaId=55&mNoti_Acao=mostraNoticia¬iciaId=119.

¹⁸⁸ Esta literatura é citada por Vera Schattan P. Coelho, “A democratização dos Conselhos de Saúde”, *Novos Estudos Cebrap*, n. 78, 2007, p. 79.

¹⁸⁹ Stella Z. Theodoulou, “Making Public Policy”, in Stella Z. Theodoulou; Matthew A. Cahn (ed.), *Public Policy: the essential reading*, New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 86

Este estudo da Política Nacional de DST/AIDS aponta para elementos analisados ao longo deste trabalho. Primeiramente, fica clara a importância da participação democrática para a existência de uma boa política. As ONGs buscaram as principais vias institucionais para pressionar o poder público a atender suas demandas e, dessa forma, conseguiram influenciar fortemente a política pública nas suas mais diversas fases.

Além do mais, pelo menos no caso da política de DST/AIDS, as ações judiciais mostraram-se um dos instrumentos usados para pressionar o poder público por uma melhor política, o que reforça a hipótese de que o Judiciário pode ser um ator relevante de participação e influência em políticas públicas¹⁹⁰. Igualmente fica claro como a capacidade de usar o Judiciário de forma contínua e sistemática para pressionar por maior atenção estatal depende de uma boa estrutura de assistência legal, que no caso em estudo, foi fornecido pelas ONGs.

Também quis mostrar como a participação nas instituições, e não apenas no poder Judiciário, acaba sendo em grande parte restrita a grupos organizados e/ou com maior poder econômico. O fato de que esses são os maiores beneficiários não só é um problema comum à tutela judicial de todos os direitos, também ocorre, em variados graus, em todas as instâncias de participação.

¹⁹⁰ Marius Pieterse, “Social Movements, and Rights-based Litigation in South Africa”, *Journal of Law and Society*, v. 35, n.3, 2008, p. 369 e 384, chega a conclusão semelhante de que as ações judiciais, juntamente com outras estratégias de atuação política, foram importantes para uma melhor política de atenção aos pacientes de HIV/AIDS na África do Sul.

5. Pesquisa empírica

Ao longo deste trabalho procurei discutir a hipótese de que o Judiciário pode ser uma via institucional para que as pessoas economicamente e socialmente menos favorecidas – geralmente excluídas de outros espaços de participação – possam manifestar suas necessidades e preferências em matéria de políticas de saúde.

Uma das conclusões que obtive até o presente momento é que isso se torna possível quando presentes algumas circunstâncias, como a presença de instituições que possam dar suporte jurídico às pessoas menos favorecidas, levando suas demandas ao poder Judiciário ou, simplesmente, ameaçando fazer isso como poder de barganha para negociar com o poder público.

Portanto, para avaliar as possibilidades de o Judiciário no Brasil ser uma voz institucional para os menos favorecidos demandarem a concretização de seu direito à saúde, é preciso olhar especialmente para duas instituições que podem promover o acesso à Justiça para eles: o Ministério Público e a Defensoria Pública.

5.1. Ministério Público

O interesse pelo Ministério Público surge a partir de um trabalho de José Reinaldo de Lima Lopes¹⁹¹ que, estudando e comparando Ações Cíveis Públicas envolvendo direito à saúde e educação em dois períodos – de 1989 a 1996 e 1996 a 2003 –, aponta para uma crescente preocupação do Ministério Público em buscar a tutela dos direitos à saúde e à educação das populações mais pobres, ao invés de defender interesses mais vinculados à saúde e educação da classe média.

As Ações Cíveis Públicas, que têm no Ministério Público seu principal patrocinador, possuem um grande caráter inovador na propagação da cidadania. Esta é a posição de Werneck Vianna e Marcelo Burgos, para quem o maior uso das Ações Cíveis Públicas em matéria de políticas públicas significa que elas são crescentemente

¹⁹¹José Reinaldo de Lima Lopes, “Os tribunais e os direitos sociais no Brasil – saúde e educação: um estudo de caso revisitado”, in José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais: teoria e prática*, São Paulo: Método, 2006, pp. 221-264.

percebidas como lugar de afirmação de direitos em face do Poder Público¹⁹² por um grande espectro de atores sociais e políticos¹⁹³.

Para Ronaldo Porto Macedo Jr., a Ação Civil Pública, além de ser uma forma mais racional e adequada para a tutela de direitos sociais, é um instrumento de política e de influência que amplia os foros de debate sobre políticas públicas e, conseqüentemente, sobre justiça social¹⁹⁴.

Contudo, essa percepção sobre o Ministério Público não é unânime. Florian Hoffman e Fernando Bentes trazem a impressão que o Ministério Público tende a patrocinar causas que repercutem na mídia, e como a atenção dos meios de comunicação geralmente não é voltada aos menos favorecidos, poucas demandas desses acabam sendo patrocinadas por essa instituição¹⁹⁵.

Lançar luz sobre essa discussão a respeito de quem são os beneficiários da atuação do Ministério Público no caso específico da tutela do direito à saúde é uma grande motivação para essa pesquisa.

Juntamente ao estudo das Ações Cíveis Públicas, estudarei as formas de solução de conflito pré-judiciais, em que a questão se resolve sem necessidade de ação judicial, mas com a possibilidade usá-la como poder de barganha na negociação com o poder público. Rogério Arantes¹⁹⁶ traz um dado interessante de que é comum os promotores e procuradores buscarem meios alternativos ao processo judicial, o que faz com que as Ações Cíveis Públicas sejam apenas “a ponta do *iceberg* do trabalho das promotorias”. Muitas vezes a questão se resolve com a requisição de informações, instauração de inquéritos civis ou pela celebração de Termos de Ajustamento de Conduta.

Inicialmente, o objetivo era analisar tanto o Ministério Público Federal quanto o Ministério Público Estadual. Contudo, no Ministério Público Federal tive dificuldade

¹⁹² Luiz Werneck Vianna; Marcelo Burgos, “Revolução processual e democracia progressiva”, in Luiz Werneck Vianna (org.), *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 466.

¹⁹³ Luiz Werneck Vianna; Marcelo Burgos, “Revolução processual e democracia progressiva”, in Luiz Werneck Vianna (org.), *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 484.

¹⁹⁴ Ronaldo Porto Macedo, “Ação Civil Pública, o Direito social e os princípios”, in Édis Milaré, *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: efetividade e desafios*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 265.

¹⁹⁵ Florian F. Hoffman; Fernando R.N.M. Bentes, “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil” in Varun Gauri; Daniel M. Brinks (ed.), *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 111.

¹⁹⁶ Rogério Bastos Arantes, *Ministério Público e Política no Brasil*, São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: Fapesp, 2002, p. 146.

em acessar os dados para a pesquisa. Não foi possível o acesso direto aos inquéritos civis públicos e às ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal em São Paulo. Fui informado que, em razão do sigilo de alguns dados, o material dessa instituição poderia ser consultado apenas de forma intermediada. Tive acesso a uma relação das ações propostas pelo 5º Ofício do Ministério Público Federal de São Paulo, especializado na área da saúde pública, e pude perceber que a atuação tem sido muito presente na questão da improbidade administrativa com recursos da saúde e de irregularidades nos repasses de verbas do SUS, o que provavelmente é a razão para a manutenção do sigilo dos dados. Das 42 ações registradas, em apenas 2 casos tratava-se claramente de um pedido para forçar o Estado a realizar algum gasto em matéria de saúde pública (fornecimento de medicamentos para portadores de HIV/AIDS e de bombas de infusão subcutânea para quelação de ferro para portadores de doença falciforme e outras hemoglobinopatias).

Portanto, em razão da dificuldade em se ter acesso aos dados e por aparentemente apresentarem poucos casos pertinentes ao escopo da pesquisa, optei por analisar somente o Ministério Público Estadual.

A tutela do direito à saúde no Ministério Público Estadual é realizado principalmente em 3 promotorias: Promotoria de Pessoas com Deficiência, Promotoria da Infância e da Juventude e a Promotoria da Saúde Pública (GAESP).

As promotorias de Pessoas com Deficiência e a da Infância e Juventude propuseram ações civis públicas voltadas em maioria para casos individuais enquanto que a Saúde Pública patrocinou demandas coletivas. Atualmente, o Ministério Público Estadual aplica uma política de divisão de tarefas com a Defensoria Pública, enquanto essa cuida de ações individuais, aquela se responsabiliza principalmente pela tutela de direitos coletivos, o que evita uma superposição de competências.

5.1.1 Promotoria de Pessoas com Deficiência e Promotoria da Infância e da Juventude

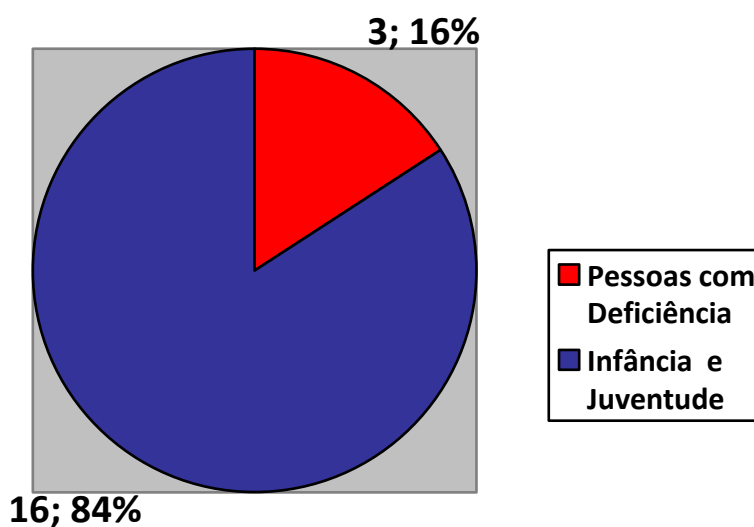
Nas promotorias de Pessoas com Deficiência e na da Infância e Juventude analisei apenas as ações civis públicas por elas propostas. De acordo com as funcionárias responsáveis, a atuação dessas promotorias em matéria de saúde é cada vez mais residual, pois o procedimento padrão é que as demandas por medicamentos ou

tratamentos médicos sejam encaminhadas à Promotoria da Saúde Pública. Também afirmaram não haver termos de ajustamento de conduta em suas promotorias envolvendo acesso a medicamentos ou tratamentos médicos e nem quantidade significativa de casos solucionados em fase pré-judicial.

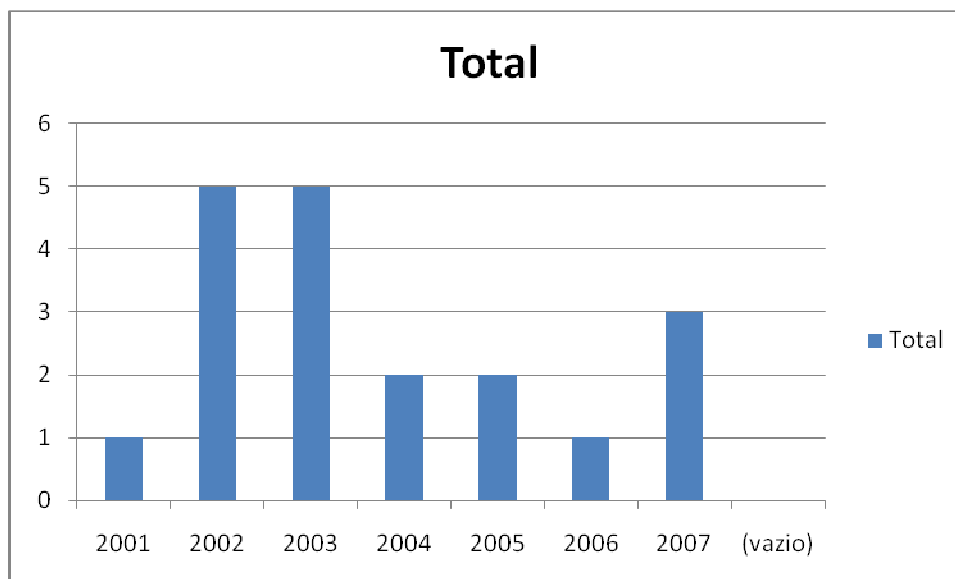
Das 19 ações propostas, apenas duas referem-se a demandas coletivas. Uma refere-se à falta de tratamentos e medicamentos na rede pública para pacientes portadores de epilepsia, e a outra se refere à implantação de Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) na região do bairro de Engenheiro Marsilac.

Como a quantidade de ações não é grande opto por analisá-las conjuntamente.

Número de ACPs pesquisadas em cada promotoria



Data de proposição da ação



Patologias para as quais se pede medicamento ou tratamento

Patologia	Porcentagem	Frequência
AIDS/HIV	5,56%	1
AUTISMO	5,56%	1
DISTROFIA MUSCULAR CONGÊNITA - CHARCOT-MARIE-TOOTH	5,56%	1
DISTROFIA MUSCULAR DUCHENNE	22,22%	4
EPILEPSIA	11,11%	2
NECESSIDADES NUTRICIONAIS ESPECIAIS	38,89%	7
PARALISIA CEREBRAL	5,56%	1
PNEUMONIA E BRONQUITE CRONICA	5,56%	1
Total geral	100,00%	18

Com relação aos portadores dos dois tipos de distrofia muscular, o principal pedido é para fornecimento aparelho de ventilação com pressão diferencial respiratório.

Esse aparelho, de acordo com dados presentes nos processos, tem um custo que varia entre 12.000 a 20.000 reais. Já o pedido das pessoas com necessidades nutricionais, em apenas dois processos constava o custo, que em ambos os casos era de 250 reais mensais.

No que tange à renda das pessoas cuja causa foi patrocinada por essas duas promotorias, em apenas 3 casos é declarado o valor da renda do(a) genitor(a) do menor que precisa de um medicamento, aparelho ou tratamento. Em um caso a renda era de R\$300/mês e em outros dois de R\$400/mês. Contudo, em outros casos existe alguma declaração sobre a renda das famílias: em 3 casos a genitora estava desempregada; em 1 o genitor estava preso; em 2 processos foi declarado ser a família de baixa renda; em 3 consta o dado de que a família não tem condições de arcar com o tratamento e, por fim, em um caso fala-se que a família mora em região de alto índice de exclusão social. Em 7 casos não há qualquer referência a respeito da renda das famílias.

Outro dado que pode ser útil para se averiguar se as famílias assistidas por essas promotorias são socialmente desfavorecidas é pelo bairro onde moram. Esse é um dado que aparece em 12 processos. Os bairros serão classificados de acordo com o Índice de Desenvolvimento Humano do distrito ao qual pertencem, calculados pela Prefeitura do Município de São Paulo¹⁹⁷, em baixo IDH (abaixo de 0,5), médio IDH e alto IDH (acima de 0,8).

Dentre os cidadãos assistidos, 8 moram em distritos de baixo IDH e 4 em distritos de IDH médio. Dentre os IDH baixo, 2 estão entre os 10% piores no IDH em uma tabela que inclui 96 distritos.

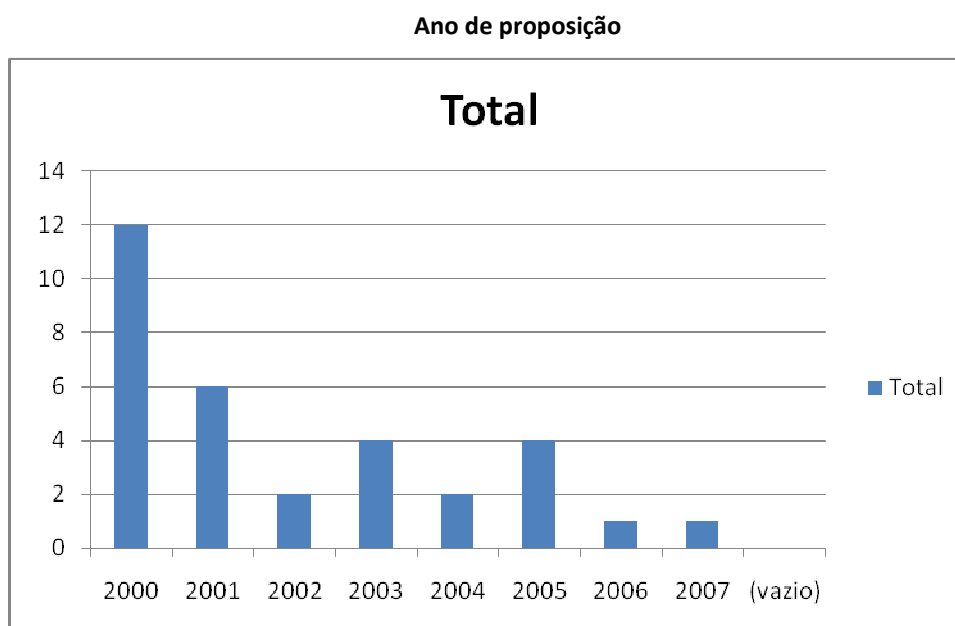
Por fim, percebe-se que as ACPs promovidas pela Promotoria de Pessoas com Deficiência e a da Infância e Juventude tem boa receptividade no poder Judiciário. Dos 17 processos em que há informação a respeito da concessão ou não de liminares, em apenas uma ela não foi concedida. Em 2 casos a liminar não foi confirmada na decisão final do juízo de primeira instância.

5.1.2. Promotoria da Saúde Pública (GAESP)

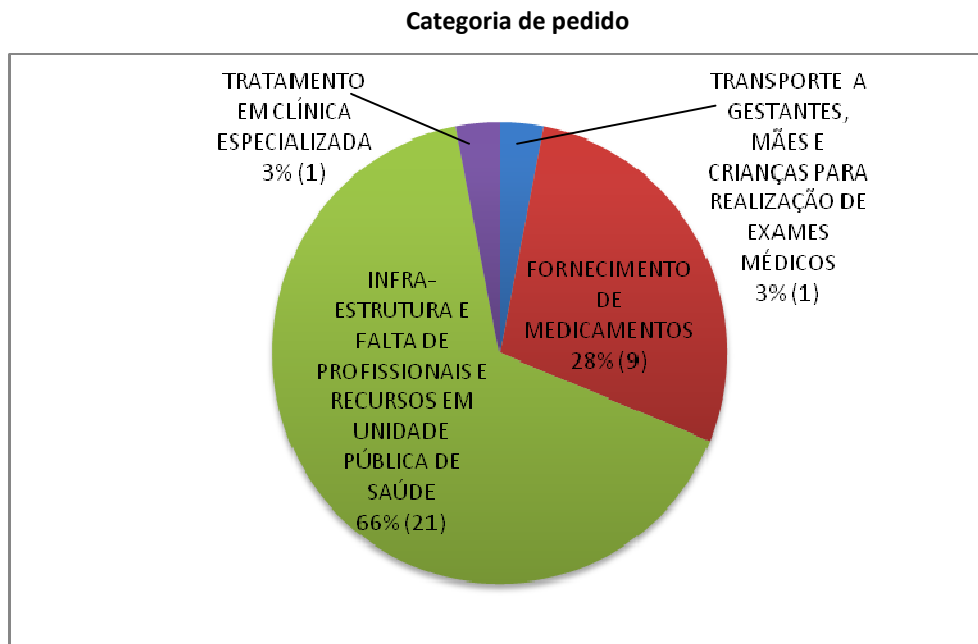
¹⁹⁷ PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, *Desigualdade em São Paulo: o IDH*, Secretaria do Desenvolvimento, Trabalho e Solidariedade, São Paulo, 2002.

5.1.2.1. Ações Civas Públicas

De 1999 - quando é criada a Promotoria de Saúde Pública - até o ano de 2008 o GAESP promoveu um total de 62 Ações Civas Públicas. Para fins deste trabalho foram analisados apenas aqueles em que se tutelava o direito à saúde por meio da exigência de ação do Estado que implicasse gasto público, o que resultou em um total de 32 ACPs analisadas. Todas as ações referem-se a interesses coletivos, pois conforme já foi dito, há uma política de se encaminhar pedidos individuais para a Defensoria Pública.



Percebe-se uma tendência de diminuição no número de ACPs propostas pela promotoria. A hipótese que levanto, e que será mais discutida posteriormente, é a de que a diminuição no número de ações propostas decorre de uma propensão maior das secretarias de saúde a tentar resolver a demanda em fase anterior à proposição da ação, talvez em decorrência de saber que a jurisprudência tende a não aceitar seus argumentos de defesa.



Como mostra o gráfico, as ACPs do GAESP são voltadas principalmente para demandar o fornecimento de medicamentos e para solução de problemas de infra-estrutura e falta de profissionais e recursos em unidade pública de saúde (o que inclui problemas com higiene; manutenção de prédio; falta de insumos hospitalares; equipamentos, ambulâncias, remédios e profissionais de saúde; adequação do hospital a normas técnicas de segurança e procedimento médico) em hospitais, pronto-socorros e unidades básicas de saúde.

Na categoria “Fornecimento de medicamentos”, incluem apenas os casos em que se pede exclusivamente o fornecimento de medicamento. Quando o pedido de medicamento é feito juntamente com demandas relacionadas a infra-estrutura da unidade saúde, ele entra na categoria “Infra-estrutura e falta de profissionais e recursos em unidade pública de saúde”. Nesses casos, o pedido do medicamento é sempre genérico, não se pede especificamente um fármaco para uma determinada doença, mas refere-se ao abastecimento do hospital.

As ACPs em que se pede exclusivamente fornecimento de medicamentos são para as seguintes patologias: hepatite C (2 ACPs); hipertemia maligna; fibrose cística; doença renal crônica; epilepsia; doença pulmonar obstrutiva crônica e adrenoleucodistrofia. Um outro caso refere-se à falta de medicamentos de alto custo no Hospital das Clínicas.

Das 9 ações, em 5 houve concessão de liminar e em 2 não. Nas outras não há informações a esse respeito. Infelizmente, há pouca informação a respeito das fases processuais posteriores à concessão da liminar, o que impede a avaliação a respeito do sucesso dessas ACPs no Judiciário.

Para aqueles medicamentos em que se constava no processo o custo para seu fornecimento, percebe-se que, em regra, são medicamentos de alto custo. Para tratamento de adrenoleucodistrofia, pede-se o fornecimento de Óleo de Lorenzo, a um custo de R\$400 a caixa com 6 frascos. Para tratamento de doença renal crônica, o medicamento Renagel custa R\$802,56 o frasco. O medicamento Dantroleno Sódico para hipertemia maligna tem o preço de R\$2.845 um kit com três caixas. Por fim, para fibrose cística, o tratamento por paciente custa R\$8.000 mensais; e para hepatite C, o tratamento com Interferon Peguilado tem o valor de R\$5.000 mensais.

Sobre a categoria “Infra-estrutura e falta de profissionais e recursos em unidade pública de saúde”, talvez o dado mais interessante a se extrair e que toca diretamente na hipótese deste trabalho, é observar em que bairros se encontram as unidades de saúde para as quais se reclama, por via judicial, melhores condições. Após descobrir os bairros, faço o levantamento do IDH desses bairros nos moldes da análise feita no item anterior.

Desta forma, descobre-se que dos 21 casos, em 10 trata-se de unidades de saúde em distritos de baixo IDH, em 10 de médio IDH e há um caso de hospital em distrito de alto IDH. O equilíbrio entre distritos de baixo e médio IDH é um dado que será constatado também nas ações propostas pela Defensoria Pública.

O que chama atenção é que 9 das unidades de saúde para as quais se pedem melhores condições (90% entre aqueles de baixo IDH) localizam-se na zona leste da cidade (Sapopemba, Itaquera e Guaianazes), o que talvez possa ser explicado pela existência de um forte movimento social de saúde nessa região, organizado desde 1970, ligado ao movimento sanitarista e atuante até hoje¹⁹⁸, o que sugere um diálogo entre o Ministério Público e esse movimento social.

Outra explicação possível para a prevalência de casos da zona leste é que lá reside aproximadamente 1/3 da população do município de São Paulo¹⁹⁹. Contudo, a

¹⁹⁸ Sobre o movimento de saúde na zona leste ver <http://www.movimentosaude.org/index.php>.

¹⁹⁹ Informação apresentada no site da Câmara Municipal de São Paulo. Ver http://www.camara.sp.gov.br/noticias_detalhe.asp?id=1012

discrepância entre a proporção de ações envolvendo a zona leste e a de habitantes não permite concluir que essa seja uma variável forte para explicar o fenômeno.

Quanto ao sucesso dessas ações, nos processos em que constava essa informação (13), em 9 casos o juiz deu ganho de causa ao Ministério Público, obrigando o Estado a efetivar as mudanças reclamadas, em 4 o pedido não foi concedido.

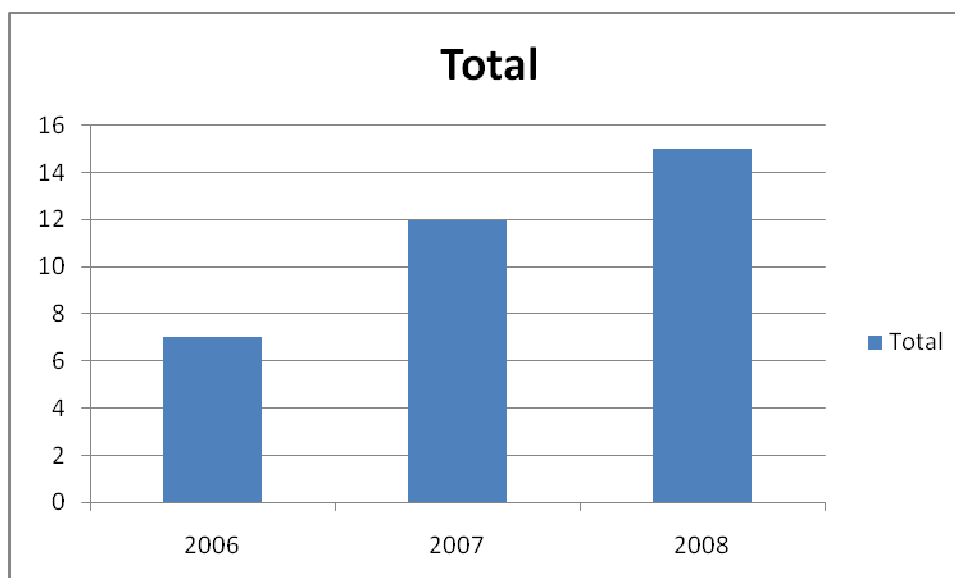
5.1.2.2. Inquéritos civis públicos arquivados

Um outro dado interessante e cuja pesquisa foi possível é em relação aos inquéritos civis públicos²⁰⁰ arquivados sem proposição da Ação Civil Pública. Esse dado ajuda a refletir a respeito da percepção de que muitos dos casos conseguem ser resolvidos em uma fase pré-judicial.

Os registros desses inquéritos civis públicos arquivados ficam guardados no Ministério Público Estadual por três anos. Por isso, pude apenas pesquisar dados a partir de 2006. Em 2006, 2007, 2008 houve um total de 66 arquivamentos, desses, 35 envolviam pedidos contra o poder público no sentido de envolver alguma prestação positiva. Os outros 31 não entraram na análise por fugirem do escopo do trabalho.

²⁰⁰ O inquérito civil público é uma fase administrativa prevista na lei 7.345/85 (Lei das Ações Cíveis Públicas), conduzida pelo Ministério Público para apuração e investigação dos fatos, e que deve anteceder o ajuizamento de uma ação civil pública. O ajuizamento não ocorre quando se consegue um acordo entre as partes, ou quando não houver provas suficientes para fundamentar uma ação. Nestes casos, há o arquivamento do inquérito civil público.

Número de inquéritos civis públicos com pedidos contra o poder público arquivados

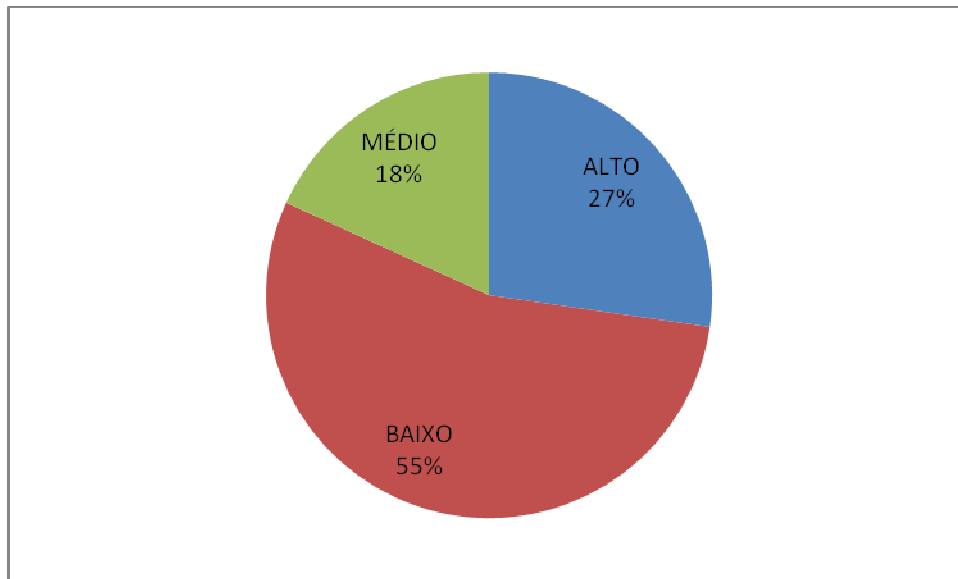


O gráfico acima aponta para uma tendência crescente no número de inquéritos civis públicos arquivados sem proposição da ação. Embora a margem temporal de três anos não permita afirmações mais seguras, pode-se sugerir que há uma tendência em se aumentar o número de casos resolvidos pré-judicialmente, o que contrasta com a diminuição no número de Ações Civis Públicas propostas. No ano de 2008, por exemplo, não houve registro de proposição de ACPs, ao mesmo tempo que foi significativo o número de arquivamentos. A inexistência de dados anteriores a 2006 impede conhecer de forma mais precisa se existe uma relação entre ACPs propostas e inquéritos civis arquivados, mas os poucos dados existentes sugerem que ela é inversamente proporcional.

Dos casos analisados, novamente os que apareciam em maior quantidade eram aqueles relacionados às irregularidades em unidades de saúde (infra-estrutura, atraso em atendimento, falta de profissionais e materiais), que correspondem a 11 casos; e os envolvendo fornecimento de medicamentos e vacinas, que representam 9 casos.

Sobre a localização das unidades de saúde percebemos a seguinte divisão com base no IDH dos distritos onde se encontram:

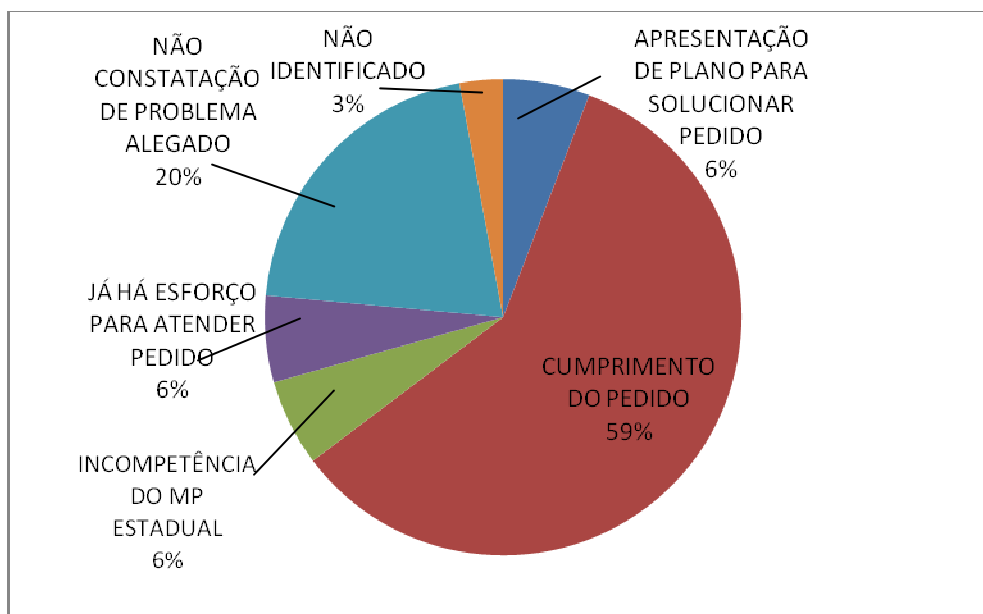
Índice de Desenvolvimento Humano



Dentre os de baixo IDH, 5 de 6 localizam-se na zona leste, o que aponta que os dados analisados no item anterior não são produtos de coincidências, mas alguma relação deve guardar com o fato dessa região ter movimentos de saúde consolidados e atuantes.

Para saber até que ponto o grande número de arquivamentos é decorrência da propensão do Executivo a corrigir sua eventual falha ou omissão sem necessidade de uma ação judicial, mas com a sua ameaça iminente, é preciso saber a razão pela qual houve o arquivamento. O gráfico seguinte mostra que, de fato, a administração busca cumprir aquilo que lhe está sendo demandado, seja imediatamente, gradualmente ou oferecendo um plano para o cumprimento.

Razão para arquivamento do inquérito civil público



5.2. Defensoria Pública

A Defensoria Pública é a instituição responsável por prestar assistência jurídica gratuita aos cidadãos de baixa renda que não possuem recursos financeiros suficiente para contratar um advogado particular. No Estado de São Paulo a Defensoria foi criada pela Lei Complementar 988 de 2006, mas sua função já era realizada anteriormente pela Procuradoria de Assistência Judiciária, ligada à Procuradoria Geral do Estado. Ela atende pessoas cuja renda familiar não ultrapasse 3 salários mínimos²⁰¹.

Luciana Cunha entende que é a Defensoria Pública a instituição capaz de transformar as demandas das camadas mais pobres da população em realização de direitos, inserindo-as no cenário político e jurídico²⁰². Portanto, a análise de como a Defensoria Pública atua na defesa de um dos direitos fundamentais mais essenciais, a

²⁰¹Em casos excepcionais, algumas pessoas cuja renda familiar ultrapasse esse teto estabelecido podem ser assistidos, dependendo da avaliação no atendimento pelo Defensor Público.

²⁰²Luciana Gross Siqueira Cunha, “Acesso à Justiça e Assistência Jurídica em São Paulo” in Maria Tereza Sadek (org.), *Acesso à Justiça*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 201.

saúde, pode ser muito útil como uma forma de avaliação dessa instituição que começou a funcionar recentemente em São Paulo com a função de promover acesso à Justiça aos menos favorecidos.

Algumas pesquisas já apontam para o papel relevante da Defensoria Pública em matéria de direito à saúde, como as de Fernanda Terrazas²⁰³, Fabiola Vieira e Paola Zucchi²⁰⁴, e Ana Maria Messeder *et. al.*²⁰⁵. Terrazas, apesar do tom crítico de seus trabalhos em relação à judicialização da saúde, por entender que essa justiciabilidade favorece os já favorecidos, identificou que uma parte das ações, principalmente daqueles que gozavam de assistência jurídica gratuita, era de medicamentos menos custosos e que já fazem parte da política pública de saúde, mas que, por alguma razão, não estão disponíveis aos cidadãos. Fabiola Vieira e Paola Zucchi, embora também críticas em relação ao efeito distributivo regressivo da judicialização da saúde, apontam em sua amostra que 37% dos casos eram representados pela Procuradoria Geral de Justiça (antecessora da Defensoria Pública), quantidade menor apenas que aqueles representados por advogado particular. Ana Maria Messeder *et. al.* trazem dados ainda mais incisivos sobre a atuação da Defensoria Pública, ao mostrar que, entre 1991 e 2002, ela patrocinou mais da metade das ações envolvendo pedido de medicamentos.

A partir desses trabalhos, faço a leitura de que, embora o problema do acesso à justiça seja grave no Brasil, o estudo das ações da Defensoria Pública pode já indicar a importância da proteção jurisdicional do direito à saúde para os menos favorecidos, que teriam demandas legítimas e cujo impacto no orçamento público não é tão significativo. Cabe, então, um estudo mais aprofundado destas ações. A partir delas, pretende-se observar se, de fato, demandas legítimas dos menos favorecidos possuem no Judiciário um espaço de manifestação e de pressão sobre os poderes políticos.

Além de analisar as ações judiciais propostas pela Defensoria Pública, estudarei também os resultados da parceria entre a Defensoria e a Secretaria Estadual de Saúde, pois é um ótimo exemplo de efeito indireto da judicialização da saúde e da

²⁰³ Fernanda Terrazas, *O poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais por medicamentos*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da USP como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2008.

²⁰⁴ Fabiola Sulpino Vieira; Paola Zucchi, “Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil”, *Revista de Saúde Pública*, n. 41(2), 2007pp, 214-222.

²⁰⁵ Ana Maria Messeder *et. al.*, “Mandados judiciais como ferramentas para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil”, *Cadernos de Saúde Pública*, 21 (2)

possibilidade de diálogo e aproximação entre as instituições. Ademais, de acordo com os próprios defensores públicos, essa parceria tem diminuído o volume de ações em uma enorme proporção.

5.2.1. Estudo das ações propostas

As ações envolvendo pedido de bens e serviços de saúde patrocinadas pela Defensoria Pública são concentradas na “Unidade Fazenda Pública”, que fica na sede da instituição localizada no centro da cidade de São Paulo. Nesta unidade, as ações são divididas entre 5 bancas, tendo cada banca um defensor responsável.

As ações são distribuídas pelo critério de ordem de chegada, o que faz com que todas as bancas tenham um número praticamente igual de processos e que a distribuição por temas seja aleatório. Em virtude da enorme quantidade de processos, aleatoriamente optei por analisar apenas uma das bancas, a número 3, por entender que ela, assim como qualquer outra banca, é uma amostra representativa de 20% aleatoriamente construída.

Também foi necessário um corte temporal e fez-se a opção por analisar apenas as ações a partir de 2006, ano em que a Defensoria Pública começa a funcionar, dando continuidade ao trabalho da Procuradoria de Assistência Judiciária. A pesquisa encerrou-se ao final de fevereiro de 2009.

5.2.1.1 Resultados

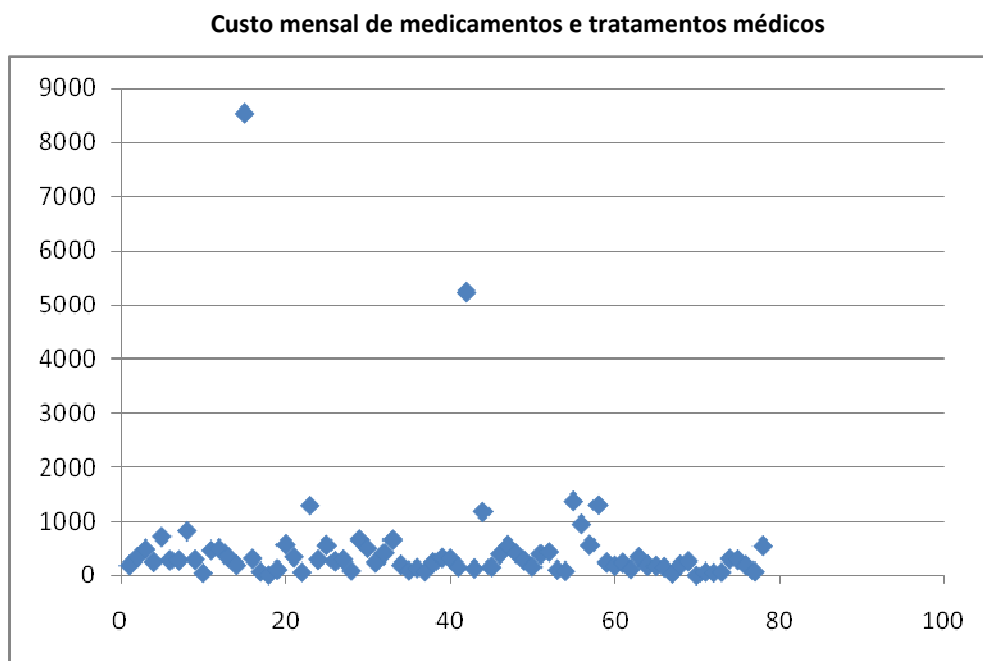
Chama atenção a variedade de patologias dos quais sofrem os representados pela Defensoria Pública. Nos 340 processos analisados, foram registradas 156 doenças, que apareceram 511 vezes no total²⁰⁶. As mais frequentes são: diabetes (25,24%), paralisia cerebral (6,65%), hipertensão arterial (5,48%), glaucoma (3,32%), acidente vascular cerebral (3,33%), cardiopatias (3,33%), neoplasias (2,35%), que somados não alcançam 50% do total.

²⁰⁶ Em diversos casos um paciente sofre de mais de uma doença, logo a frequência de doenças não corresponde ao número de processos analisados.

Os pedidos mais freqüentes são de insumos para controle de diabetes (insulinas, aparelhos para aferição de glicose, lancetas, fitas reagentes, agulhas e seringas) e fraldas descartáveis para portadores de paralisia cerebral e para aqueles que sofreram acidente vascular cerebral.

Em alguns processos consta o custo do medicamento ou tratamento médico pedido. Os dados fornecidos, em razão do tipo de pedido, não aparecem de forma uniforme, ora aparecendo o preço por unidade ou totalidade do tratamento, ora o custo dos medicamentos ou tratamentos de que o paciente necessita calculado por um determinado período de tempo. Portanto, esses dois tipos de dados não podem ser analisados conjuntamente.

Dentre os 78 casos em que o custo é apresentado para um dado período de tempo, por aparecerem calculados em anos ou meses, foi possível uniformizar as ocorrências e descobrir o seu custo mensal. A mediana dos custos mensais é de R\$289,92 por mês. O gráfico de dispersão mostra que, salvo poucas exceções, não se trata de pedidos de altíssimo custo.



No eixo Y estão os valores em reais

No eixo X os números referem-se apenas à ordem aleatória em que foi tabulado cada um dos 78 casos.

Em alguns poucos casos, total de 14, o custo total para tratamento ou controle da patologia da qual sofre o assistido pela Defensoria Pública sem especificar o período que ele durará. São nesses casos que aparecem os pedidos com os custos mais elevados, de medicamentos para combate a neoplasias. Três pedidos chamam a atenção pelo seu custo elevadíssimo: um tratamento de bioquimioterapia ao custo de R\$225.000 e dois medicamentos ao custo de R\$13.000 e R\$78.300.

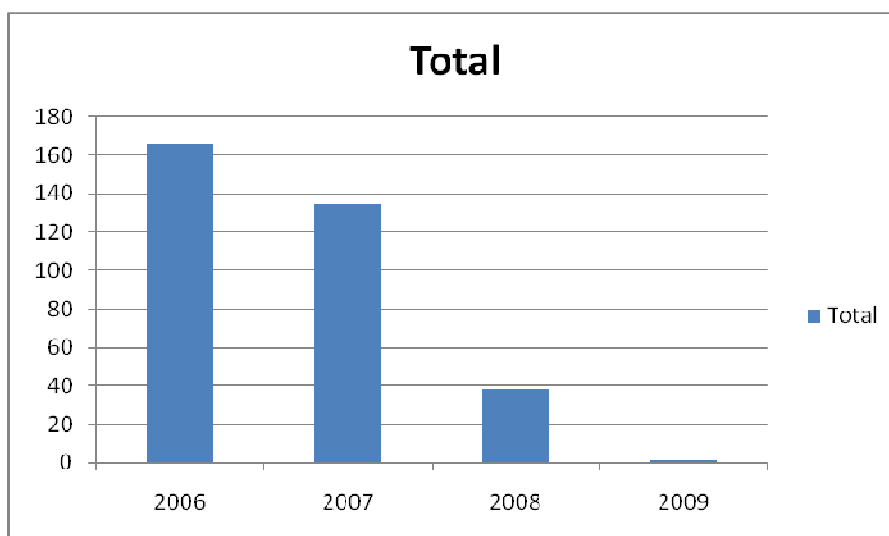
Com relação ao sucesso das ações propostas pela Defensoria Pública, em 84,64% foi concedida a liminar em favor do assistido, considerando os 293 casos em que consta informação a respeito da decisão judicial em sede de antecipação de tutela, e em apenas 3,75% desses casos a liminar concedida não foi mantida na decisão de mérito. Os dados relativos ao resultado das ações em instâncias superiores mostram que quando a Defensoria perde em primeira instância (em sede de liminar ou em decisão final), ela consegue reverter a decisão em 77,78%²⁰⁷ dos casos na segunda instância. Também foi constatado um recurso especial e um recurso extraordinário, mas não havia o acórdão do STJ e do STF sobre esses casos. Já nos recursos interpostos pela Fazenda Pública contra decisão que concede medicamento ou tratamento médico, em 85,71%²⁰⁸ dos casos nega-se provimento para manter a decisão do tribunal *a quo*.

Percebe-se, também, que houve uma forte redução de casos envolvendo pedidos de medicamentos e tratamentos médicos na Defensoria de 2007 a 2008, muito provavelmente em razão do convênio celebrado entre a Defensoria Pública de São Paulo e a Secretaria Estadual de Saúde para que demandas envolvendo direito à saúde pudessem ser resolvidas antes que se chegue à fase judicial. A redução de 2007 a 2008 foi de 75,6%, e até fevereiro de 2009 a banca 3 teve apenas uma ação para esse tipo de pedido.

²⁰⁷ Esse dado é obtido a partir dos 27 casos em que a informação a respeito do julgamento do recurso encontra-se disponível nos arquivos da Defensoria Pública.

²⁰⁸ Esse dado é obtido a partir dos 63 casos em que a informação a respeito do julgamento do recurso encontra-se disponível nos arquivos da Defensoria Pública.

Ano de distribuição do caso para proposição de ação judicial



Com relação à condição sócio-econômica das pessoas representadas pela Defensoria Pública, o simples fato da renda ser um critério para ser atendido por essa instituição já permitiria afirmar que se trata de pessoas socialmente não favorecidas. Porém, há um dado muito interessante que consta nos processos: a renda familiar das pessoas assistidas.

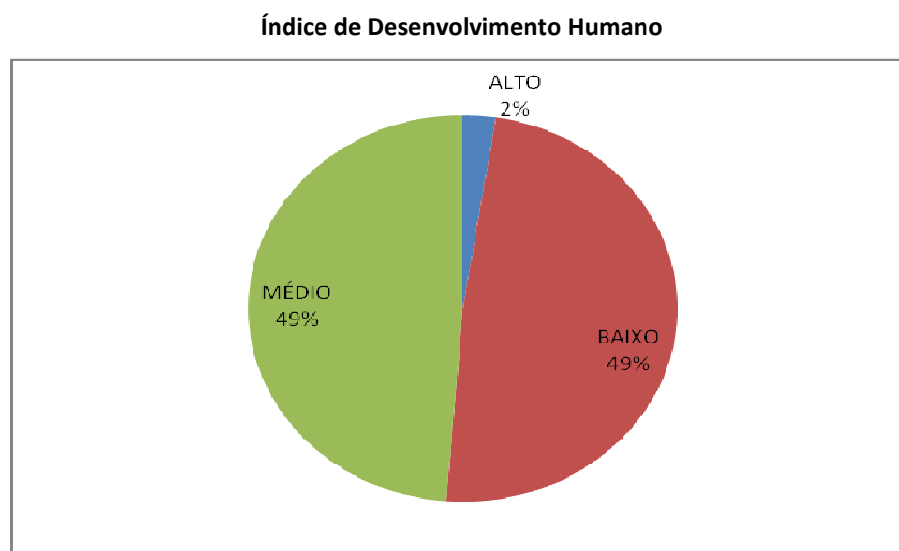
A renda familiar média é de R\$578,6²⁰⁹. Contudo, esse é um dado que não representa a realidade com precisão, pois é um universo amostral com desvio padrão muito alto, de R\$342,7. Em outras palavras, a variabilidade é muito grande, há desde pessoas com renda familiar de R\$60 a pessoas com cuja família tem renda de R\$ 2109. Nesses casos, a mediana é recomendável, pois ela tende a representar mais equilibradamente os valores extremos²¹⁰. A mediana calculada é de R\$450, o que significa que pelo menos metade dos assistidos pela Defensoria Pública em matéria de direito à saúde possuem renda familiar inferior ao valor do salário mínimo nacional estabelecido em fevereiro de 2009, cujo valor é de R\$465 (Medida Provisória n° 456/2009, de 30.01.2009).

²⁰⁹ Importante reconhecer que não houve correção dos valores com relação à inflação do período de 2006 a 2009, portanto, os números são aproximativos e não exatos.

²¹⁰ Jack Levin; James Alan Fox, *Estatística para Ciências Humanas*, 9ª ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004, p. 90.

Outro dado utilizado em outras pesquisas como uma *proxy* para a renda das pessoas que procuram o Judiciário pedindo medicamento ou tratamento médico é a apresentação ou não de receita médica proveniente de unidade pública de saúde. Parte-se da premissa de que pessoas com renda mais elevada tendem a usar o sistema suplementar de saúde ao invés do sistema público. Contudo, pelo menos nessa pesquisa sobre a atuação da Defensoria, esse é um dado que entendo ser pouco relevante. Primeiramente porque a Defensoria coloca como exigência a apresentação de receita médica de unidade pública de saúde para que o cidadão seja assistido, e isso pode levar a casos, que de fato observei, em que a pessoa faz todo o tratamento em uma clínica privada, mas faz uma consulta em hospital público apenas para conseguir a receita. Ou seja, a pessoa pode não ser usuária regular do SUS, mas isso não a impede de apresentar uma receita do sistema público de saúde. Em segundo lugar, muitos hospitais privados possuem convênio com o SUS ou oferecem assistência médica gratuita para a população de baixa renda. Portanto, ser tratado em hospital privado, muitas vezes de renome, não significa que a pessoa possua uma renda alta. Por estas razões, esse é um dado que, embora tabulado, não será levado em consideração na análise.

Um dado disponível e que merece detalhamento é o IDH dos distritos onde moram as pessoas assistidas pela Defensoria Pública, que estão distribuídos da seguinte maneira²¹¹:



²¹¹ Foram incluídos nessa estatística apenas os assistidos com domicílio na cidade de São Paulo.

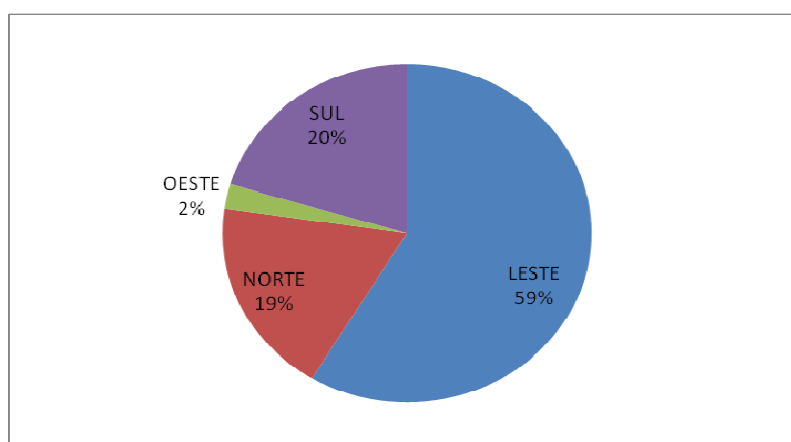
Esse equilíbrio já foi apontado na pesquisa com as Ações Cíveis Públicas propostas pelo Ministério Público Estadual, quando se identificou os distritos onde se localizam os hospitais para os quais se pedia melhoras em infra-estrutura e recursos humanos e materiais.

A comparação entre a renda das pessoas de acordo com o IDH da área onde residem mostra que de fato há uma diferença de renda que varia conforme o lugar onde se mora. Embora os moradores de áreas de IDH médio apresentem uma renda familiar melhor que aqueles que vivem em áreas de baixo IDH, percebe-se que continuam sendo pessoas cuja renda familiar não é alta.

IDH	MÉDIA	DESVIO PADRÃO	MEDIANA
BAIXO	551,31	343,9	408
MÉDIO	601,4	342,1	518
ALTO	820,2	367,3	830

No estudo do Ministério Público Estadual, percebeu-se, entre os distritos de baixo IDH, uma enorme concentração de ações civis públicas para tutelar o direito à saúde da população que vive na zona leste de São Paulo. Testarei se isso se aplica para casos individuais na Defensoria Pública. Dentre os distritos de baixo IDH encontramos a seguinte divisão:

Distribuição dos distritos de baixo IDH por zona



Embora com uma distribuição mais dispersa se comparado com a análise das ACPs propostas pelo Ministério Público Estadual, percebe-se a prevalência de pessoas residentes na zona leste da cidade (quase 60%)²¹², em proporção muito maior que a de sua população relativamente ao total de habitantes do município.

Por fim, vale mencionar um caso de ação coletiva, que não entrou na minha amostra, mas que merece uma referência. Trata-se de uma ação civil pública para fornecimento de medicamentos e insumos para pacientes de diabetes. Em primeira instância essa ACP foi julgada procedente, e agora o caso aguarda decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. De acordo com os defensores com quem conversei, esse é o único caso de ação coletiva.

5.2.2. Estudo da parceria entre Defensoria Pública e Secretaria Estadual de Saúde

Em 11 de Março de 2008 foi inaugurada uma parceria entre a Defensoria Pública e a Secretaria Estadual de Saúde para regularização de fornecimento de bens e serviços relacionados à saúde sem necessidade de ações judiciais para tanto.

Dessa forma, a pessoa que busca a Defensoria por não ter tido acesso a um bem ou serviço de saúde por parte do poder público é encaminhado, primeiramente, ao Plantão da Secretaria de Saúde instalado na própria Defensoria Pública, onde funcionários da Secretaria analisam o pedido e, quando entendem que esse deve ser atendido, já encaminham a pessoa para uma unidade do serviço público onde poderá receber o bem ou serviço demandado.

Nesses casos, dá-se um prazo de 40 dias para que a pessoa comece a receber o bem ou serviço que a Secretaria de Saúde comprometeu-se a fornecer e, somente em caso de descumprimento, a Defensoria instaura a ação judicial pleiteando em juízo em favor da pessoa cujo pedido não foi atendido.

A Defensora Vânia Agnelli Sabin Casal aponta as seguintes vantagens dessa parceria entre as duas instituições: os cidadãos conseguem ter o pedido atendido de

²¹² Entre os bairros da zona leste de baixo IDH e que apareceram na pesquisa estão: Cangaíba, Cidade Líder, Cidade Tiradentes, Ermelino Matarazzo, Guaianazes, Iguatemi, Itaim Paulista, Itaquera, Parque do Carmo, São Mateus, São Miguel, Sapopemba e Vila Curuçá.

forma muito mais rápida do que conseguiriam pela via judicial; aumenta o diálogo entre Defensoria e Secretaria, e esse contato mais constante soluciona diversos problemas relacionados ao serviço público de saúde; diminui o volume de trabalho da Defensoria, que agora concentra seu esforço na solução de casos mais complicados.

Para se ter uma idéia de efetividade dessa parceria, vale olhar para a diminuição do número de ações judiciais propostas pela Defensoria Pública envolvendo direito à saúde. De acordo com dados da própria instituição, antes da existência dessa parceria, havia uma média de 150 a 180 ações por mês e, desde então até fevereiro de 2009, a média tinha baixado para 16 a 20 ações por mês.

5.2.2.1. Resultados

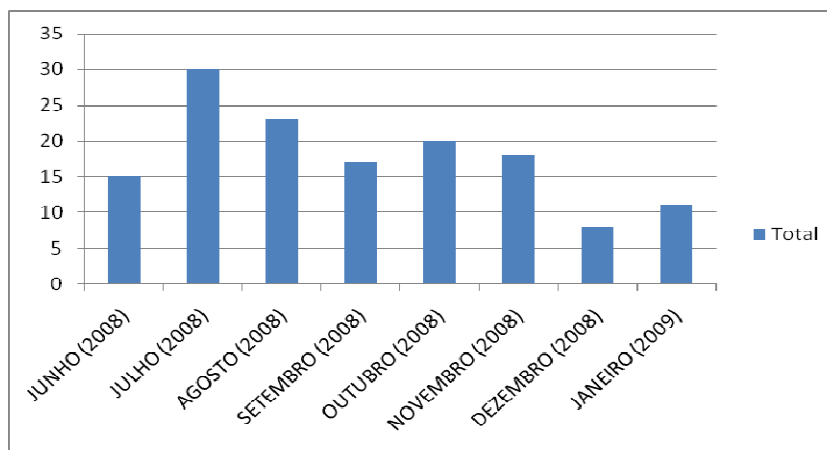
Há dados referentes aos atendimentos pelo Plantão da Secretaria de Saúde na Defensoria desde junho de 2008. Considerando os registros de atendimento de junho de 2008 até janeiro de 2009 que tivessem informações completas sobre o objeto do pedido e o resultado do atendimento, contei um total de 715.

Para garantir a aleatoriedade da amostra, utilizei o método da amostragem sistemática²¹³: os registros foram ordenados pela data e organizados em grupos de 5, e apenas o primeiro de cada grupo entraria na análise. Dessa forma, cheguei a uma amostra de 148 registros. Essa amostra garante uma margem de erro de 7,3%, o que considero suficiente para os fins dessa pesquisa.

Poucos dados constam dos registros dos atendimentos. Em relação ao mês em que foi feito o pedido temos:

²¹³ Para mais explicações sobre a amostragem sistemática cf. Earl Babbie, *Métodos de Pesquisa de Survey*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 135-137.

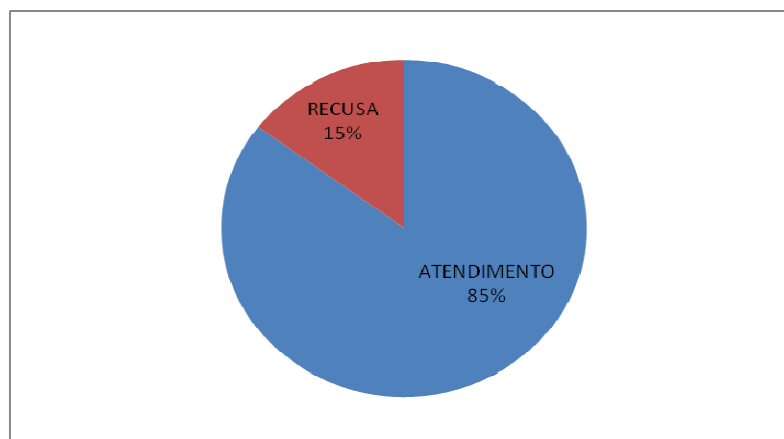
Mês de atendimento



Já com relação ao objeto pedido, percebe-se que há uma grande variedade. No total há 148 objetos diferentes sendo pedidos (cabe lembrar que uma pessoa pode pedir mais de um objeto), que vai desde aspirinas a cirurgias e cadeiras de rodas. Pode-se destacar principalmente dois objetos, os únicos que possuem porcentagem maior que 5% do total: fraldas (6,45%) e insulinas (21,15%).

Para medir o sucesso desse Plantão, observo o resultado do atendimento, que pode ser: (1) atendimento do pedido pela Secretaria de Saúde, casos em que na ficha de atendimento está marcada a seguinte informação “recebi encaminhamento administrativo emitido pela secretaria de saúde para atendimento do pedido constante de receita medica”; (2) recusa do pedido pela Secretaria, informação que constará na ficha como “houve recusa ou impossibilidade de fornecimento (hipótese em que deverá ser encaminhado para ajuizamento de ação)”.

Resultado dos pedidos



Percebe-se que na imensa maioria dos casos a Secretaria de Saúde compromete-se a fornecer o bem ou serviço de saúde já na fase do atendimento no Plantão, portanto, sem necessidade de se entrar com uma ação judicial. As porcentagens apontadas na tabela acima são equivalentes à redução na quantidade de ações judiciais promovidas pela Defensoria em matéria de direito à saúde.

As recusas, total de 21, são em, em grande parte, para pedidos de insulina e fraldas. Contudo, há casos em que esses dois objetos tiveram seus pedidos atendidos pela Secretaria.

Um questionamento que se pode fazer é a efetividade de se ter um pedido atendido pela Secretaria nesse Plantão produto de parceria com a Defensoria. Em outras palavras, a pessoa pode sair com um ofício para que seu pedido seja atendido, mas nada garante que de fato haja a entrega do objeto, caso em que o paciente volta à Defensoria para a proposição da ação. Embora esse seja um dado difícil de se levantar, pela grande diminuição no número de ações propostas pela Defensoria, pode-se pressupor que, até agora, de fato a grande maioria dos pacientes consegue ter seu problema resolvido, do contrário haveria um incremento no número de ações em níveis semelhantes àqueles que existiam antes da parceria entre as duas instituições.

5.3. Conclusão do capítulo

Pode-se dizer que, conforme indicou José Reinaldo de Lima Lopes, existe uma atuação do Ministério Público na defesa de interesses dos menos favorecidos.

Primeiramente pelos dados relativos à renda disponíveis nas ACPs promovidas pelas promotorias das Pessoas com Deficiência e da Infância e Juventude

Também o fato de que metade das ações do GAESP são voltadas para questões envolvendo o sistema público de saúde e, o que é um indício ainda mais forte, o Ministério Público busca solucionar problemas envolvendo hospitais, pronto-socorros e unidades básicas de saúde do poder público ou a ele vinculados, que são utilizados principalmente pela população de mais baixa renda. Ao contrário do fornecimento de medicamentos, especialmente os de alto custo, em que a renda não é uma variável tão relevante para o uso ou não desse serviço público, o sistema público hospitalar é usado principalmente por aqueles de mais baixa renda e que não possuem plano privado de saúde.

Além do mais, metade das unidades de saúde para as quais se pede melhor infra-estrutura e recursos materiais e humanos encontra-se nas regiões mais pobres da cidade, em que o índice de IDH é considerado baixo. Isso mostra que algumas demandas da periferia, os mais carentes entre os carentes, conseguem chegar ao Ministério Público e, desta forma, passam a fazer parte das preocupações dos gestores públicos. O fato de que a imensa maioria desses casos reclamam de problemas na saúde pública da zona leste da cidade é um fato que merece destaque e digno de futuras investigações para se testar a hipótese de que os movimentos de saúde lá organizados conseguem ter no Ministério Público uma via institucional para levar suas demandas ao poder Judiciário.

A percepção de que o Ministério Público tende a patrocinar causas daqueles que conseguem dar visibilidade às suas demandas²¹⁴ tem algum lastro na realidade das ACPs e dos inquéritos civis pesquisados. Boa parte das unidades de saúde para as quais se pede melhora nas condições encontra-se em regiões de IDH médio, onde vive a classe média, e mesmo em regiões de IDH alto. Seguramente não são nessas áreas que as condições de hospitais, pronto-socorros e UBSs estão em piores condições. O que essa percepção não considera é que, de acordo com minha hipótese, quando os menos favorecidos nas periferias conseguem organizar-se, suas demandas passam a ser ouvidas também, como é o caso das unidades de saúde na zona leste de São Paulo.

²¹⁴ Florian F. Hoffman; Fernando R.N.M. Bentes, “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil” in Varun Gauri; Daniel M. Brinks (ed.), *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 111.

Outra forma possível de interpretar esse dado é que o contato do Ministério Público com as necessidades das populações em pior condição sócio-econômica depende de alguma forma de mediação, o que não permite confirmar com facilidade uma parte de minha hipótese de trabalho, a de que os menos favorecidos e menos organizados teriam no Judiciário uma via institucional mais acessível que outras para reclamarem direitos e, conseqüentemente, terem alguma participação nas políticas públicas de saúde. Se essa participação depende de apoio de alguma outra instituição, e se minha hipótese para explicar a presença de casos envolvendo a zona leste estiver correta, apenas os mais organizados entre os menos favorecidos conseguem, por meio do Ministério Público, acessar o poder Judiciário para reclamar direitos.

Com relação à Defensoria Pública, o equilíbrio entre distritos de IDH baixo e médio encontrado permite concluir que ela é uma instituição acessível a pessoas que residem nas áreas menos favorecidas da cidade (IDH baixo), ou seja, a periferia chega à Defensoria. A presença de pessoas de distritos de IDH médio pode também ser explicada pelo fato delas viverem em áreas onde há mais acesso à informação, mas isso não significa que sejam economicamente favorecidos, pois possuem renda baixa e não muito superior àquela dos residentes em distritos de maior exclusão social.

A Defensoria também pode ter um papel muito mais relevante para canalizar aquelas demandas mais dispersas e dos grupos menos organizados, permitindo o acesso destes ao Judiciário. Em termos de promoção do acesso à Justiça para os grupos mais excluídos, a Defensoria exerce um papel fundamental na ampliação da participação dos menos favorecidos e organizados, embora os efeitos de suas ações limitem-se tão somente aos indivíduos que tiveram um pedido concedido, o que reduz o alcance de suas demandas.

Tanto a pesquisa no Ministério Público quanto na Defensoria apontam para uma maior inclinação da Administração em resolver o problema pré-judicialmente. A recente constatação de diminuição no número de ações pedindo medicamentos no Estado de São Paulo²¹⁵ pode ser, também, decorrência disso. Esse fenômeno aponta para a existência dos chamados efeitos indiretos da atuação do Judiciário. Tanto o convênio firmado entre a Defensoria com a Secretaria Estadual de Saúde, quanto o crescente número de inquéritos civis públicos arquivados pela Ministério Público

²¹⁵ *Folha de São Paulo*, “Ações para obter remédios registram primeira queda em SP”, C9, 19 de Fevereiro de 2009

mostram que a judicialização da saúde força o poder público a uma reavaliação de sua atividade.

Em resumo, pode-se dizer que Defensoria Pública e Ministério Público são instituições que, de formas diferentes e considerando as barreiras ao acesso à Justiça no Brasil, são alcançáveis pelos menos favorecidos, incluindo aqueles que moram nas periferias. Logo, a judicialização da saúde, em alguma medida, promove demandas de uma parcela (pequena, se pensarmos na quantidade de falhas nos serviços de saúde e nos problemas de acesso à Justiça) dos menos favorecidos em matéria de políticas de saúde.

6. Conclusão

Essa dissertação teve como primeira intenção identificar e entender quais são as principais críticas em relação à judicialização da saúde. Posteriormente fiz uma crítica das críticas, com o objetivo de discutir em que medida elas se sustentam quando olhamos para processos reais de tomada de decisão em matéria de políticas públicas em outras instituições.

Não quero dizer que essas críticas estejam erradas, muitas delas são teoricamente e empiricamente muito bem fundamentadas, mas entendo que não se pode comparar a realidade das ações judiciais, com todas as suas contradições e limitações, com um processo idealizado de tomada de decisões de políticas públicas, que se acredita realizado de forma democrática pelo poderes eleitos ou de forma especializada e voltada ao interesse público por burocratas especializados.

Nas instituições estudadas percebemos a existência de *trade-off* entre a legitimidade democrática decorrente de uma eleição ou de outras formas de participação e a necessidade de conhecimento técnico para decidir sobre políticas e isso não é necessariamente um problema. O fato de uma burocracia ter expertise em sua área de atuação compensa o seu insulamento, talvez necessário, de controle democrático. E os conselhos de saúde, que têm por objetivo fomentar a participação dos usuários, não deixam de ter um papel importante porque muitos de seus membros estão muito longe de serem especialistas em saúde pública.

Obviamente, o ideal seria que todas as instituições pudessem aumentar cada vez mais sua legitimidade democrática e seu conhecimento técnico, mas muitas vezes é preciso abrir mão de um valor para fomentar o outro. E isso se aplica também ao Judiciário.

É preciso olhar realisticamente para o funcionamento de todas as instituições para se repensar a crítica de que o Judiciário acaba beneficiando os já favorecidos. Conforme sustenta Thomas R. Oliver, as políticas de saúde (ou sua ausência) têm como elemento intrínseco o conflito e a disputa de interesses, e isso se manifesta entre membros do Executivo, no parlamento, na comunidade científica, na imprensa e em qualquer outra instância de tomada de decisão²¹⁶. Logo, grupos com maior força política, econômica e visibilidade conseguem defender melhor suas preferências. Isso não é exclusividade do poder Judiciário e do processo de adjudicação.

O capítulo concernente à política de DST-AIDS no Brasil teve exatamente como objetivo mostrar esse processo real de tomada de decisão em que grupos mais organizados e menos marginalizados buscam fazer uso de todas as instituições para reivindicarem políticas.

Portanto, a questão não é *se* os juízes devem ter alguma participação ou não nas políticas de saúde, em razão de serem os tribunais espaços utilizados pelos mais favorecidos e organizados, porque se a resposta for negativa, esse “não” teria que valer para as demais instituições de participação e, em última instância, para a própria democracia. Esse argumento, levado até suas últimas conseqüências, colocaria em questão a tutela de qualquer direito pelo Judiciário, mesmo os de primeira geração (devido processo legal, liberdade de expressão etc.), já que também esses são mais bem protegidos para os mais favorecidos.

Como afirmam Varun Gauri e Daniel Brinks,

remover as cortes do processo decisório de políticas públicas (...) não é garantia de que legisladores e burocratas irão, subitamente, fazer políticas públicas brilhantes ou buscar o maior bem para o maior número de pessoas (...) nem que haja espontânea empatia com os pobres e marginalizados pelos burocratas, legisladores e prestadores privados de serviços.²¹⁷

²¹⁶ Thomas R. Oliver, “The Politics of Public Health Policy”, *Annu. Rev. Public Health*, 2006: 195-223.

²¹⁷ Varun Gauri; Daniel M. Brinks, “Introduction” in Varun Gauri; Daniel M. Brinks (ed.), *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 22.

A meu ver, a grande questão é *como* essa atuação do Judiciário deve acontecer. Em capítulo anterior dessa dissertação já aponte os problemas de decisões que concedem bens e serviços de saúde ignorando as consequências econômicas e as políticas de saúde já existentes. Embora não seja objetivo deste trabalho aprofundar este ponto do debate, identifico que a postura do Judiciário frente a questões envolvendo pedidos de bens e serviços de saúde tem influência fundamental para determinar quais os efeitos da judicialização da saúde em termos de equidade e justiça distributiva²¹⁸.

Além de como os juízes decidem, um ponto fundamental e que motivou a pesquisa empírica é o acesso à Justiça no Brasil. Um das teses que tento defender nessa dissertação é que no Judiciário os interesses dos menos favorecidos e organizados podem se manifestar de forma mais fácil, e essa é uma vantagem comparativa dessa instituição em relação às outras.

Mas o Judiciário só consegue exercer essa tarefa se houver a intermediação de outras instituições ou organizações capazes de apoiar os grupos mais marginalizados, ajudando-os a transformar suas necessidades em demandas jurídicas e, eventualmente, em agenda de políticas. Caso contrário será esperável que os mais favorecidos sejam os que mais utilizam o Judiciário para defender seus interesses.

Como afirma Charles Epp²¹⁹:

Participantes de uma democracia constitucional fariam bem em focar seus esforços não somente em formular e revisar disposições constitucionais (...) mas também no desenho de estruturas de apoio que defendam e desenvolvam os direitos na prática.

Identifiquei duas instituições que podem dar a estrutura de apoio para que demandas dos menos favorecidos envolvendo direito à saúde possam chegar ao Judiciário: Defensoria Pública e Ministério Público.

Em minha pesquisa empírica fica claro que demandas dos menos favorecidos, inclusive nas periferias, possuem ressonância nessas instituições. Chama a atenção a grande participação de demandas vindas de distritos de IDH médio, ainda que de pessoas de baixa renda e em prol de unidades públicas de saúde.

²¹⁸ Para aprofundar a discussão a respeito das diversas formas em que o controle judicial em matéria de direitos sociais pode ocorrer, ver Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008.

²¹⁹ Charles Epp, *The Rights Revolution: lawyers, activists and Supreme Court in comparative perspective*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998, p. 205.

Também cumpre destacar a participação de demandas vindas da zona leste de São Paulo, o que acredito (embora esse fato mereça maiores estudos) ser produto de um movimento social de saúde muito forte nessa região. Se essa hipótese estiver correta, talvez aquela dicotomia entre meios jurídicos e políticos para a concretização de direitos deva ser repensada, pois a judicialização é um dos instrumentos políticos para a concretização de direitos. Estaríamos tratando de uma relação de gênero (política) e espécie (judicialização), e não de dois mecanismos antagônicos.

Contudo, isso não significa que todos os problemas distributivos relacionados à judicialização da saúde estariam resolvidos com uma maior atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público na tutela dos direitos dos menos favorecidos. Este trabalho trouxe alguma contribuição ao apresentar uma parcela daqueles menos favorecidos que conseguem ter algumas demandas em matéria de saúde atendidas por meio do poder Judiciário. Esse é um aspecto da questão. O outro aspecto, e que precisa ser urgentemente pesquisado, é quem perde com essas decisões judiciais. Em um cenário de escassez de recursos, para se cumprir as decisões judiciais, quem quer que se beneficie delas, seguramente algum outro gasto teve que deixar de ser realizado e saber isso é de fundamental importância para esse debate.

Em capítulo anterior citei uma declaração do Secretário de Saúde de São Paulo afirmando que precisa cortar despesas com programas de atenção básica de saúde, como o Programa Saúde da Família, para cumprir os mandados judiciais. Afirmação semelhante ouvi de uma gestora de saúde em um debate a respeito do tema no X Congresso Paulista de Saúde Pública.

É difícil saber até que ponto essa informação é generalizável, mas intuo que seja possivelmente verdade. Se a participação política, conforme vimos, é importante para que um grupo social tenha políticas públicas que lhe favoreça, é razoável pensar que os grupos com menos força política sejam os que têm menos condições de evitar que investimentos em políticas de seu interesse sejam cortados em um cenário em que o gestor é obrigado pelo Judiciário a realizar um determinado gasto. Nesse caso, não me surpreenderia se houvesse um corte em políticas voltadas para atenção básica de saúde das populações menos favorecidas economicamente e menos organizadas politicamente.

Também não se quer depositar todas as expectativas no Judiciário e nem defender que ele seja capaz de resolver todos os problemas da saúde no Brasil. A melhora da saúde pública no Brasil, o que inclui uma melhor distribuição de seus

recursos, passa pela participação política (o que inclui o Judiciário) em diversos níveis, sejam eles institucionais ou não. Gerald Rosenberg, embora falando de outra realidade e de outros direitos, já mostrou que depositar muitas expectativas de mudança social na litigância judicial pode ser decepcionante²²⁰. Quero apenas defender que o Judiciário pode ter um papel a cumprir para uma mais justa concretização do direito à saúde.

BIBLIOGRAFIA

- Abramovich, Victor, “Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: instrumentos e aliados”, in *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos* n. 2(2), 2005.
- Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”, in Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismos*, Madrid: Trotta, 2005.
- Almond, Gabriel; Powell, G. Bingham Jr., *Comparative Politics: a developmental approach*. Boston: Little, Brown, 1966, *apud* Robert Salisbury, “Interest groups”, in N. Polsby; F. Greenstein (orgs.), *Handbook of Political Science*, v. 4, Boston: Addison-Wesley Publishing Company, 1975.
- Amaral, Gustavo, *Direito, Escassez e Escolha*, São Paulo: Renovar, 2001.
- Arantes, Rogério Bastos; Kerche, Fábio, “Judiciário e Democracia no Brasil”, *Novos Estudos CEBRAP*, n. 54, julho de 1999.
- Arantes, Rogério Bastos, *Ministério Público e Política no Brasil*, São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: Fapesp, 2002.
- Aristóteles, *Política*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.
- Arretche, Marta, “A política da política de saúde no Brasil”, in Nísia Trindade Lima (org.), *Saúde e Democracia: história e perspectiva do SUS*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.
- Babbie, Earl, *Métodos de Pesquisa de Survey*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.
- Bayon, Juan Carlos, “Derechos, Democracia y Constitución”, in Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismos*, Madrid: Trotta, 2005.
- Bobbio, Norberto, *O Futuro da Democracia*, São Paulo: Paz e Terra, 2000.

²²⁰Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: can courts bring social change?*, Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

- BRASIL, Ministério da Justiça, *Defensoria Pública no Brasil*, Estudo Diagnóstico, 2004.
- _____, Ministério da Saúde, “Determinação e avaliação do custo do Programa de Saúde da Família – PSF”, Consórcio FGV-EPOS, 2001.
- _____, Ministério da Saúde. *Política Brasileira de AIDS: principais resultados e avanços: 1994-2002*, (sem data de publicação).
- Brinks, Daniel M.; Gauri, Varun, “A New Policy Landscape” in Varun Gauri; Daniel M. Brinks, *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Bucci, Maria Paula Dallari, “Políticas públicas e Direito Administrativo”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, 1997.
- Calabresi, Guido; Bobbit, Philip, *Tragic Choices*, New York: W.W. Norton Company, 1978.
- Câmara, Cristina, “Histórico das ONG/AIDS e sua contribuição no campo das lutas sociais”, in *Cadernos ABONG*, n. 28, 2000.
- Campilongo, Celso Fernandes, “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, in José Eduardo Faria (org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994
- Canotilho, José Joaquim Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- Cappelletti, Mauro, *Juízes Legisladores?*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant, *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- Castro, Mary Garcia; Silva, Lorena Bernadete da, *Responses to AIDS challenges in Brazil: limits and possibilities*, Brasília: UNESCO, Ministry of Health, 2005.
- Coelho, Vera Schattan P., “A Democratização dos Conselhos de Saúde” in *Novos Estudos Cebrap*, n. 78, 2007.
- _____, “Conselhos de saúde enquanto instituições políticas: o que está faltando?”, in Vera Schattan P. Coelho e Marcos Nobre (org.), *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*, São Paulo: 34, 2004.

- Cohen, Joshua, “Democracy and Liberty”, in Jon Elster, *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Cruz, V. Oliveira; Kowalski, J.; McPake, B., “The Brazilian HIV/AIDS ‘success story’ – can others do it?”, v. 9, n. 2, 2004.
- Cunha, Luciana Gross Siqueira, “Acesso à Justiça e Assistência Jurídica em São Paulo” in Maria Tereza Sadek (org.), *Acesso à Justiça*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- Dahl, Robert, *Poliarquia: participação e oposição*, São Paulo: Edusp, 2005.
- Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press 1996.
- _____, *Uma Questão de Princípios*, 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- Elster, Jon, *Local Justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burns*. New York, Cambridge University Press, 1992.
- Epp, Charles, *The Rights Revolution: lawyers, activists and Supreme Court in comparative perspective*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998.
- Ferraz, Marcos Bosi, *Dilemas e Escolhas do Sistema de Saúde*, Rio de Janeiro: Medbook, 2008.
- Ferraz, Octávio Luiz Motta, *An Insurance (Seguro) Model for the Justiciability of Social and Economic Rights*, 2004.
- Ferraz, Octavio; Supino, Fabíola “Direito à saúde, políticas públicas e desigualdades sociais no Brasil: equidade como princípio fundamental”, *Revista Dados*, v.51, n.1, 2009.
- Ferreira, Camila Duran et al., *Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS*, São Paulo, 2004.
- Folha de São Paulo*, 3 de outubro de 2005, “Estados tentam barrar remédio via Justiça”. Disponível em <<http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=67274>>. Acesso em 25 de novembro, 2007.
- _____, “Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos”, C9, 9 de janeiro de 2009.
- _____, “Ações para obter remédios registram primeira queda em SP”, C9, 19 de Fevereiro de 2009.

- Fonseca *et al*, “Distribuição social da AIDS no Brasil, segundo participação no mercado de trabalho, ocupação e *status* sócio-econômico dos casos de 1987 a 1998”, *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 19(5), 2003.
- Galvão, Jane, “A política brasileira de distribuição e produção de medicamentos anti-retrovirais: privilégio ou um direito?”, *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 18(1), 2002.
- GAPA-BA, “Direitos Humanos e AIDS: a transversalidade dos direitos humanos como referencial ético e político da ação do GAPA-BA”, *Cadernos ABONG*, n. 28, 2000.
- Gargarella, Roberto, “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights” in Roberto Gargarella, Pilar Domingo e Theunis Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Hampshire: Ashgate, 2006.
- _____, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 2, 1995.
- _____, “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights”, in Roberto Gargarella; Pilar Domingo; Theunis Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Hampshire: Ashgate, 2006.
- _____, “Full Representation, Deliberation, and Impartiality”, in Jon Elster, *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Gauri, Varun; Brinks, Daniel M. (ed.), *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- George, Asha, “Accountability in Health Services: transforming relationships and contexts”, *Harvard Center for Population and Development Studies*, Working Paper Series, n. 13(1), 2003.
- Gloppen, Siri, “Courts and social transformation: an analytical framework” in Roberto Gargarella, Pilar Domingo e Theunis Roux, 2006, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Hampshire: Ashgate, 2006: pp. 35-59.
- Granjeiro *et al.*, “Acesso a anti-retrovirais no Brasil”, *Revista de Saúde Pública*, n. 40(Supl), 2006.
- Hoffman, Florian F.; Bentes, Fernando R.N.M., “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil” in Varun Gauri; Daniel M. Brinks (ed.), *Courting*

- Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Hunt, Paul *et al.*, “Neglected diseases: a human right analysis”, *Special topics in social, economic and behavioural research report series*, n. 6. World Health Organization on behalf of the Special Programme for Research and Training in Tropical Diseases, 2007.
- Jobim, Nelson, “Íntegra do discurso de posse do Ministro Nelson Jobim na presidência do Supremo Tribunal Federal”, in Luciano Benetti Timm (org.), *Direito e Economia*, São Paulo: IOB Thompson, 2005.
- Komesar, Neil K, *Imperfect Alternatives: choosing institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago: University of Chicago Press, 1994.
- Labra, Maria Eliana, “Conselhos de Saúde: dilemas, avanços e desafios”, in Nísia Trindade Lima (org.), *Saúde e Democracia: história e perspectiva do SUS*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.
- Lapalombara, Joseph, “Interesses e pressões políticas” in Joseph Lapalombara, *A Política no Interior das Nações*, Brasília: Editora da UnB, 1982.
- Levin, Jack; Fox, James Alan, *Estatística para Ciências Humanas*, 9ª ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004.
- Lima Lopes, José Reinaldo, “Os tribunais e os direitos sociais no Brasil – saúde e educação: um estudo de caso revisitado”, in José Reinaldo de Lima Lopes *Direitos Sociais: teoria e prática*, São Paulo: Método, 2006.
- _____, “Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição”, in José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais: teoria e prática*, São Paulo: Método, 2006.
- _____, “A crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário”, in José Eduardo Faria (org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____, “Social rights and the courts”, in Wilhelmsson T.; Hurri, S. (org.), *From dissonance to sense: welfare state expectations, privatization and private law*, Aldershot: Ashgate, 1998.
- Macedo, Ronaldo Porto, “Ação Civil Pública, o Direito social e os princípios” in Édís Milaré, *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: efetividade e desafios*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

- Mattos, Paulo Todescan Lessa, “Regulação econômica e social, accountability e demoracia: contexto e perspectivas do debate”, *Revisa Direito GV*, especial 1, 2005.
- Mercuro, Nicholas; Medema, Steven G.. *Economics and the Law: from Posner to post-modernism*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- Messeder, Ana Maria *et al.*, “Mandados judiciais como ferramentas para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil”, *Cadernos de Saúde Pública*, 21 (2), 2005.
- Moisés, José Álvaro, “A desconfiança nas instituições democráticas”, *Opinião Pública*, v.11, n. 1, 2005.
- Neto, Eleutério Rodriguez, *Saúde: promessas e limites da Constituição*, Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003.
- Nunn, Amy S. *et al.*, “Evolution of antiretroviral drug costs in Brazil in the context of free and universal access to AIDS treatment”. *PLoS Med*, 4(11): e305. doi:10.1371/journal.pmed.0040305, 2007.
- Oliveira, Maria Auxiliadora; Bermudez, Jorge Antônio Zepeda; Osorio-de-Castro, Cláudia Garcia Serpa, *Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007.
- Oliveira-Cruz; Kowalski, J.; B. McPake, “The Brazilian HIV/AIDS ‘success story’ – can others do it?”, v. 9, n. 2, 2004.
- Oliver, Thomar R., “The Politics of Public Health Policy”, *Annu. Rev. Public Health*, 2006: 195-223.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS), “‘3 by 5’: Changing History”, acesso em <http://www.who.int/3by5/changinghistory/en/> .
- Paes, Anna Beatriz Bonetti, *Governo e ONGs no Combate à Epidemia da AIDS no Brasil*, Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação, do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- Pieterse, Marius, “Social Movements, and Rights-based Litigation in South Africa”, *Journal of Law and Society*, v. 35, n.3, 2008.
- Pisarello, Gerardo, *Los Derechos Sociales y Sus Garantías*, Madrid: Editorial Trotta, 2007.

- Potters, Jan; Sloof, Randolph, "Interest Groups: a survey of empirical models that try to assess their influence", *European Journal of Political Economy*, v. 12, 1996.
- PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, *Desigualdade em São Paulo: o IDH*, Secretaria do Desenvolvimento, Trabalho e Solidariedade, São Paulo, 2002.
- PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA HIV/AIDS (UNAIDS), Fact Sheet 2003 Latin America and the Caribbean. Acesso em http://info.worldbank.org/etools/docs/library/57503/un aids_lacfacts.pdf.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DESENVOLVIMENTO (PNUD), "Brasil consolida eleições, mas população tem pouca confiança na democracia", acesso em <http://www.pnud.org.br/cidadania/reportagens/index.php?id01=286&lay=cid>.
- Przeworski, Adam; Stokes, Susan C.; Manin, Bernard, *Democracy, accountability and representation*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Rosenberg, Gerald, *The Hollow Hope: can courts bring social change?*, Chicago: The University of Chicago Press, 1993.
- Salisbury, Robert, "Interes groups" in N. Polsby; F. Greenstein (orgs.), *Handbook of Political Science*, v. 4, Boston: Addison-Wesley Publishing Company, 1975.
- Santos, Boaventura de Souza, *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, Porto: Edições Afrontamento, 1994.
- Santos, Boaventura de Souza; Avitser, Leonardo, "Introdução: para ampliar o cânone democrático" in Boaventura de Souza Santos (org.), *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- Scheffer, Mário; Salazar, Andrea Lazzarini; Grou, Karina Bozola, *O Remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*, Brasília, 2005. Acesso em http://www.aids.gov.br/final/biblioteca/medicamentos_justica/medic-justica01.pdf.
- Sen, Amartya, *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- Shapiro, Ian, *The State of Democratic Theory*, Princeton: Princeton University Press, 2003.

- Silva, Virgílio Afonso da, “O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais”, Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005
- _____, “Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights”. Acesso em <http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>.
- Stella, Theodoulou Z., “Making Public Policy”, in Stella Z. Theodoulou, Matthew A. Cahn (ed.), *Public Policy: the essential reading*, New Jersey: Prentice Hall, 1995.
- Sunstein, Cass; Holmes, Stephen, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- Sunstein, Cass, “Health-Health Trade-Offs” in Cass Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, New York: Oxford University Press, 1997.
- _____, “Against Positive Rights” in Henry J. Steiner; Philip Alston (ed.) , *International Human Rights in Context*, New York: Oxford, 2000, p. 281.
- Teixeira, Paulo Roberto *et al.* “Antiretroviral treatment in resource-poor settings: the Brazilian experience”, *AIDS*, 2004.
- Terrazas, Fernanda, *O poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais por medicamentos*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da USP como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2008.
- Theodoulou, Stella Z., “Making Public Policy”, in Stella Z. Theodoulou, Matthew A. Cahn (ed.), *Public Policy: the essential reading*, New Jersey: Prentice Hall, 1995.
- Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008
- UNITED NATIONS, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 9, “The domestic application of the Covenant”, U.N. Doc. E/C.12/1998/24, 1998.

- Uprimy, Rodrigo; García-Villegas, Mauricio, “Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia” in Boaventura de Souza Santos (org.), *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- Vasconcelos, Manuel Antonio S.; Garcia, Manuel E. *Fundamentos da Economia*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Vianna, Sólton Magalhães; Nunes, André; Góes, Geraldo, *Atenção de Alta Complexidade no SUS: desigualdades no acesso e no financiamento*, v. I. Projeto Economia da Saúde – Ministério da Saúde/IPEA. Brasília, 2005.
- Vianna, Luiz Werneck; Burgos, Marcelo, “Revolução Processual e Democracia Progressiva” in Luiz Werneck Vianna (org.), *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- Vieira, Fabiola Sulpino; Zucchi, Paola, “Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil”, *Revista de Saúde Pública*, n. 41(2), 2007.
- Vieira, Oscar Vilhena, “A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito”, in *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 6(4), 2007.
- Wang, Daniel Wei Liang; Terrazas, Fernanda, “Decisões da Ellen Gracie sobre medicamentos”, 2007. Acesso em <http://www.sbdp.org.br/info/news11.html>.
- Wang, Daniel Wei Liang, *Tutela jurisdicional do direito à saúde e a gestão de políticas públicas* (Tese apresenta para conclusão do curso de graduação), São Paulo, Universidade de São Paulo, 2006
- _____, *Custo dos Direitos, escassez de recursos e a reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Berkeley Program in Law & Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics, 2007.
- Woods, Jeanne M., “Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm”, *Texas International Law Journal*, n. 38, 2003.