V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

MICHELLE ASATO JUNQUEIRA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-493-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

DIREITO E SAÚDE

O V Encontro Virtual do CONPEDI teve como tema “Inovação, Direito e Sustentabilidade”, atual e indispensável.

O termo saúde se origina do latim "salute", que significa “salvação”, conservação da vida, cura, “bem-estar” e, preservando este sentido, o conceito de saúde, segundo definição apresentada pela Organização Mundial de Saúde, “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou enfermidade”.

Nos termos do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve assegurar, por meio de políticas públicas e de seus órgãos, a qualidade de vida dos cidadãos e o respeito à dignidade humana.

Nos termos do art. 196 da Constituição de 1988, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, direito social fundamental a teor do art. 6º CF/88, cabendo ao Estado a promoção das condições indispensáveis ao seu pleno exercício, conforme dispõe o art. 2º da LOS/Lei nº 8.080 de 1990.

No que tange à saúde suplementar, o Estado atua como regulador do mercado, por intermédio da Agência Reguladora-ANS.

Assim, paralelamente à saúde pública, a assistência privada à saúde (saúde suplementar), tem como objeto contrato de direito privado, celebrado entre as operadoras de saúde e o consumidor.

A ANS traça normas relativas à saúde suplementar, inclusive o rol de procedimentos. Em 08 de junho deste ano, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela

taxatividade do rol de procedimentos estabelecidos pela ANS e fixou alguns parâmetros, em situações excepcionais, tais como terapias sem substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da operadora. Tal decisão tem gerado calorosas discussões.

A conquista da saúde como direito universal trouxe novos desafios, com desdobramentos, avanços e retrocessos, em busca de se alcançar um Direito à Saúde mais justo e universal, inclusive políticas públicas voltadas para a prevenção da doença.

A instalação da crise sanitária de ordem global decorrente do Covid-19, reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como pandemia, trouxe inúmeros impactos sociais e provocou a necessidade de medidas emergenciais nas searas da saúde.

No atual contexto pandêmico, evidencia-se que os sistemas de saúde do mundo inteiro enfrentam enormes desafios relacionados à saúde, com problemas que afetam não só a saúde da população, mas também a economia e a estabilidade dos países.

O Poder Judiciário tem exercido importante papel, visando à concretização do direito à saúde, principalmente no início da Pandemia Covid-19, em virtude da falta de uniformidade da política de enfrentamento da crise sanitária.

Consequentemente, nesse atual cenário, crescem as discussões sobre a judicialização da saúde, com o escopo de buscar eficiência dos serviços de saúde e melhor qualificação das políticas públicas.

O Grupo de Trabalho Direito e Saúde apresentou questionamentos e debates de assuntos atuais e extremamente relevantes.

No primeiro artigo, as autoras Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão, Ana Clara da Cunha Peixoto Reis e Patrícia Cristina Vasques de Souza Gorisch tratam do tema "PARADIPLOMACIA DA SAÚDE NO CONTEXTO DO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA COVID-19", destacando que a saúde tornou-se um dos maiores desafios do século com o advento da pandemia, trazendo como discussão a contribuição da paradiplomacia no contexto brasileiro, seu uso por estados-membros e o estabelecimento de contratos e convênios com entidades estrangeiras públicas ou privadas.

Em seguida, Márcia Haydée Porto de Carvalho, Juliane Silva Santos e Fernanda Carvalho Ferraz discorrem sobre "O FEDERALISMO BRASILEIRO E O ACÓRDÃO DA ADI Nº 6.341, DE 15/04/2020: CONFLITO DE COMPETÊNCIA E PROTEÇÃO DA SAÚDE

DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19", analisando os fundamentos do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 6.341/2020, com vistas a constatar alterações na compreensão das características do Federalismo brasileiro. Pontuaram que a atuação centralizadora do Governo Federal no enfrentamento da pandemia da COVID-19 não impôs mudanças profundas e irreversíveis ao Federalismo de Cooperação adotado no Brasil na Constituição de 1988.

No terceiro artigo, os autores Edith Maria Barbosa Ramos, Juliane Silva Santos e José Mariano Muniz Neto dissertam acerca das "POLÍTICAS DE ENFRENTAMENTO A COVID-19 NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO: BREVES CONSIDERAÇÕES", analisando em que medida as unidades federativas brasileiras têm garantido a atenção integral à saúde dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa no período de 2020 a 2022. Concluem que apesar da preocupação normativa legal e infra legal com os efeitos da Pandemia, as unidades federativas tiveram um número alarmante de casos de COVID-19 no interior das Unidades Socioeducativas.

Carlos Alberto Rohrmann, Bárbara Henriques Marques e Maria Eduarda Padilha Xavier trazem, no quarto artigo, o tema "INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, BIG DATA E A VIGILÂNCIA DE DOENTES EM FACE DA COVID-19 SOB A TEORIA DE EDWARD P. RICHARDS", sustentando que a pandemia da COVID-19 no ocidente trouxe novas situações que mudaram normas de saúde pública com significativo impacto no dia a dia da vida das pessoas. Analisam a coleta de dados e a vigilância de pessoas doentes em face da teoria dos fundamentos constitucionais para a vigilância de saúde pública de Edward P. Richards (2009).

Janaína Machado Sturza e Gabrielle Scola Dutra, por sua vez, no quinto artigo, apresentam "UMA ALTERNATIVA PARA OS CONFLITOS GERADOS PELA TRANSPANDEMIA COVID-19: DO DIREITO À SAÚDE A MEDIAÇÃO SANITÁRIA", analisando o panorama de alerta instaurado pela Transpandemia COVID-19 no contexto do direito à saúde, apresentando a mediação sanitária como alternativa para conflitos advindos do caos transpandêmico, sustentado que a mediação sanitária apresenta-se como mecanismo capaz de contribuir não apenas para o enfrentamento dos conflitos, mas também para implementar e executar políticas públicas voltadas ao senso de comunidade, de humanidade e de bem comum em prol da promoção, proteção e recuperação da saúde.

Amanda Silva Madureira, Daniela Arruda De Sousa Mohana e Silvio Carlos Leite Mesquita no sexto artigo, apresentam "O DIREITO À SAÚDE GLOBAL E A INDÚSTRIA DE VACINAS", com a finalidade analisar, a partir do entendimento do direito à saúde sob uma

perspectiva global, a capacidade de construção de um tratado internacional sobre financiamento de vacinas e discorrem sobre o problema que envolve as patentes, o Acordo TRIPS e a atuação da OMS.

No sétimo artigo, Thamyres Silverio Figueiredo , Gabriel Geovany da Silva Cesar e Grace de Goes tratam da “PROMOÇÃO DA SAÚDE EM UM CONTEXTO GLOBALIZADO: EVOLUÇÃO DO CONCEITO, EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO E UMA ANÁLISE DA AMÉRICA LATINA” com o objetivo de compreender a influência do processo de globalização nas estratégias de promoção da saúde, apresentando a evolução do conceito, para o entendimento de tal influência, além de compreender a dinâmica de promoção da saúde na América Latina, visto que esse é uma das regiões mais desiguais do mundo.

Em seguida, no oitavo artigo, Thamyres Silverio Figueiredo, Grace de Goes e Gabriel Geovany da Silva Cesar discorrem acerca da “ANÁLISE DA PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: DIREITO OU MERCADORIAc” destacando que a consolidação do capitalismo contribuiu para o fomento de uma lógica de acúmulo de capital, competitividade e individualidade, pontuando aumento massivo da privatização sanitária no Brasil, no intuito de se pretende compreender se atualmente a saúde deve ser considerada como uma mercadoria ou um direito.

No nono artigo, Marcelo Chuere Nunes, Vandré Cabral Bezerra e Amélia Cohn apresentam “A SAÚDE COMO BEM PÚBLICO OU COMO MERCADORIA SUBMETIDA A TROCAS MERCANTIS ENTRE INDIVÍDUOS: PERSPECTIVAS EM FACE DA LEI FEDERAL 14.313 DE 21 DE MARÇO DE 2022", buscando analisar o direito à saúde a partir da nova Lei Federal nº 14.313/2022, discutindo as perspectivas da saúde como um bem público ou como uma mercadoria submetida a trocas mercantis entre indivíduos, atentos à possibilidade dessa alteração legislativa excluir da Anvisa a última palavra sobre os medicamentos utilizados pelo SUS, a última instância sobre o tema estaria com a Conitec.

O décimo artigo, de autoria de Patrícia Maria Barreto Bellot de Souza apresenta “CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: CONCEITOS, PRINCÍPIOS, DIRETRIZES E EVOLUÇÃO”, analisando a relevância do SUS e contribuições para organização da assistência à saúde pública no Brasil e busca diretrizes do Ministério da Saúde e órgãos afins e Manuais de Direito Sanitário, destacando que apesar dos desafios cotidianos o SUS ainda é referência em saúde pública internacional.

Fabiane Borges Saraiva apresenta o décimo primeiro artigo intitulado “SAÚDE: DESAFIOS E DESDOBRAMENTOS DO CONCEITO E SEUS REFLEXOS SOCIAIS E JURÍDICOS”

traçando um panorama dos desafios e dos desdobramentos sociais e jurídicos do ato de conceituar o termo saúde como substrato material para normatização do direito fundamental. Busca demonstrar que a elaboração do conceito de saúde deve ser objeto de profunda reflexão e ter em conta diversos aspectos, como o impacto em outros direitos fundamentais e garantias constitucionais.

No décimo segundo artigo, Rogério Raymundo Guimarães Filho, Rafael Siegel Barcellos e Francisco Quintanilha Veras Neto trazem um estudo sobre "AÇÕES COLETIVAS COMO MEIO DE EFETIVIDADE AO DIREITO SOCIAL À SAÚDE", em que ponderam, por vezes, a adoção de ações coletivas com o escopo de se efetivar Políticas Públicas, mostra-se mais adequado aos intentos constitucionais, visto que possibilita melhor adequação dos recursos financeiros ao orçamento público. Discutem acerca da possibilidade do uso das ações coletivas para concretização de Políticas Públicas e apresentam as vantagens do uso da Tutela Coletiva em um cenário de escassez de recursos e dificuldade de gestão do orçamento público.

José Barroso Filho e Rafael Seixas Santos, no décimo terceiro artigo, tratam das "PERCEPÇÕES DO DIREITO À SAÚDE COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA", rememorando as linhas de desenvolvimento do SUS para apontar a dinâmica contemporânea do direito à saúde e, na sequência, avalia as dimensões da cidadania na agenda do poder público para a saúde a par das articulações do SUS.

No décimo quarto artigo, Janaína Machado Sturza e Gabrielle Scola Dutra apresentam "O DIREITO À SAÚDE E A MOBILIDADE HUMANA GLOBAL: MIGRAÇÕES E A (IM) PROBABILIDADE DA FRATERNIDADE NA COMUNIDADE INTERNACIONAL", buscando refletir sobre a mobilidade humana global e o direito à saúde dos migrantes e analisam a ideia de comunidade internacional incorporada pela perspectiva da fraternidade e o projeto político fundamentado pelo Direito Fraterno, através do qual há possibilidade de observação da sociedade e seus fenômenos em operacionalização e questionam a dimensão da cidadania e da soberania vinculada ao Estado-Nação, resgatando o reconhecimento da história civilizacional, construída em comunhão de pactos de hospitalidade entre conhecidos e desconhecidos.

Magno Federici Gomes e Mariana Lima Gonçalves, no décimo quinto artigo, dissertam sobre "ANÁLISE DO JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A UTILIZAÇÃO DE CÉLULAS-TRONCO PARA FINS DE PESQUISA À LUZ DO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS", utilizando como marco teórico as ideias defendidas por Jürgen Habermas no livro "O Futuro da Natureza Humana" sobre a

necessidade de conciliar o avanço biotecnológico e a proteção da espécie humana. Analisam a ADI sob um viés da eugenia pela interpretação habermasiana.

Os autores Marcelo Toffano, Lislene Ledier Aylon e Larissa Trevizolli de Oliveira, no artigo décimo sexto, intitulado "A ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL SOB À ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES", tratam do tema, tendo como fundamento os direitos humanos das mulheres. Defendem ser extremamente necessária a criação de políticas públicas que tragam informação e conhecimentos para as mulheres, além de condições mais favoráveis para que as mulheres exerçam seus direitos no planejamento familiar.

No décimo sétimo artigo, Adriana Bandeira Cerqueira Zollinger e Jacira Pereira Dantas tratam da "AUTONOMIA DOS ADOLESCENTES NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES EM SAÚDE: A LEGITIMIDADE DOS LIMITES DECISÓRIOS DO PODER FAMILIAR À LUZ DA PERSPECTIVA DA TEORIA DO MENOR MADURO", analisam os limites decisórios do poder familiar no ordenamento jurídico, a situação dos filhos menores, representados por seus responsáveis, construindo sua biografia sob orientação, para atingirem liberdade de autodeterminação e pesquisam sobre o poder decisório nas relações de saúde para pacientes adolescentes, que por sua vulnerabilidade, não tem autonomia plena para decidir, preservando sua dignidade e integridade quando das suas escolhas e tomada de decisão.

Claudine Freire Rodembusch, Henrique Alexander e Grazzi Keske no décimo oitavo artigo intitulado "DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DOS DOENTES MENTAIS: ALERTA SOBRE RETROCESSOS NA REFORMA PSIQUIÁTRICA", tratam dos direitos humanos fundamentais dos doentes mentais que foram assegurados, no ordenamento pátrio, pela Lei da Reforma Psiquiátrica Brasileira que, ao completar 20 anos, está ameaçada por movimento estatal-governamental, que passa a ser definido pelas expressões "contrarreforma" e de "revogaço", caracterizada por retrocesso em conquistas dos programas instituídos de saúde mental e sua assistência, que passam a ser desconstruídos.

Júlia Sousa Silva no décimo nono artigo aponta "O DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS COM AUTISMO: REFLEXÕES SOBRE O ACESSO AOS TRATAMENTOS PERTINENTES DIANTE DA CONFORMAÇÃO ATUAL DO CID 11", buscando averiguar de que forma o CID 11 impacta na comunidade autista, ao reunir todos em um espectro. Conclui que a CID 11 impacta beneficamente a população com autismo, pois é ferramenta que permite o acesso às terapêuticas pertinentes.

No vigésimo artigo Jacira Pereira Dantas e Ana Thereza Meireles Araújo expõem sobre “O ESTADO ATUAL DA LEGISLAÇÃO CONCERNENTE À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DE PACIENTES ONCOLÓGICOS: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DAS PREVISÕES NORMATIVAS EM FACE DA VULNERABILIDADE DO DOENTE”, discutindo acerca da incorporação das inovações terapêuticas em paralelo à uma análise jurídica aprofundada. Investigam o estado atual da legislação brasileira, no que tange ao acesso à saúde de pacientes com câncer, tendo como pressuposto a condição de vulnerabilidade pré-existente, e, por vezes, alargada pela instauração da doença.

Por fim, no vigésimo primeiro artigo, Alexandre Junio de Oliveira Machado e Gustavo Jabbur Machado ponderam sobre “O ESTATUTO DA PESSOA COM CÂNCER COMO FORMA DE DISCRIMINAÇÃO LÍCITA NA BUSCA DA IGUALDADE MATERIAL”, buscando analisar as alterações promovidas pela Lei 14.238/21 conhecida como Estatuto da Pessoa com Câncer à luz de conceitos como igualdade material e discriminação lícita, de inegável relevância e necessária observância. Argumentam que a nova lei, se corretamente aplicada, consiste em ferramenta que representa avanço não apenas na materialização do direito à saúde bem como é perfeitamente harmônico com o princípio da igualdade.

Indubitavelmente, a saúde configura o corolário do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Os temas discutidos neste GT são de grande valia não só para a academia, mas para a sociedade como um todo. A contribuição do pesquisador ultrapassa as paredes da sala de aula e atinge a comunidade, em busca de uma saúde digna e de melhores condições de vida ou sobrevida, sejam para os doentes mentais, o autista, o paciente com câncer, com dificuldade de mobilidade, com doenças raras e outras enfermidades, aquele que necessita de medicamentos e procedimentos médicos, de internação, de respiradores...

Em nota do autor em uma de suas obras, pontuou Gladston Mamede:

“Encontrou a lâmpada mágica? O que pedir? Vai pedir muito dinheiro? E se você for absolutamente infeliz, apesar de ter uma fortuna insuperável? Quer todo o dinheiro do mundo? E o que valerá seu dinheiro se ninguém mais tiver dinheiro? Gostará mesmo de ser um abastado num mundo de miseráveis? Vai pedir homens ou mulheres? E você não os(as) amar e nem por eles(elas) for amado(a)? O pior, meu amigo, é que você tem a lâmpada mágica e nunca percebeu. Basta lustrá-la bem, deixá-la brilhar, para resolver os problemas... Peça SAÚDE !" (MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro. Falências e Recuperação de Empresas, São Paulo: Atlas, 2020)

Honradas em coordenar este segundo GT de Direito à Saúde, agradecemos a participação de todos os expositores, na expectativa de nos encontrarmos presencialmente no próximo evento do Conpedi.

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Michelle Asato Junqueira - Universidade Presbiteriana Mackenzie

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão - COGESMIG

SAÚDE: DESAFIOS E DESDOBRAMENTOS DO CONCEITO E SEUS REFLEXOS SOCIAIS E JURÍDICOS

HEALTH: CHALLENGES AND DEVELOPMENTS OF THE CONCEPT AND ITS SOCIAL AND LEGAL REFLECTIONS

Fabiane Borges Saraiva [1]

Resumo

Este artigo busca traçar panorama dos desafios e dos desdobramentos sociais e jurídicos do ato de conceituar o termo saúde como substrato material para normatização do direito fundamental. O objetivo é demonstrar que a elaboração do conceito de saúde deve ser objeto de profunda reflexão e ter em conta diversos aspectos, como o impacto em outros direitos fundamentais e garantias constitucionais. O trabalho utiliza-se de revisão bibliográfica e de citações jurisprudenciais. Concluiu-se que vários setores podem contribuir para que o acesso à saúde se aproxime do contido na Constituição Federal e na expectativa da população.

Palavras-chave: Conceito de saúde, Reflexos sociais e jurídicos, Judicialização da saúde

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to outline the challenges, social and legal consequences of the act of conceptualizing the term health as a material substrate for the regulation of the fundamental right. The objective is to demonstrate that the elaboration of the health concept must be object of deep reflection and take into account several aspects, such as the impact on other fundamental rights and constitutional guarantees. The work uses a bibliographic review and jurisprudential citations. It was concluded that several sectors can contribute so that access to health is close to what is in the Federal Constitution and people's expectation

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health concept, Social and legal consequences, Health judicialization

[1] Mestranda no Programa de Pós-Graduação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

1.Introdução

O presente trabalho propõe-se a estudar a importância da definição conceitual de termos exógenos às Ciências Jurídicas que são objeto de normatização, e pretende demonstrar que, em casos como o direito fundamental à saúde, o empenho em buscar a definição mais ampla e inclusiva possível daquilo que se quer tutelar é instrumento de preservação de outros direitos e garantias com guarida na Constituição Federal, como o direito à dignidade da pessoa, à igualdade e a garantia da separação dos poderes. Para além de proteger direitos e assegurar a efetividade das garantias constitucionais, a definição do que é saúde, no caso do Brasil, considerando a forma pela qual a cobertura da saúde pública foi concebida e prevista na Constituição de 1988, ela tem impacto direto na estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS) e na compreensão quanto às prestações sanitárias que a administração pública está comprometida. Esta (in)compreensão pode contribuir decisivamente tanto na necessidade de judicialização do direito em análise como no conteúdo das decisões judiciais.

O estudo foi feito a partir da revisão bibliográfica e da pesquisa da jurisprudência concernente ao direito sanitário.

A dignidade da pessoa será respeitada na exata medida em que ela for considerada em todas as suas dimensões. Entre essas dimensões definidoras da individualidade humana, está inserida aquela que a sociedade em que a pessoa integra define como sendo saúde, sanidade. Assim, o estudo de como tal aspecto impactou no desenvolvimento do tema demonstra a necessidade de extrema cautela e visões de mundo abrangentes para não deixar que um direito acabe servindo de mote para se dar tratamento indigno de certos indivíduos e grupo ou categoriais sociais. Isso foi usado para oprimir certos grupos no passado e ainda hoje é um aspecto preocupante quando o assunto é sanidade.

O papel da definição do que é saúde também se relaciona com o direito à igualdade desde o aspecto mais básico, como o direito à igualdade material, independentemente do aspecto físico ou psíquico que cada cidadão ou cidadã apresenta, e se estende à chamada crise da judicialização da saúde, *locus* em que, novamente, há diversos aspectos a serem considerados, como a possibilidade de que a busca judicial do direito sirva de "fura-fila", ou mesmo a desigualdade entre aqueles que buscam a proteção judicial, dando causa ao que é chamado de elitização do acesso ao direito à saúde.

Quanto à separação de poderes, a judicialização de qualquer direito tem como causa primeira, em tese, a omissão em efetivar uma política pública que dê concretude àquilo que

está previsto no texto constitucional. No caso da saúde, especificamente, é possível deduzir que, quando aquilo que os poderes constituídos e a população entendem como saúde não se coaduna, pode haver impacto expressivo na dinâmica entre busca e efetividade do direito em liça, e a judicialização será maior ou menor de acordo com a distância entre tais maneiras de conceituar o elemento objeto da norma.

As populações vulneráveis são especialmente atingidas pelas definições que cada ordenamento jurídico dará ao conceito do que é saúde, e como ela será garantida para esses grupos. Um grupo que é especialmente impactado por tais concepções é a população acometida de necessidades especiais e transtornos psíquicos, já que a maneira de conseguirem ter uma vida digna e com as mesmas condições que as pessoas que não pertencem a esses grupos dependerá diretamente de como a sociedade concebe tais particularidades e reconhece ou não seus direitos.

De acordo com os objetivos e à relevância do tema acima expostos, o artigo foi dividido em quatro partes, para além desta contextualização introdutória. Na seção 2, descreve-se como o conceito de saúde foi concebido ao longo da sua introdução ao Direito e suas relações com direitos fundamentais. Na seção 3, foram analisadas as consequências que a escolha conceitual trouxe quanto aos demais direitos fundamentais que se relacionam com a efetividade do direito sanitário, como o direito à igualdade e a garantia constitucional da separação dos poderes. Considerou-se o impacto que a discrepância entre o entendimento sobre o abrangido pelo direito social fundamental à saúde pode ter sobre o fenômeno da intensa judicialização à saúde enfrentada no país. Na derradeira seção, foram apresentadas as conclusões.

2. Saúde: Conceito e seus desdobramentos

O ato de conceituar o que é “estar saudável” e “estar doente” é tarefa das mais difíceis. Contudo, o estudo das consequências que advém do resultado da conceituação demonstra que é indispensável fazê-lo.

A dificuldade da tarefa está centrada no alto grau de subjetividade que paira sobre o tema, pois depende, para sua concepção, de muitos fatores, que, por sua vez, são consequência da conjuntura social, política, econômica e cultural da época e do lugar do sujeito e de sua comunidade, de seu estágio científico, religioso e filosófico (DALLARI, 2021, pg. 91-101). Optou-se, para os fins deste estudo, por uma divisão contemporânea, como fez Batistella (BATISTELLA, 2007, pg 51-86) buscando traduzi-la para o contexto jurídico

brasileiro da atualidade. Para tanto, foram analisados as diversas interpretações que este direito fundamental comporta, partindo da sua disposição constitucional, para estabelecer a distância entre o prometido e o realizado (BEZERRA, 2021) e como este descumprimento reiterado das promessas constitucionais, ou, sob outro aspecto, a distância entre o que é saúde e os limites do que a política pública de saúde efetivamente pode alcançar, acabou por atrair a judicialização massiva que se percebe na atualidade.

O campo a explorar para a definição do que significa saúde, ou estar saudável, é transversal, o que dá, de partida, o tamanho da complexidade da tarefa, como bem estabelece Carlos Battistella (BATISTELLA, 2007):

> Por envolver diferentes dimensões e aspectos constitutivos, torna-se bastante difícil uma definição de saúde. Ao contrário da doença, cuja explicação foi perseguida de modo incessante pelo homem, a saúde parece ter recebido pouca atenção de filósofos e cientistas. Lembrando que a dificuldade de definir a saúde é reconhecida desde a Grécia antiga (Coelho & Almeida Filho, 2003), e tendo como princípios epistemológicos a complexidade e a incerteza do conhecimento (Morin, 2001), não temos a pretensão de encontrar uma acepção única, mas sim de apresentar e confrontar diferentes olhares que se propõem à difícil tarefa de compreensão desse fenômeno.

O autor identifica que há, pelo menos, três caminhos para a construção de uma formulação ampla, que podem ser assim descritos: a saúde como o estado oposto da doença; a saúde como estado de bem estar contínuo; e a saúde como valor social ampliado.

O caminho que tem sido prevalente, ainda que seja o menos sofisticado e o mais antigo, é aquele que conclui que ser saudável é não estar doente. Mesmo que tal definição pareça uma obviedade e, como tal, inegável, há um grande problema na sua construção, pois tanto o “estar saudável” quanto o “estar doente” são estados permeados de subjetividade, e não esclarecem nem dão contornos minimamente objetivos sobre o que eles pretendem definir.

Essa subjetividade traz grandes dificuldades no momento em que é preciso criar um substrato normativo sobre o assunto. Como defender um direito fundamental que muda de interpretação de indivíduo a indivíduo? Ainda que as acepções do termo possam ser variadas, a depender da área do conhecimento que a examina, para a ciência jurídica, a definição de saúde e os direitos que vão decorrer dela necessitam de algum grau de objetificação.

A dificuldade aqui apresentada não é exclusiva da definição do termo saúde. Em áreas correlatas, como na que se dedica a definir sanidade mental, também é frequente que as

pessoas se socorram do senso comum sobre o que é “ser normal” e "ser louco”. Hoje em dia, não há dúvida que os termos referidos estão longe de abranger a complexidade da mente humana e são inapropriados para definir saúde mental.

Não é recente a percepção da complexidade do tema. Desde há muito que se investiga profundamente o que são os estados patológicos do ser, ficando relegado a segundo plano definir o que é pode ser considerado como sanidade (BATISTELLA, 2007).

Não surpreendentemente, portanto, o conceito biomédico de saúde como a ausência de doença foi o que prevaleceu na maior parte da História. A mudança de paradigma só começou com a realização de estudos e com o aprofundamento de visões desenvolvidos na antropologia e na sociologia, bem como na área da psicanálise:

> Para as pesquisas antropológicas, a ausência de enfermidade não implicam necessariamente a saúde. Indivíduos considerados doentes sob o ponto de vista clínico e laboratorial, que resistem e afirmam estarem bem, são considerados saudáveis em seu meio (Susser apud Almeida Filho & Jucá, 2002; Kleinman, Eisenberg & Good apud Almeida Filho & Jucá, 2002). No âmbito da psicanálise, tem sido questionado o antagonismo que a medicina atribui entre o normal e o patológico: Toda pessoa se aproxima do neurótico e do psicótico num lugar ou noutro, em maior ou menor extensão. A vida dos normais também encontra-se marcada por sintomas e traços neuróticos (...) Assim tanto os fenômenos normais quanto os patológicos são produzidos pelos mesmos mecanismos mentais. (Freud apud Coelho & Almeida Filho, 2003: 102).

Canguilhem, na obra **O Normal e o Patológico (**CANGUILHEM, 2006, pg 56) faz a crítica sobre o que Batistella definiu como concepção biomédica mecanicista, na qual se defende que as ciências médicas necessitam de uma patologia objetiva. Contudo, a pesquisa não faz desaparecer o seu objeto de estudo. O autor defende, portanto, que o conceito de saúde varia de indivíduo a indivíduo. Uma pessoa pode ter uma característica que é definida como patológica pela ciência médica, mas ter a percepção de que seu estado é saudável e que suas particularidades não podem ser consideradas doenças. Isso porque as bases de tal percepção vão variar de acordo com o ambiente em que o indivíduo está inserido, a maneira de como determinada condição física ou psíquica influenciará sua maneira de lidar com o mundo e como a sociedade lida com a sua característica particular . Por isso, o autor diz que o conceito de saúde não pode ser puramente científico.

Após a Segunda Guerra Mundial, que se tratou de guerra entre diversas nações na qual o mundo conheceu os horrores perpetrados pelos movimentos fascistas que estavam na origem do conflito global, período em que inomináveis descumprimentos aos direito humanos

ocorreram, o que veio à luz definitivamente através dos relatos dos sobreviventes do holocausto e do que os países aliados puderam apurar ao invadir o território do III Reich. Os fatos e atos trazidos à luz no pós-guerra afastou quaisquer dúvidas que poderiam haver sobre a necessidade de ampla discussão na conceituação do fato da vida a ser normatizado. Para contextualizar os perigos que rondam até hoje este direito, as questões de gênero são um exemplo válido. Por muito tempo, orientações sexuais e questões de gênero foram tratadas como patologias que necessitavam de "cura". Atualmente, em decorrência do reconhecimento de direitos fundamentais desses grupos sociais, a transgeneralidade é vista como fenômeno sanitário objeto de acompanhamento médico gratuito para sua plena realização, e não como doença a ser curada.

A partir do fim do conflito referido, a comunidade internacional reconheceu a necessidade da criação de um órgão multilateral, supranacional, que garantisse o respeito aos direitos humanos fundamentais de forma universal. Com esse intuito, foi criada a Organização das Nações Unidas, a ONU, que teria a missão de garantir, entre outros direitos, o acesso à saúde.

Surge, portanto, a necessidade de uma definição que compartilhasse de mínima base comum entre os vários conceitos sobre saúde em voga. Inspirado por valores como a universalidade e integralidade, o conceito de saúde passa a ser definido não mais como a simples ausência de doenças, mas a ter outras conotações mais abrangentes. Ganha força a corrente que defende que o conceito de saúde e o direito a ela correspondente deve ir além do aspecto puramente físico, passando a incluir também o aspecto social e mental.

O resultado é o seguinte enunciado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

> Artigo 25° 1.Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2.A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social (ONU, 1948).

O enunciado sofre críticas quanto à grande carga de indefinição contida nele (o que é bem-estar?), além de, ao fixar *standers* tão idealizados, torná-los praticamente inalcançáveis. É certo que direitos que contém elementos normativos exageradamente abertos trazem

grandes dificuldades tanto para sua exequibilidade quanto para sua garantia. No caso, como criar sistemas de saúde minimamente efetivos, se as perspectivas a serem alcançadas eram utópicas? A falta de um conceito mais concreto sobre o que o direito da saúde deveria assegurar em termos práticos dificultava a criação de políticas públicas para alcançá-lo, o que esvaziava em grande parte o propósito de sua enunciação.

Sandra Caponi (2006, pg 287), no seu ensaio sobre a visão de Canguilhem quanto à definição do termo saúde, atenta para o fato de que, para além da subjetividade do conceito da ONU, que ela considera inerente ao universo da saúde, e dele inseparável, teme-se que a normatização da saúde venha a ser usada como justificativa de uma intervenção antidemocrática e ditatorial na vida do indivíduo, podendo se prestar a definição do que é "saudável" à perseguição de quem não se enquadra na padrão:

> [...] o que chamamos de bem-estar se identifica com tudo aquilo que em uma sociedade e em um momento histórico preciso é valorizado como 'normal' [...] Para Canguilhem, as infidelidades do meio, os fracassos, os erros e o mal-estar formam parte constitutiva de nossa história e desde o momento em que nosso mundo é um mundo de acidentes possíveis, a saúde não poderá ser pensada como carência de erros e sim como a capacidade de enfrentá-los [...].

Na América Latina, e especialmente no Brasil, o esforço para definir o elemento normativo "saúde", etapa essencial para a estruturação de um sistema público de saúde e para a normatização do direito, culmina na VIII Conferência Nacional de Saúde de Brasília em 1986. O conceito ampliado de saúde, como passou a ser chamado, é fruto do debate que ali se deu, em pleno processo de redemocratização, debate que inspirou a redação do artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

> A força de seus postulados procura resgatar a importância das dimensões econômica, social e política na produção da saúde e da doença nas coletividades. Contrapondo-se à concepção biomédica, baseada na primazia do conhecimento anatomopatológico e na abordagem mecanicista do corpo, cujo modelo assistencial está centrado no indivíduo, na doença, no hospital e no médico, o texto defende como princípios e diretrizes para um novo e único sistema de saúde a universalidade, a integralidade, a equidade, a descentralização,a regionalização e a participação social. Alinha-se a uma corrente de pensamento crítico que tem expressão em diversos autores na América Latina (BATISTELLA, 2007)

A Constituição Federal de 1988 traz uma característica que é comum a outras tentativas contemporâneas com mesmo objetivo, que é de criar um conceito positivado de saúde que integre abordagens de caráter econômico e social (BATTISTELA, 2007):

> A saúde, no texto da Constituição de 1988, reflete o ambiente político de redemocratização do país e, principalmente, a força do movimento sanitário na luta pela ampliação dos direitos sociais: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (Brasil, 1988: 37). O grande mérito desta concepção reside justamente na explicitação dos determinantes sociais da saúde e da doença, muitas vezes negligenciados nas concepções que privilegiam a abordagem individual e subindividual.

O enunciado na Carta constitucional representa o terceiro caminho na construção de um conceito de saúde, que Batistella chama de abordagem ecossistêmica. Nela, o crescimento econômico não é o parâmetro central para definir o que é uma sociedade desenvolvida. Crescimento deve ser um objetivo que engloba o desenvolvimento das pessoas no seu aspecto humano, e não apenas no quão produtivo cada indivíduo pode ser, ou quanta riqueza ele pode gerar.

Em adição à questão do desenvolvimento humano, a qualidade de vida das pessoas é um componente importante (BATISTELLA, 2007):

> Portanto, da mesma forma que a noção de saúde, a qualidade de vida, dentro do enfoque ecossistêmico, é como um guarda-chuva onde estão ao abrigo nossos desejos de felicidade; nossos parâmetros de direitos humanos; nosso empenho em ampliar as fronteiras dos direitos sociais e das condições de ser saudável e de promover a saúde.

O autor conclui que a concepção mais recente do que seria saúde, um conceito complexo e multifatorial, não pode ser estanque no tempo e espaço, pois ela deve refletir o que acontece em determinado lugar e tempo para que tenha legitimidade. Ela deve refletir os costumes, vivências e conhecimento do grupo social ao qual se destina para que possa alcançar o seu objetivo. Ele entende que características intrínsecas ao conceito de saúde, como a sua dinamicidade e imprecisão, não são um obstáculo para que ele reoriente as práticas de saúde existentes até então. Ele defende, inclusive, que essas peculiaridades são essenciais para que o padrão da época, focado apenas no aspecto físico, preocupado mais em curar e

medicalizar as enfermidades, em lugar de evitá-las e preveni-las, fosse superado por um em que a saúde fosse vista de maneira integral, tornando-a mais justa e com ênfase na valorização da vida (SABROSA, 2001 apud BATISTELLA, 2007, 81/83):

> Se tomarmos a saúde como um sistema complexo (Sabroza, 2001) e pensarmos que a crise da saúde pública nos convoca a superar a simples atenção das demandas, procurando a eliminação de problemas que se encontram tanto na esfera dos determinantes sociais da saúde quanto no âmbito da resolutividade das práticas médicas, então estaremos, de fato, nos posicionando em defesa de uma ética que valorize a vida humana, buscando colaborar efetivamente para a construção de ambientes e de uma sociedade mais justa e saudável.

No caso do direito brasileiro, pode-se afirmar que o Estado está obrigado para com seus cidadãos e cidadãs a garantir o acesso, a promoção, a prevenção e a recuperação da saúde e seus determinantes (saneamento, vigilância sanitária, meio ambiente equilibrado). Isso significa dizer que não há como garantir constitucionalmente que as pessoas serão saudáveis. Como definiu a Organização Mundial da Saúde, em 2008, sobre o direito à saúde: "direito ao mais alto padrão possível de saúde de uma sociedade situada no espaço-tempo, ao invés de um direito incondicional de ser saudável." Ainda que tenha havido progresso em relação à utópica Declaração de 1948, o conceito precisa ser aperfeiçoado para representar o que é razoável e suficiente para alcançar as justas expectativas da população em relação às condições de saúde que o Estado deve garantir aos seus cidadãos.

Nota-se que, na acepção mais compreensiva do direito em estudo, acesso é palavra que se deve manter em mente para entender um dos principais objetivos da política pública. De nada adianta o Estado oferecer os serviços, os meios e insumos necessários à realização do direito fundamental se o acesso não for garantido de maneira suficiente e igualitária. No caso da saúde pública, a acessibilidade é condição *sine qua non* para que o direito constitucionalmente garantido se realize.

Como se pode observar das diretrizes sobre o direito à saúde do Conselho Social e Econômico das Nações Unidas, elas estabelecem que ele deve ser livre de discriminação contra minorias, ser fisicamente acessível, com a eliminação de barreiras físicas e territoriais para o acesso, ser economicamente viável, ter ampla divulgação e disponibilidade de informações, sem descuidar dos direitos de privacidade, sigilo médico, bem como que os serviços devem estar disponíveis quando e onde necessários.

Por fim, mas não menos importante, os serviços e instalações devem ser culturalmente aceitáveis, e devem funcionar com observação à ética médica, à cultura dos usuários e usuárias, seus costumes, etnias e gênero.

Diante da evolução dos contornos jurídicos que o direito à saúde ganhou no Brasil frente às disposições constitucionais de 1988 concernentes à universalidade, à integralidade e à gratuidade do sistema de saúde, passou a ser exigível a implementação da política pública nesses moldes, cabendo ao Poder Legislativo criar o arcabouço legal para a efetivação do direito e, ao Poder Executivo, sua concretização. O sistema de saúde pública deve ser descentralizado; a responsabilidade, na execução da política pública, solidária entre os entes federados; todas as instâncias da administração pública devem promover, proteger e agir preventivamente. Coube à Constituição Federal, ainda, prever que o Poder Judiciário, no caso de omissão dos demais Poderes, pode ser acionado para garantir o direito à saúde.

3. Acesso à Saúde e os Direitos Fundamentais Correlatos

Entre os direitos atingidos diretamente pela conceituação de saúde e as consequências advindas das escolhas de parâmetros e paradigmas, além dos direitos ligados à personalidade, já abordados na secção anterior, há ainda dois aspectos que são diretamente impactados pelo fenômeno em análise e que tem mesma magnitude constitucional: a quebra de isonomia, relativo ao princípio da igualdade, e o descumprimento do princípio da separação dos Poderes da República como resultados deletérios da judicialização da saúde, que advém, em grande parte, do descompasso entre o que se imagina seja saúde e o que ela realmente é quanto à sua normatização.

O direito à igualdade é citado com frequência na literatura crítica. Como descreve Daniel Wang (WANG, 2021, pg 849):

> A judicialização gera um gasto muito difícil de planejar, com custos de oportunidade enormes e crescentes, suportados pelos outros usuários do SUS. O orçamento da saúde não consegue acompanhar a expansão dos gastos ordenados pelo Judiciário, e o custo da judicialização espreme os recursos para outras ações e serviços de saúde, como assistência farmacêutica, assistência médico-hospitalar, atenção primária, medidas preventivas etc. Essa grande realocação de recursos dentro do orçamento do SUS tem implicações na equidade em saúde.

Um sistema público de saúde, por mais recursos que possa dispor, tem por base a relação de custo-benefício dos medicamentos, protocolos ou tratamentos que disponibilizará gratuitamente ao público. Isso porque é irreal imaginar que se possa alcançar "tudo a todos". O sistema há de ser sustentável, o que significa dizer que as decisões sobre o que será fornecido e para quem deverão levar em consideração a segurança e a efetividade da prestação do serviço ou insumo, bem como a situação socioeconômica do usuário e o alcance do benefício que tal prestação trará à população em geral. A manutenção e a efetividade de um serviço de saúde deve estar calcado na racionalidade, o que significa que gerir tal sistema é sinônimo de fazer escolhas. Considerando que o direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida, as escolhas sempre serão dramáticas, mas não há dúvida que são necessárias. Isso é que dá sustentabilidade a qualquer sistema público de saúde.

A sustentabilidade está diretamente ligada à igualdade.

A incorporação de tecnologia, termo que denomina um processo complexo que examina as vantagens e desvantagens de se fornecer gratuitamente determinado medicamento ou tratamento, deve ser norteada pelo intento de trazer o benefício mais amplo possível para o maior número de pessoas.

Quando as escolhas sobre como gastar os recursos escapam do percurso administrativo e acabam sendo feitas pelo Poder Judiciário, em geral, os elementos de ordem financeira não estão ao alcance do julgador. Ou seja, dificilmente se verá na fundamentação de uma sentença referências objetivas sobre o custo/benefício. Em geral, sequer são usados termos usuais ao processo de incorporação, o que demonstra que o julgador ou julgadora desconhece órgãos como a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (CONITEC), ou caso os conheça, ignora as suas escolhas. Tais afirmações são apoiadas em estudo realizado pelo CNJ e o Insper, que analisaram em torno de 170 mil decisões judiciais que versavam sobre direito sanitário. Buscaram-se nelas expressões como Relações de Medicamentos Municipais (Remune), CONITEC, as quais aparecem com frequência em processos de incorporação de novas tecnologias. Em algumas regiões, o resultado foi 0% de uso dos termos técnicos pesquisados, não chegando nem a 9% na melhor das hipóteses, o que indica que há desconhecimento ou desconsideração por parte dos julgadores e julgadoras sobre o processo decisório administrativo quando o assunto é a política pública de saúde (CNJ/INSPER,2019). Como bem resumiu Ferraz,

> A concessão judicial indiscriminada desses medicamentos nas últimas duas décadas vem causando significativos problemas ao sistema público de saúde brasileiro, afetando sua *segurança*, *eficácia*,*racionalidade*,*sustentabilidade* e,sobretudo,equidade. Preciosos recursos de um orçamento severamente limitado são alocados todos os anos não por decisões planejadas e sistêmicas com base em princípios consolidados de saúde pública, mas, sim, por atos individuais de juízes apoiados em uma simples prescrição médica e em interpretação discutível do direito constitucional à saúde (art. 196) como um "direito a tudo" que estiver disponível no mercado (ou até mesmo apenas em pesquisas) e puder de alguma maneira beneficiar a saúde do demandante (FERRAZ, 2019, pg 36).

Um outro aspecto a ser considerado sobre a desigualdade gerada pela judicialização da saúde, ainda que de difícil aferição, é o desequilíbrio entre a capacidade econômica do ente da federação que acaba tendo seus recursos coercitivamente drenados para o atendimento da pretensão e a condição econômica do ente que deveria ter alcançado o direito ao paciente.

Em função do princípio da solidariedade aplicado aos entes federativos no caso das prestações sanitárias, o que será abordado detidamente em tópico próprio, qualquer município, desde o mais diminuto até um do tamanho de São Paulo, pode ser condenado a arcar com despesas pelas quais não é o responsável administrativo. O impacto gerado no orçamento municipal vai depender do tamanho do município e dos recursos disponíveis, mas, para a maioria dos municípios brasileiros, essas decisões acarretam em dificuldades orçamentárias substanciais, fazendo com que os gestores não logrem, muitas das vezes, fazer frente àquelas obrigações que seriam de sua responsabilidade.

Considerando que a Lei 8080/90 determinou que a atenção básica da saúde seria de responsabilidade dos municípios, é nesta área que, portanto, os recursos acabam se tornando insuficientes. O reflexo disso é o fomento de um tipo de desigualdade quase indetectável, que consiste em fazer com que as pessoas da faixa social que menos tem condições de obter, pelos seus próprios meios, o acesso ao saneamento básico, exames de rotina, acompanhamento médico frequente, fiquem desamparadas, pois os recursos das Secretarias Municipais de Saúde estão sendo usados para responder por demandas judiciais às quais não deu causa.

Esta situação não só é causa de iniquidade como de encarecimento do sistema como um todo, já que a falta de atenção básica faz com que muitos problemas de saúde, que seriam de fácil solução se detectados e tratados precocemente, agudizem-se e tornem

necessárias intervenções bem mais complexas e dispendiosas. Essa iniquidade oculta, por assim dizer, já foi referida por Daniel Wang (2019, pg51):

> Este trabalho trouxe alguma contribuição ao descrever uma parcela daqueles menos favorecidos que conseguem ter algumas demandas em matéria de saúde atendidas por meio do poder Judiciário, que 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.

Outro princípio constitucional que frequentemente é citado nas análises críticas à judicialização da saúde é aquele que prevê que os três Poderes da República Federativa do Brasil são autônomos e independentes entre si. Isso significa que cada Poder terá sua esfera de competência, de acordo com o estabelecido no texto constitucional, e, no que ela for exclusiva, os demais Poderes não poderão interferir, que é o chamado princípio da Separação dos Poderes.

Para esses críticos, a implementação de políticas públicas deverá ter sua legislação reguladora elaborada pelo Poder Legislativo, que traçará, portanto, as maneiras pelas quais o Poder Executivo dará concretude à norma, cabendo ao Poder Judiciário agir apenas na omissão dos outros dois Poderes.

Para examinar a pertinência da alegação de interferência indevida, é necessário estabelecer o que seria uma omissão no acesso à política de saúde pública. Como já analisado, o sistema de saúde não pode funcionar com base na crença de que se deve "dar tudo a todos". Ou seja, fazer escolhas que implicam em deixar de prestar um serviço em detrimento de outro é pressuposto de funcionamento racional do sistema. Como diferenciar o exercício legítimo da gestão dos escassos recursos públicos da ocorrência de omissão?

A crítica se estabelece de forma bem acentuada nesse ponto, e conclui que os juízes brasileiros não só não sabem fazer a diferenciação entre conduta omissa e escolha com base na análise do custo-benefício como não querem fazê-lo. Segundo esta corrente, os julgadores entendem que sempre se trata de omissão, pois a garantia do direito à saúde estaria acima de qualquer outra necessidade orçamentária.

É contundente a crítica de Nunes (NUNES, 2011, pg 78):

> '[…] uma política pública estruturada e racionalmente executada não pode estar sujeita a intromissões frequentes' [..] 'os orçamentos refletem opções

> políticas que os tribunais não podem formular nem julgar (o julgamento político cabe, em última instância. Ao povo soberano)'

Ao analisar a crítica de como o Poder judiciário trata o direito à saúde em relação aos outros dois direitos ou princípios citados acima, todos insculpidos no texto da Carta Constitucional, é possível vislumbrar a necessidade de haver ponderação entre eles, sob pena de a intervenção judicial criar mais desigualdade e omissões na prestação e implementação da política pública de saúde do que a inércia que se quer combater através da decisão judicial.

Como Ferraz bem analisou, estão em curso mudanças de paradigma que levam a crer que o Poder Judiciário percebeu a necessidade de adequar a atuação judicial à realidade das dificuldades enfrentadas pelo gestor público para atender decisões judiciais individuais, ao mesmo tempo em que deverá também cumprir com a parte que lhe cabe na execução do conteúdo programático da Constituição Federal:

> Esse modelo precisa ser urgentemente reformado. Há sinais de que a consciência dessa necessidade de reforma esteja crescendo dentro do Judiciário brasileiro, em especial em sua cúpula, o Supremo Tribunal Federal, como mostram dois Recursos Extraordinários recentes que versam sobre pedidos de medicamentos experimentais e não registrados na Anvisa (Recurso Extraordinário n. 657.718) e sobre medicamentos de alto custo, incluindo aqueles não incorporados ao SUS (Recurso Extraordinário n. 566.471) (FERAZZ, 2019, pg 07).

4. Conclusões

Buscou-se evidenciar, ao longo do texto, que é de extrema importância a maneira que o substrato material de uma norma será conceituado e que a sua objetificação, em alguma medida, terá grande impacto com direitos correlatos e garantias de magnitude constitucional.

Encerram-se as considerações finais sugerindo que a necessidade de melhor compreensão sobre o que é saúde no espectro jurídico e político deve ser aprofundada por ulteriores estudos, considerando que o presente texto foi escrito durante a Pandemia trazida pelo vírus SARS-CoV-2, causador da Covid 19, conforme declaração da Organização Mundial de Saúde- OMS, e que ainda não teve seu fim. A tragédia vivida por várias centenas de famílias dos milhares de mortos no Brasil e no mundo trouxe à tona a necessidade de haver definição de ampla acepção do que se pode chamar e vida saudável e, assim, orientar a criação de sistemas de saúde pública eficientes e pautados no planejamento e na estratégia na

alocação de recursos, no que se espera que o presente estudo do conceito de saúde possa contribuir.

REFERÊNCIAS

BATISTELLA, Carlos Eduardo Colpo. Abordagens contemporâneas do conceito de saúde. *In*: FONSECA, Angélica Ferreira; CORBO, Ana Maria D'Andrea (org.). **O território e o processo saúde-doença.** Rio de Janeiro: EPSJV/FIOCRUZ, 2007. p. 51-86. (Coleção Educação Profissional e Docência em saúde: a formação e o trabalho do agente comunitário de saúde, 1).

BEZERRA, André Augusto Salvador. Explosão da litigiosidade é resultado da distância entre lei e realidade. **Consultor Jurídico (CONJUR)**, 5 nov. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-nov-05/andre-bezerra-litigiosidade-vem-distancia-entre-lei-realidade. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 21 dez. 2021.

CANGUILHEM, Georges. **O Normal e o Patológico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

CAPONI, Sandra. Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud. **História, Ciências, Saúde**. v. 4, n. 2, p. 287-307, jul./out. 1997. Disponível em: https://www.scielo.br/j/hcsm/a/spm8DWcdrjMsdX9JQKrYt7N/?format=pdf&lang=es. Acesso em: 24 dez. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. São Paulo: Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi, O conteúdo do direito à saúde. *In*: COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia, OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho; DALLARI, Sueli Gandolfi (org.). **O Direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2019. p. 91-101.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 1-39, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/tLdSQ4Ggnm4w8GSfYdcqtTy/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 24 dez. 2021.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Livraria do Advogado Editora, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 23 dez. 2021.

WANG, Daniel Wei Liang. Poder Judiciário e políticas públicas de saúde: participação democrática e equidade. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 14, n. 54, p. 51-87, jan./jun. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/44185/43066. Acesso em: 24 dez. 2021.

WAMG, Daniel Wei Liang. Revisitando dados e argumentos no debate sobre judicialização da saúde. **Revista estudos institucionais**, v. 7, n. 2, p. 849-869, mai./ago. 2021. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/650/737. Acesso em: 17 dez. 2021.