

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE
JUSTIÇA
MESTRADO EM DIREITO

NATALIE MARIA DE OLIVEIRA DE ALMEIDA

**JUDICIALIZAÇÃO, SAÚDE E JUSTIÇA: uma análise a partir do Hospital
Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA) no período de 2014 a
2019**

São Luís
2021

NATALIE MARIA DE OLIVEIRA DE ALMEIDA

**JUDICIALIZAÇÃO, SAÚDE E JUSTIÇA: uma análise a partir do Hospital
Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA) no período de 2014 a
2019**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Edith Maria Barbosa Ramos

São Luís

2021

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Almeida, Natalie Maria de Oliveira de.

Judicialização, saúde e justiça: uma análise a partir do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA) no período de 2014 a 2019 / Natalie Maria de Oliveira de Almeida. - 2021.

116 f.

Orientador(a): Edith Maria Ramos Barbosa.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2021.

1. Direito à saúde. 2. Judicialização. 3. Justiça. I. Barbosa, Edith Maria Ramos. II. Título.

NATALIE MARIA DE OLIVEIRA DE ALMEIDA

**JUDICIALIZAÇÃO, SAÚDE E JUSTIÇA: uma análise a partir do Hospital
Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA) no período de 2014 a
2019**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Edith Maria Barbosa Ramos (Orientadora)

Universidade Federal do Maranhão

Prof.^a Dr.^a Amanda Silva Madureira

Universidade Ceuma

Prof.^a Dr.^a Sandra Mara Campos Alves

Fundação Oswaldo Cruz - Brasília

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos (Suplente)

Universidade Federal do Maranhão

Para Lindinéa, minha mãe. Este é um sinal de *chesed* [resséd].

“O senhor, teu Deus, Ele é Deus, o Deus fiel, que guarda a aliança e a misericórdia até mil gerações daqueles que o amam e guardam os seus mandamentos” (Dt 7:9).

AGRADECIMENTOS

“O Senhor é quem vai adiante de ti; Ele será contigo, não te deixará, nem te desampará; não temas nem te atemorize” (Dt 31:8). A Deus, acima de tudo e todas as coisas.

Trabalhar em uma pesquisa é algo extremamente solitário. Trabalhar um tema tão complexo quanto saúde e justiça torna o desafio maior ainda, mas, com esforço, dedicação e suporte, o bom desenvolvimento se torna possível.

Meu suporte foi pessoas, e são essas pessoas que eu gostaria de agradecer agora.

Gostaria de começar pela minha mãe, pela motivação de sempre e por não ter me deixado desistir nenhuma das vezes em que eu me achei incapaz. Isso é por/para você.

Aos meus pequenos irmãos, João Gabriel e Giovanna, por terem uma inocência que sempre me permitiu um escape da realidade. Eu sou completamente apaixonada por vocês!

Aos meus grandes irmãos, Luis Francisco e Luis Alberto, por serem tudo o que eu precisei exatamente no momento que eu precisava.

Ao meu tio João, por ser companheiro e grande incentivador, por fazer parecer que a realidade é mais fácil do que é porque, no fim das contas, “vai dar tudo certo”.

À minha tia Lindinalva e seu marido, “seu Betinho” (*in memoriam*), por terem construído muitos dos degraus da minha trajetória, desde o meu nascimento até os dias atuais.

Ao Ronaldo Abreu, que me auxiliou significativamente com a organização dos dados da pesquisa e com muitas outras inquietações da vida.

A toda a minha família, por acreditar que essa conclusão seria possível.

Ao João Pedro J Rios, meu namorado e eterno monitor, por ser um grande incentivador, melhor amigo e ser humano mais paciente que eu já conheci na vida. Eu não tenho palavras para descrever o que você significa.

Às minhas amigas Juliane Ferreira, Patrícia Abreu, e Rayssa Fernandes, por tornarem o fardo mais leve.

Aos meus amigos do “Tarja Preta S...”, Cristian Gamba, Deomar Arouche, Leticia De Martini, Régis Bonfim e Tereza Fonseca (em especial a esta), por dividirem comigo suas experiências, alegrias e frustrações durante esses dois anos. O mestrado não teria sido o mesmo sem vocês.

A todos os meus colegas da turma de 2019.2, uma turma completamente fora da curva!

Agradeço imensamente e de todo coração à minha professora orientadora, Edith Maria Barbosa Ramos, que acompanhou de perto o desenvolvimento do presente trabalho com

extrema dedicação; me possibilitou experiências incríveis no mestrado e muito cooperou para o meu crescimento enquanto pesquisadora e enquanto pessoa através de diversas conversas.

Aos meus professores e professoras do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, que moldaram o meu perfil de pesquisadora e me ensinam, dia a dia, com suas experiências, em especial aos professores Newton Ramos e Paulo Roberto Ramos, que acompanharam esta pesquisa desde o primeiro projeto e fizeram imprescindíveis contribuições; e ao professor Roberto Veloso, por ter me oportunizado a vivência mais próxima da pesquisa por meio da organização de eventos.

À superintendente do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA), Joyce Lages, por me possibilitar amplo acesso ao hospital e aos dados organizados pela sua equipe jurídica, permitindo a presente pesquisa.

Ao professor e colega Felipe Costa Camarão, pela troca de materiais, por todo o apoio e todas as discussões acerca da judicialização da saúde.

Às professoras Maria Eugênia Bodra e Marina Borba, que, por meio do Grupo de Estudos de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo (Gedisa/USP), me proporcionaram importantes reflexões sobre a saúde.

À Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), por seu imprescindível repositório de livros disponibilizados gratuitamente e por me permitir ser aluna externa da disciplina Direito Sanitário, Justiça Social e Saúde, possibilitando muito aprendizado através das professoras Maria Célia Delduque e Sandra Mara Campos Alves, que constituíram fortemente o referencial teórico de parte da pesquisa.

À Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (ENSP), que também, por meio da disciplina externa Medicamentos no Contexto da Saúde Global, contribuiu para a minha bibliografia.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela concessão da bolsa de mestrado.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para a construção desta dissertação, muito obrigada!

“Para alcançar uma sociedade justa, precisamos raciocinar juntos sobre o significado da vida boa e criar uma cultura pública que aceite as divergências que inevitavelmente ocorrerão” (Michael Sandel).

RESUMO

A saúde pública é um tema que requer muita atenção, pois se trata de um problema social, ao passo que é também uma obrigação do Estado. No entanto, sua efetivação encontra diversos óbices de ordem econômica, social e mesmo natural, o que torna o tema extremamente complexo. Como consequência, a sociedade compreende essa situação enquanto uma falha derivada da omissão do Poder Público e tem buscado saná-la, frequentemente, através de pedidos referentes à saúde perante o Poder Judiciário. De modo geral, esse fenômeno é definido por judicialização. Partindo do pressuposto de que o Maranhão tem sofrido fortes impactos por conta desse alto número de demandas, o objetivo desta pesquisa foi analisar o acesso à saúde no HUUFMA, através das solicitações referentes a cirurgias para homens e mulheres adultos no período de 2014 a 2019, sob a ótica da teoria rawlsiana de justiça, propondo a mediação sanitária enquanto instrumento de justiça consensual capaz de responder adequadamente as demandas.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Justiça.

ABSTRACT

Public health is a topic that requires a lot of attention, as it is a social problem while it is also an obligation of the State. However, its implementation meets several obstacles of an economic, social and even natural order, which makes the subject extremely complex. As a consequence, society understands this situation as a failure derived from the omission of the Public Power and has sought to remedy it, frequently, through requests regarding health before the Judiciary. In general, this phenomenon is defined by judicialization. Based on the assumption that Maranhão has suffered strong impacts due to this high number of demands, the objective of this research was to analyze access to health at HUUFMA, through requests referring to surgeries for adult men and women in the period from 2014 to 2019, from the perspective of Rawlsian theory of justice, proposing health mediation as an instrument of consensual justice capable of adequately responding to demands.

Keywords: Right to health. Judicialization. Justice.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Perfil dos demandantes no biênio 2014/2015.....	91
Gráfico 2 – Perfil das demandas no biênio 2014/2015.....	91
Gráfico 3 – Perfil dos demandantes no biênio 2016/2017.....	92
Gráfico 4 – Perfil das demandas no biênio 2016/2017.....	93
Gráfico 5 – Perfil dos demandantes no biênio 2018/2019.....	94
Gráfico 6 – Perfil das demandas no biênio 2018/2019.....	94

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia Geral da União
Camedis	Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde
CF/88	Constituição Federal de 1988
CMDI	Conselho Municipal dos Direitos do Idoso de São Luís
CRLS	Câmara de Resolução de Litígios em Saúde
CSU	Cobertura Sanitária Universal
DF	Distrito Federal
DPE	Defensoria Pública do Estado
DPU	Defensoria Pública da União
Ebserh	Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares
HUUFMA	Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
JE	Justiça Estadual
JF	Justiça Federal
LOS	Lei Orgânica de Saúde
MPE	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
NCPC	Novo Código de Processo Civil
ODM	Objetivos de Desenvolvimento do Milênio
ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
OPAS	Organização Pan-Americana da Saúde
p.ex.	por exemplo
Proc. UFMA	Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Maranhão
Semus	Secretaria Municipal de Saúde de São Luís
SES	Secretaria de Estado da Saúde
Sol. E-mail	Solicitação por e-mail
SUS	Sistema Único de Saúde
US	Unidade de Serviço
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O DIREITO À SAÚDE SOB A ÓTICA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE	18
2.1	O direito à saúde: aspectos gerais e a saúde na Constituição brasileira de 1988	18
2.2	A teoria da justiça como equidade em John Rawls	31
2.3	O acesso à saúde e a justiça como equidade	41
3	O IMPACTO DO FEDERALISMO NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	52
3.1	Breve contextualização histórica e características essenciais do federalismo	52
3.2	O processo de formação do federalismo no Brasil	62
3.3	Políticas públicas sociais e federalismo cooperativo sanitário	69
4	JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO	80
4.1	A judicialização do direito à saúde	80
4.2	Tratamento dos dados do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão de 2014-2019	86
4.2.1	Biênio 2014/2015	90
4.2.2	Biênio 2016/2017	92
4.2.3	Biênio 2018/2019	93
4.3	A mediação sanitária como instrumento de justiça consensual	95
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
	REFERÊNCIAS	108

1 INTRODUÇÃO

A compreensão do conceito de saúde se dá a partir de um amplo rol de ciências, a qual, por muito tempo, foi reduzida à dicotomia que afirmava que saúde se tratava da ausência de doença. Essa temática pluridimensional trata de um direito humano instrumental, individual e social que possui sua efetividade limitada por circunstâncias naturais e socioeconômicas (CURREA-LUGO, 2005).

Após a II Guerra Mundial, teve início o movimento de configuração positiva dos direitos sociais, que envolveu diversas instituições como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), as quais, no mesmo sentido de cooperação, buscaram não apenas garantir a assistência, mas assegurar as condições necessárias para a saúde. Desse modo, o conceito passou a se relacionar com atividades cotidianas, não se restringindo a fatores biológicos, microbiológicos ou enfermidades (BARATA, 2005).

Especificamente no Brasil, essa noção de saúde enquanto direito passou a ser discutida a partir da superação do aspecto autoritário e antidemocrático característico do período da Ditadura Militar, com a redemocratização que se iniciou a partir de 1985, com as propostas do movimento de Reforma Sanitária. Assim, em 1986, a sociedade foi convocada para a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, que mobilizou diversas classes a fim de buscar um modelo de saúde coletiva capaz de atender qualquer camada da população. Como consequência, a nova Constituição Federal de 1988 (CF/88) elevou a saúde à condição de dever do Estado em todas as esferas de poder político da Federação (FLEURY; OUVÉNEY, 2012; ROCHA, 2018).

Nesse sentido, compete ao Estado a garantia da saúde ao cidadão por meio das políticas públicas, com a finalidade de reduzir o risco de doenças e outros agravos, tal como o acesso igualitário a ações para sua promoção, proteção e recuperação, ponto em que surge o Sistema Único de Saúde (SUS), que possui o dever de prestar integridade de atendimento às necessidades de saúde, organizado em diferentes níveis de complexidade das ações e dos serviços de saúde, hierarquicamente.

Apesar disso, esse acesso não é atribuído de maneira igual a todos os indivíduos, daí a necessidade de tratar das desigualdades e discutir a equidade pertinentes à saúde, pois relacionam-se a situações que implicam algum grau de injustiça. Dessa forma, torna-se imprescindível demonstrar a importância de aplicar a teoria de justiça de John Rawls enquanto equidade ao contexto de acesso à saúde.

De acordo com o autor, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, razão pela qual leis e instituições devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas, ainda que eficientes e bem organizadas. Logo, deve haver um sistema de cooperação elaborado para promover o bem daqueles que o integram. Por conta disso, exige-se um conjunto de princípios que possibilite escolher entre as várias formas de ordenação social que determinam como se dará essa divisão de vantagens e que possa selar um acordo a respeito das partes distributivas adequadas — são os chamados princípios da justiça social (RAWLS, 2000).

Ainda seguindo esse pensamento, Rawls afirma que a justiça em uma sociedade depende de como serão atribuídos direitos e deveres fundamentais, além das oportunidades econômicas e condições sociais que existem em seus diversos setores. Em razão disso, há a necessidade de encontrar um *status quo* inicial apropriado; assim, os consensos fundamentais alcançados nessa “posição original” seriam equitativos, daí o termo “justiça como equidade”, transmitindo a ideia de que os princípios da justiça são acordados em uma situação inicial que é equitativa (RAWLS, 2000). O objetivo não é uma distribuição igual através desses princípios, mas que ninguém possua menos do que receberia em uma divisão igual de bens primários e que a cooperação social permita uma melhora em termos gerais.

Tem-se, portanto, que, em uma sociedade justa, essas liberdades são tomadas como pressupostos, e os direitos assegurados pela justiça não se sujeitam a negociações políticas ou cálculos de interesses sociais, de modo que se deve garantir a liberdade plena de cada indivíduo de forma igualitária, possibilitando a este que escolha e busque uma vida adequada desde que observados os limites dos demais indivíduos.

Para isso, as instituições devem assegurar a todos uma igual chance de concretização de seus planos, considerando a posição zero, inicial, de cada integrante da sociedade que possa ser privilegiado por seus talentos ou habilidades, e é nesse sentido que se abordam a importância e a necessidade de uma teoria de justiça adaptada à saúde, justificando a garantia de seu acesso.

A importância do pensamento de Rawls está intimamente relacionada ao fato de que, para o autor, a teoria da justiça equitativa representa um conjunto de princípios normativos escolhido como o mais imparcial para garantir o funcionamento da democracia constitucional (RAWLS, 2000).

Mesmo não tratando diretamente da saúde, nota-se que Rawls adota a ideia de que as instituições devem proteger a saúde a fim de salvaguardar o leque de liberdades e oportunidades que sua teoria defende, e é nesse ponto que Norman Daniels fundamenta a saúde enquanto uma questão de justiça, amparando-a no seu papel de proteção de liberdades e oportunidades na vida das pessoas.

Isso é dizer que Daniels afirma que a teoria rawlsiana compreende a saúde como um bem valioso a todos os indivíduos, não importando suas concepções de bem ou preferências, porque a saúde influencia a concretização dos planos racionais de vida. Portanto, inclui entre as instituições garantidoras de igualdade equitativa de oportunidades aquelas responsáveis por prestar assistência à saúde, uma vez que tanto doenças quanto deficiências restringem as oportunidades que seriam abertas aos indivíduos (DANIELS, 2008).

Então, a saúde passa a ser tratada de forma vinculada ao princípio de igualdade equitativa de oportunidades, na medida em que esta é fundamental para garantir a participação dos indivíduos dentro da sociedade, permitindo a concretização de suas expectativas, daí porque ser tratada como uma questão de justiça.

Conforme o exposto, fica evidente a importância do direito à saúde. Nada obstante, embora muito já se tenha caminhado, o seu acesso ainda não se dá efetivamente de modo igual. Atualmente, essa saúde é prestada por meio do SUS, e, de acordo com a Constituição, todos os entes federativos têm o dever de atuar na prestação dos serviços públicos de saúde, de modo que nenhum deles está isento da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde (DALLARI, 1995). Ou seja, a organização sanitária brasileira segue os princípios do federalismo cooperativo a partir do momento em que exige uma atuação conjunta de todas as esferas de governo em campos específicos, de forma articulada e harmônica.

Resta claro, assim, a existência de uma relação entre a justiça distributiva de Rawls e os fundamentos do federalismo de cooperação, visto que ambos decorrem da ideia-núcleo de fidelidade com a dignidade humana, igual cidadania e da exigência de que seja concebida uma sociedade pautada em um sistema equitativo de cooperação social. Através disso, cada pessoa seria tratada com igualdade para fins de acesso aos benefícios sociais, o que convergiria para o próprio federalismo cooperativo, que nada mais é senão a adoção de um sistema equilibrado de distribuição de recursos entre os Estados-membros, com o objetivo de proporcionar meios suficientes ao atendimento das necessidades coletivas que devem ser satisfeitas pelos serviços públicos. A teoria rawlsiana mostra-se compatível com o perfil federalista do Estado brasileiro.

Contudo, no âmbito do direito sanitário, esse federalismo encontra diversos obstáculos, especialmente no tocante às desigualdades entre os entes e à dependência da transferência de recursos advindos da União. Um dos problemas que têm refletido essa desigualdade é o aumento das demandas de saúde no Poder Judiciário.

Quando a CF/88 rompe com o paradigma de um conceito de saúde simplista e a eleva à posição de um direito de todos e dever do Estado, por meio de políticas sociais e econômicas, parte da população que tem o seu direito obstado recorre ao Judiciário, de modo que o

reconhecimento do direito de todos à proteção integral se tornou um dos fatores de maior contribuição para o impulso da judicialização.

Por conta desse fenômeno de judicialização, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar a judicialização do acesso à saúde no Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA), através das demandas de saúde que solicitaram cirurgias para homens e mulheres adultos no período de 2014 a 2019, sob a ótica da teoria rawlsiana de justiça, propondo a mediação sanitária enquanto instrumento de justiça consensual que responda adequadamente às demandas.

Constituem objetivos específicos: a) compreender a saúde enquanto uma questão de justiça, determinando suas balizas conceituais em âmbito nacional e internacional; b) analisar o federalismo sanitário brasileiro na Constituição de 1988, identificando aspectos históricos, conceituais e normativos e a importância de um federalismo cooperativo; c) avaliar os dados do HUUFMA a fim de compreender a judicialização; d) examinar a mediação sanitária como um importante instrumento de justiça.

Partiu-se do pressuposto de que o hospital recebe, em grande quantidade, pedidos que se originam de demandas processuais que o obrigam a fornecer o atendimento mediante a responsabilidade solidária da saúde para a população em geral, resultando na existência de um privilégio para um determinado grupo de pessoas, ferindo, portanto, a noção de justiça. Para confirmar essa hipótese, buscou-se utilizar várias técnicas científicas a fim de garantir maior rigor metodológico, eficácia, menor custo, rapidez e veracidade de informação.

O estudo foi conduzido através da metodologia de abordagem qualitativa, pois foram buscados os significados existentes em determinado fenômeno encontrado na realidade social, ou seja, a análise da judicialização da saúde dentro do HUUFMA no período de cinco anos. É, ainda, do tipo exploratório-descritivo. Será exploratório considerando que tem por finalidade aprofundar os estudos de uma realidade específica, isto é, o cenário da judicialização no HUUFMA, buscando a maior verossimilhança possível entre os fatos e fenômenos estudados a serem descritos (MINAYO, 2009).

Além disso, o estudo tem caráter descritivo na medida em que os dados coletados foram analisados em cada elemento, com foco nos procedimentos cirúrgicos feitos em homens e mulheres adultos, primando pela triangulação da realidade dos dados, conteúdo dos textos e sentido da teoria para consolidar as conclusões a respeito da judicialização.

Nesse ponto de abordagem qualitativa, foi utilizado o método preconizado por Bardin (2016), análise de conteúdo, definido por um conjunto de técnicas de análise de comunicação visando obter indicadores que propiciem a interferência de conhecimentos relativos às

condições de produção. O objetivo é que, através desse método, sejam analisados os atores da judicialização da saúde no HUUFMA. Para tanto, a análise de conteúdo seguiu três etapas: pré-análise, exploração do material e interpretação dos dados, por meio dos procedimentos metodológicos de categorização, inferência, descrição e interpretação.

A dissertação estrutura-se em três capítulos, divididos em três tópicos. No primeiro, são tecidas considerações acerca do direito à saúde, seus aspectos gerais em âmbito nacional e internacional, demonstrando, a partir da teoria de Rawls e estudos de Daniels, a sua essencialidade para fornecer um amplo leque de oportunidades iguais aos indivíduos e esclarecendo a importância da justiça no acesso à saúde enquanto forma de equidade.

No segundo capítulo, aborda-se o impacto do federalismo na efetivação das políticas públicas de saúde, através de uma breve contextualização histórica e das características do federalismo, tratando também do seu processo de formação no Brasil e da necessidade de um federalismo cooperativo sanitário.

No terceiro e último capítulo, trabalhou-se a judicialização da saúde no HUUFMA. Para isso, utilizou-se o conceito de Tate e Vallinder (1995) acerca da judicialização, foram demonstrados os dados organizados através da análise de conteúdo e, por fim, foi apresentada a mediação sanitária enquanto importante instrumento de justiça consensual.

2 O DIREITO À SAÚDE SOB A ÓTICA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

O presente capítulo tem por objetivo analisar o direito à saúde, especificamente quanto ao acesso, demonstrando a necessidade e a importância de um acesso justo. Para fundamentar a saúde como uma questão de justiça, são apresentados seu conceito, aspectos históricos e seu tratamento por diplomas legais e internacionais. Em seguida, trabalha-se a teoria da justiça sob a ótica de John Rawls e, por fim, seu aspecto específico voltado para a saúde, definido por Norman Daniels.

2.1 O direito à saúde: aspectos gerais e a saúde na Constituição brasileira de 1988

O conceito de saúde é compreendido a partir de um amplo rol de ciências que não se limita à medicina, mas alcança a sociologia, a antropologia, a filosofia e o próprio direito. Esse conceito, por muito tempo, reduziu-se à dicotomia existente entre saúde e doença, de modo que se compreendia a primeira enquanto a ausência da segunda (CURREA-LUGO, 2005).

Atualmente, a saúde pode ser caracterizada enquanto uma temática pluridimensional, pois se trata de um direito humano compreendido como instrumental tanto individual quanto social. Sendo assim, tem sua efetividade limitada por circunstâncias naturais e socioeconômicas, tal como, ao mesmo tempo, é um elemento capaz de originar mudanças de posturas e ações nos indivíduos, na sociedade, nos governos dos Estados nacionais e nas organizações internacionais, objetivando a melhor qualidade de vida possível para as populações (RAMOS, 2012).

Logo, conforme pretende-se demonstrar, a saúde está para além da ausência de doença. Por conta disso, de sua importância para as ciências sociais, esse conceito pode adquirir uma conotação ainda mais abrangente, como se verá. Durante os períodos de guerra, as atrocidades eram realizadas, não raramente, pelo próprio Estado, que não tratava com a importância devida as condições de vida humana, gerando implicações diretas na saúde.

Para Dallari e Nunes Júnior (2010), com o término da II Guerra Mundial, ficou evidente o reconhecimento de que a saúde de uma população se relaciona às suas condições de vida e de que os comportamentos humanos podem constituir ameaça à saúde do povo, colocando em risco a segurança do próprio Estado. A partir disso, a perspectiva de reconstrução dos direitos do homem ganhava um novo elemento, a noção de solidariedade entre os povos.

Por conta desse contexto, em 1945, foi fundada a ONU, com sede nos Estados Unidos. Uma organização internacional formada por países que se reuniam, de maneira voluntária, com

o objetivo de trabalhar em busca da paz e desenvolvimento mundiais, dividida em seis órgãos principais: Assembleia geral, Conselho de Segurança, Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela, Corte Internacional de Justiça e Secretariado.

O movimento de configuração positiva dos direitos sociais iniciou-se no âmbito da ONU, que já na Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, estabeleceu, em seu dispositivo XXV, a garantia de que todos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A ONU, desde sua criação, tem participado de maneira ativa na promoção e proteção de bons níveis de boa saúde em escala mundial, e na liderança desse esforço está a OMS. Essa instituição sanitária, que entrou em vigor em 7 de abril de 1948, quando 26 membros das Nações Unidas ratificaram os seus estatutos, possui como objetivo, conforme dispõe o artigo da sua própria Constituição elaborada em 1946, a consecução do nível mais elevado de saúde que for possível para todos os povos.

Inicialmente, tinha-se como prioridade assumir a responsabilidade pela classificação internacional de doenças, que se tornou, posteriormente, o padrão internacional para fins clínicos e epidemiológicos, mas, devido ao papel bem desempenhado, nos dias atuais há funcionários da OMS trabalhando em 147 países, aconselhando os ministérios da saúde acerca de questões técnicas e prestando auxílio na prevenção, tratamento e assistência em todo o setor sanitário.

Em seu preâmbulo, a OMS define a saúde como um estado completo de bem-estar físico, mental e social, que não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade, estabelecendo que gozar do melhor estado de saúde que se possa atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sendo a saúde de todos essencial para conseguir a paz e a segurança (OMS, 1946, 2008). A partir desse momento conceitual, o direito social à saúde — enquanto direito fundamental da pessoa humana — teve, pela primeira vez, o reconhecimento internacional.

As intervenções da OMS abrangem todas as áreas da saúde no espectro global, incluindo a intervenção em crises e na resposta a emergências humanitárias, instituindo o Regulamento Sanitário Internacional, que os países devem seguir a fim de identificar os focos da doença, impedir propagações e prevenir doenças crônicas, de modo a alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), implantados em 2000, os quais, em 2015, fizeram a

transição para os chamados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), com contagem regressiva para o início da Agenda em 2030.

Em 25 de setembro de 2015, na sede da ONU, em Nova Iorque, 193 líderes mundiais aprovaram a Agenda 2030, que seria, nas palavras do secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon, uma visão comum para a humanidade e um contrato social entre os líderes mundiais e os povos (ONU, 2015). Nesse dia, foram anunciados 17 ODS e 169 metas, que agora são de maior amplitude e inclusão, tendo por objetivo erradicar a pobreza em todas as suas formas até 2030, contemplando as dimensões econômica, social e ambiental.

Em relação a esses objetivos, Ramos (2014) verificou que há uma necessária articulação entre direito, igualdade e universalidade como condição *sine qua non* para a redução das iniquidades em saúde, bem como para a própria efetivação desse direito. De acordo com a autora, eles são a demonstração do estabelecimento de uma vontade política para buscar soluções coordenadas, entre países já desenvolvidos ou em processo de desenvolvimento, sobre a pobreza no mundo.

Entre os ODS, o objetivo 3 trata especificamente do direito à saúde, pois busca assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos e todas, em todas as idades, reduzindo a taxa de mortalidade (ONU, 2015). Conforme já mencionado, com a criação da OMS, surge um conceito de saúde que passa a ser aceito universalmente, traduzido na ideia de um estado de mais completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de enfermidade.

Isso é dizer que, ao ser compreendido como um bem público global universal e prioritário, o direito à saúde é um importante vetor para conduzir o processo de diminuição das desigualdades sociais, constituindo, portanto, um marco contextual “capaz de irradiar ideias e recursos na busca por equidade no mundo” (RAMOS, 2014, p. 183). Isso demonstra o caráter complexo do direito à saúde.

Além da OMS, vale mencionar, ainda que brevemente, outros membros do Sistema da ONU que desempenham um importante papel na promoção da saúde global: o Banco Mundial e a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS).

Apesar de ser uma agência especializada independente, o Banco Mundial é a maior fonte global de assistência para o desenvolvimento, proporcionando cerca de US\$ 60 bilhões anuais em empréstimos e doações aos 187 países-membros, e, embora tenha sido criado em 1946, somente a partir de 1970 — alimentado pela preocupação com a explosão demográfica e a satisfação das necessidades humanas básicas — começou a participar como organismo financiador de projetos no campo da saúde. Mais tarde, a partir de 1980, com a crise do Estado

protetor e as possibilidades que o setor apresentava para o investimento do capital, a saúde passa a integrar setor específico na pauta de financiamento (LIMA, 2014).

Nesse mesmo sentido de cooperação, a OPAS, constituída como escritório regional da OMS, trata especificamente da saúde pública. Através de técnicos e cientistas, a OPAS coopera com os governos para melhorar políticas e serviços públicos de saúde, estimulando o trabalho conjuntamente com outros países em prol do alcance de metas comuns, conforme as decisões dos governos que integram o corpo diretivo da organização. Adotando o conceito de saúde elaborado pela OMS em 1947, seu principal objetivo é proteger e coordenar esforços dos países do Hemisférico Ocidental para combater doenças, prolongar a vida e estimular o melhoramento físico e mental de seus habitantes.

Portanto, o que se pode perceber é que o direito à saúde em âmbito internacional não se trata apenas de garantir assistência, mas também de assegurar as condições necessárias para a saúde. Saúde, então, passa a se relacionar com a possibilidade de desenvolvimento de atividades do cotidiano, não se restringindo mais aos estudos dos fatores biológicos, microbiológicos ou das enfermidades, mas procura compreender os fatores sociais (BARATA, 2005). Trata-se de um conceito que incorpora a noção de equilíbrio, bons hábitos, conhecimentos básicos acerca de cuidar-se, higiene, práticas de exercícios físicos e outros mais.

Observa-se que a definição de saúde adotada nos documentos internacionais relativos aos direitos humanos possui a forma mais ampla possível, apreendendo, nesse sentido, desde a “típica face individual do direito subjetivo à assistência médica em caso de doença, até a constatação da necessidade do direito do Estado ao desenvolvimento, personificada no direito a um nível de vida adequado quanto à manutenção da dignidade humana” (DALLARI, 2003, p. 47).

No Brasil, essa noção de direito começou a ser discutida a partir da superação do aspecto autoritário e antidemocrático que se presenciou durante o período da Ditadura Militar, por meio do processo de redemocratização que se iniciou a partir de 1985 com as propostas do movimento de Reforma Sanitária. É inegável, nesse contexto, que:

Os efeitos da industrialização sobre as condições socioeconômicas de existência e de inserção na recém-formada nação, e o contraste destes com as reflexões propiciadas pela ampla difusão das ideias igualitárias geraram contradições de amplitude suficiente para a emergência de movimentos sociais, de origem operária e sindical, em busca da efetivação de uma condição de cidadania que lhes era negada na prática (FLEURY; OUVRENEY, 2012, p. 29).

Esse movimento transformador na área da saúde “surgiu e articulou-se dentro de um panorama muito bem definido: a política de saúde então hegemônica era a da mercantilização da medicina sob o comando da Previdência Social” (SCOREL, 1998, p. 51). Tal movimento representava um pensamento contra-hegemônico cujo objetivo era transformar o sistema então vigente, caracterizado pela dicotomia das ações estatais, pela predominância da compra dos serviços privados, pela modalidade hospitalar de atendimento e pela corrupção normatizada pela forma de pagamento conhecida por Unidade de Serviço (US) (SCOREL, 1998).

Logo, é evidente que os movimentos sociais ocorridos no século XIX demonstravam insatisfação com a situação precária de sobrevivência a que a população estava submetida, pois expressavam a contradição entre uma comunidade igual e abstrata e uma condição real de exclusão, que foram elementos fundamentais para consolidar a cidadania através das lutas que originaram o desenvolvimento dos sistemas de proteção (FLEURY; OUVENEY, 2012).

Nesse sentido, em oposição à modalidade de intervenção estatal nas condições de saúde da população e à organização institucional “hegemonizada pelos interesses privados”, o movimento sanitário articulou-se e, posteriormente, se apresentou enquanto um movimento propriamente dito, “com órgãos de representação, propostas de transformação, mecanismos de formação de agentes e de divulgação de seu pensamento” (SCOREL, 1998, p. 63).

Já totalmente articulado, o movimento sanitário reafirmava entender por uma saúde autenticamente democrática quatro grandes reconhecimentos:

[...] de que a saúde é um direito universal e inalienável do homem, de que são as condições de caráter socioeconômico as que viabilizam a preservação da saúde; de que as ações médicas detêm responsabilidade parcial, porém intransferível na promoção da saúde; e, de que diante do caráter social desse direito cabe à coletividade e ao Estado a sua efetiva implementação (SCOREL, 1998, p. 64).

Deste modo, foi constatado que para isso seriam necessárias medidas que, entre outras coisas, detivessem o empresariamento da medicina, transformando os atos médicos em um bem social gratuito; que criassem um SUS sob a responsabilidade do Estado, e que este último tivesse a tarefa de planejar e executar a política de saúde além de estabelecer mecanismos eficazes de financiamento desse sistema que deveria ser organizado de forma descentralizada (SCOREL, 1998).

Importante enfatizar que essa decisão de descentralizar está relacionada, irremediavelmente, às desigualdades regionais históricas que nunca foram prioridade máxima nacional. Aqui, na questão das disparidades regionais, a União possui papel fundamental: “os entes federados não podem suprir o planejamento e decisões que exigem visões supra regionais

[sic], nem tem como obter, isoladamente, grandes recursos” (BERCOVICI, 2002, p. 23-24), pois os efeitos da repartição de rendas e encargos se deram de maneira particular nas várias regiões, e essa problemática deve determinar os limites da descentralização no Brasil.

Embora já fosse objeto de críticas duras por diversos setores da sociedade ainda na década de 1970, para Dallari (1992), foi apenas com a saída dos militares do poder que os sanitaristas puderam ocupar posições importantes nas instituições que gerenciavam a política de saúde no país. Até então o sentido social da saúde se dava enquanto um serviço decorrente de um direito trabalhista ou um serviço privado prestado a quem tinha condições de bancar.

Contrário a isso, os sanitaristas tinham uma visão multidisciplinar e coletiva sobre a saúde, entendendo-a enquanto conjunto integrado de ações capazes de promover a saúde da população, com especial atenção ao aspecto preventivo (ROCHA, 2015). Sendo assim, até o advento da CF/88, a assistência à saúde se estendeu no Brasil sob a orientação de uma visão mercantilista, cujo objetivo era desenvolver uma medicina privada e de especialidades dirigida a quem possuía poder aquisitivo para adquiri-la.

Em outros termos, por ser estreita e individualista, reduzia os cuidados à saúde ao oferecimento de serviços médico-hospitalares que os mais ricos deveriam comprar e os mais pobres receberiam de modo precário, a título de favor pelo Estado a depender das sobras orçamentárias. Tratava-se, então, de filantropia estatal, e não um direito assegurado (ROCHA, 2015). As constituições anteriores, embora tenham acolhido algumas normas relacionadas à saúde, versavam sobre o tema de forma indireta ou reflexa, isto é, acidentalmente (DALLARI, 2008).

Em 1980, década em que houve grande mudança constitucional no país, o tema era tratado na Constituição apenas no sentido de organização administrativa que tinha como objetivo o combate a endemias e epidemias que se colocavam como desafios ao Estado. A saúde era anunciada como direito na medida de “assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva”, conforme disposição do artigo 165, XV, da Constituição de 1967/1969. Portanto, a assistência à saúde era apenas uma contraprestação devida aos contribuintes da previdência social, completamente destituída da gratuidade (ROCHA, 2015).

Por conta dessa acepção de saúde e de todo o contexto repressivo do autoritarismo, iniciou-se um movimento que possibilitaria uma mudança expressiva no tratamento da saúde, gerando o modelo que se conhece no atual sistema sanitário brasileiro. Formou-se um novo pensamento médico-social, que originaria a Reforma Sanitária (SCOREL, 2012).

Para Paim (2008), seria possível definir a Reforma Sanitária como uma reforma social inconclusa centrada em três elementos constituintes. Inicialmente, seria centrada na

democratização da saúde, implicando a elevação da consciência sanitária sobre saúde, seus determinantes e seu reconhecimento enquanto direito, garantindo acesso universal e igualitário ao SUS, além da participação social no estabelecimento de políticas e na gestão. Em segundo lugar, seria centrada na democratização do Estado e seus aparelhos, com respeito ao pacto federativo, assegurando a descentralização do controle social e fomentando a ética e a transparência nos governos. Por último, a democratização da sociedade, alcançando os espaços da organização econômica e da cultura, em torno de um conjunto de políticas públicas e práticas de saúde.

Por conta disso, a Reforma teria passado por diversos momentos de um ciclo: ideia, proposta, projeto, movimento e, por fim, processo. Resumidamente, a Reforma, enquanto proposta, resultou de um longo movimento da sociedade civil brasileira em defesa da democracia, direitos sociais e um novo sistema de saúde, que se transformou em projeto a partir da VIII Conferência Nacional de Saúde e se desenvolveu enquanto processo a partir desse ponto (PAIM, 2008).

Logo, com a redemocratização do país foi possível convocar a sociedade para que se realizasse a VIII Conferência Nacional de Saúde, pré-constituente que ocorreu entre 17 a 21 de março de 1986, mobilizando profissionais liberais, sindicatos de trabalhadores, conselhos profissionais e associação de moradores com o objetivo de buscar um modelo de saúde coletiva que atendesse às baixas camadas da população (ROCHA, 2015).

O evento tornou-se marco histórico importante no processo de democratização da saúde, pois foram lançados os princípios da Reforma Sanitária e foi aprovada a criação de um sistema único de saúde apartado da previdência social. Grande parte das propostas do movimento sanitário foi debatida e aprovada por meio da CF/88, e desta foram estabelecidos os princípios e diretrizes do SUS, indicada no relatório final e concretizada no artigo 198 (ROCHA, 2015).

Essa Conferência apoiou a ampliação do conceito de saúde ao defini-la enquanto “a resultante das condições de alimentação, habitação, educação e renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde” (BRASIL, 1986, p. 4), reconhecendo o ser humano em toda a sua completude e apresentando a saúde enquanto qualidade de vida.

É possível perceber que a introdução da saúde no rol dos direitos sociais brasileiros se deu, sobretudo, como resultado da força dos movimentos populares da redemocratização política em que houve o fenômeno, até então inédito, de participação expressiva da população em busca da definição dos grandes objetivos constitucionais. Imperioso também destacar que o texto aprovado da seção de saúde — Seção II do capítulo da seguridade social, do Título VIII,

da Ordem Social — é aquele elaborado pelos sanitaristas e apresentado igualmente como emenda popular à Constituição, possuindo pequenas modificações (DALLARI, 2008).

Seguindo os ensinamentos de Dallari (2008), com essa inovação constitucional deve-se procurar compreender o significado da afirmação do direito à saúde que envolve tanto a percepção de sua dependência das condições de vida e organização social como a noção de ausência de doenças.

Essa amplitude foi aceita pela sociedade que sobreviveu a Segunda Grande Guerra do século XX e ficou clara na criação da OMS, que demarcou um conceito mais abrangente para a saúde em sua Constituição, conforme já mencionado. Nesse texto constitucional, ao mesmo tempo em que dependia de características individuais, físicas e psicológicas, a saúde também dependia “do ambiente social e econômico, tanto daquele mais próximo das pessoas, quanto daquele que condiciona a vida dos Estado”, de modo que ninguém pode ser individualmente responsável por sua saúde (DALLARI, 2008, p. 12).

Conforme esse conceito, o aparecimento de doenças pode estar ligado de maneira mais direta a características e fatores individuais, ainda que não deixe de apresentar traços que o liguem à organização social ou política. Assim manifesta-se Dallari (2008, p. 12):

A maior força dos fatores e características ambientais, econômicas e sociopolíticas fica evidente nas doenças transmissíveis, onde existe uma ameaça à saúde de toda a população e as pessoas individualmente pouco podem fazer para se protegerem, pois ainda que suas condições físicas e psicológicas possam tornar mais fácil ou dificultar seu adoecimento é fácil perceber a predominância da organização social, nacional e global, produzindo doenças. Na realidade, existe um *continuum* na noção de saúde, que tem em um de seus polos as características mais próximas do indivíduo e, no outro, aquelas mais diretamente dependentes da organização sociopolítica e econômica dos Estados.

Em consequência disso, ressalta-se que a então nova CF/88 elevou a saúde à condição de dever do Estado, pois se verifica que cuidar da saúde deve incumbir a todas as esferas de poder político da Federação (DALLARI, 2008). Fazendo um panorama desse direito dentro da Carta Magna, tem-se que o artigo 6º garante ao direito à saúde a posição como direito social, em que se dispõe: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988, p. 1).

Por sua vez, o artigo 196 afirma que:

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e

ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, p. 1).

Ou seja, a saúde é um direito de todos que deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas que visem reduzir o risco de doença e outros agravos, tal como deve ser de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, constituindo um direito público subjetivo tutelado constitucionalmente (BRASIL, 1988; DALLARI, 2013).

Daí surgiu também a noção de Cobertura Sanitária Universal (CSU), indicando o acesso de todos aos serviços de saúde dos quais as populações precisam, sem acarretar o risco de empobrecimento aos seus usuários (BARROS; DELDUQUE; SANTOS, 2016). A palavra “cobertura” para a setorial saúde pode indicar:

[...] (i) o alcance de uma medida sanitária e está associada ao cumprimento da prestação positiva de saúde, com seu acesso e uso; ou, (ii) a possibilidade de obter uma prestação positiva, que pode ou não se realizar por abstenção do uso ou pela incapacidade de obtenção (BARROS; DELDUQUE; SANTOS, 2016, p. 54).

Em outras palavras, a primeira concepção, de que cobertura que se associa ao cumprimento da prestação positiva de saúde, se torna mais complexa na medida em que inclui a disponibilidade para o acesso e o uso e deixa de impor barreiras para a efetivação do direito à saúde. Está, então, atrelada aos sistemas universais de saúde (BARROS; DELDUQUE; SANTOS, 2016).

Na segunda concepção, em que há oferta de prestação positiva de saúde mediante o cumprimento de condições, o direito à saúde dependerá da possibilidade de que se ultrapassem barreiras. Atrela-se à oferta condicionada, estando mais íntima dos sistemas privados de saúde (BARROS; DELDUQUE; SANTOS, 2016).

É nesse contexto de proteção ilimitada que a integralidade se apresenta enquanto um importante princípio do direito à saúde, segundo o qual o dever do Estado não pode se mitigar ou se dividir, uma vez que a saúde, como bem individual, coletivo e de desenvolvimento, pressupõe uma abordagem integral que a envolva em todos os seus aspectos (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010).

Prevenção, tratamento, integração social são exemplos de faces de um mesmo bem jurídico, a saúde, que depende dessa completude para ser alcançada e concretizada. Então todas as medidas preventivas e reparadoras que estejam ao alcance da geração atual devem ser

possibilitadas para que as condições sanitárias sejam adequadas para todos (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010).

Ainda através da leitura da segunda parte do artigo 196, é possível depreender a preconização da garantia da saúde a todos, universalmente e igualmente. Essa acepção condiz com todo o contexto de proteção afirmado no *caput* do artigo 5º e artigo 19, in III da CF/88 que veda a distinção no tratamento dispensado pelos entes da Federação a cada indivíduo. Essas disposições são, portanto, absolutamente coerentes com o sistema constitucional que possibilitou a elevação da saúde ao patamar de direito fundamental, tornando-a intrínseca ao conceito de dignidade do ser humano (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010).

A universalidade e a igualdade são conceitos bem próximos, pois ambos são a concretização do princípio da isonomia e se referem à necessidade de um acesso amplo aos serviços e ações de saúde pública por todos os cidadãos, com especificidades passíveis de distingui-los. A universalidade afirma que o direito à saúde deve ser destinado ao ser humano enquanto gênero, não podendo se limitar a um grupo, categoria ou classe de pessoas (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010).

Dallari e Nunes Júnior (2010) asseguram que esse princípio foi ainda realçado na parte final do artigo 196 da Lei Maior por razões históricas, pois, conforme também se examinou no decorrer deste tópico, no período antecedente à sua promulgação, a prestação de saúde foi concebida como prestação previdenciária. Seu acesso era possível apenas aos que contribuía para previdência, resultando em um grande número de pessoas menos favorecidas que não faziam jus ao atendimento, daí porque a necessidade e importância de se afirmar e buscar um acesso universal (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010).

A Constituição ainda estabelece a saúde enquanto um direito fundamental (art. 1º, inciso III), e é exatamente esse caráter fundamental que dá suporte fático à obrigação do Estado de executar o dispositivo constitucional (DELDUQUE, 2010).

No artigo 23, II, a saúde foi enumerada entre as competências comuns à União, aos estados, ao Distrito Federal (DF) e aos municípios, sendo prevista também a competência legislativa concorrente sobre a proteção e a defesa da saúde, limitando-se à União o estabelecimento de normas gerais, cabendo aos estados e aos municípios a suplementação, conforme artigo 24, XII e artigo 30, II.

Nota-se que a CF/88 não isentou qualquer esfera de poder da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde da população, atribuindo a responsabilidade para a União, estados, DF e municípios (DALLARI, 2008). Essa matéria, porém, será melhor delineada no próximo capítulo.

Dos artigos analisados, depreende-se que a concepção adotada pela CF/88 sistematiza a definição adotada pela OMS e robustece a saúde enquanto um conceito para além da ausência de doença ou enfermidade.

Abandona-se a perspectiva da saúde como coibição da propagação de doenças, dando-se ao Estado a obrigação de garantir a formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação. A saúde torna-se um dever constitucional do Estado, representando um direito social efetivo pautado em princípios jurídicos, cujo acesso deve ser para todos, é universal, pertencentes aos brasileiros e estrangeiros que assim necessitarem, e gratuito, visto que a finalidade é promover o direito (PRADO, 2012).

Compete, então, ao Estado garantir a saúde do cidadão — individualmente — e da coletividade — publicamente — por meio das políticas públicas. Estas são compreendidas como ações do governo divididas em atividades diretas de produção de serviços pelo próprio Estado e em atividades de regulação de outros agentes econômicos; ou enquanto conjunto de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam atividades governamentais referentes ao interesse público (LUCCHESI, 2004). Portanto, são formalizadas, legitimadas, implementadas e controladas pelo poder público (SCHNEIDER, 2005). Por meio destas, espera-se assegurar igualmente e de maneira justa o acesso à saúde.

Adotando essa concepção que exige a realização de políticas públicas que tenham como finalidade a redução do risco de doenças e outros agravos e o acesso universal igualitário a ações para sua promoção, proteção e recuperação, a CF/88 organizou o SUS, exigindo que todas as ações e os serviços de saúde integrassem uma rede com apenas uma direção em cada esfera de governo. Essa rede deveria prestar integridade de atendimento às necessidades de saúde, organizada em diferentes níveis de complexidade das ações e dos serviços de saúde, hierarquicamente. O SUS deveria ser financiado pelo orçamento da seguridade social e das respectivas esferas de governo (DALLARI, 2008).

Para a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, conhecida popularmente como “Lei do SUS”, a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições para seu exercício de forma plena, garantindo-a a partir da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que tenham por objetivo reduzir os riscos de doenças e outros agravos, além do estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e serviços consistentes em sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1990). Percebe-se que, mais uma vez, o conceito de saúde é adotado como algo para além da ausência de doença.

Ainda ratificando a necessidade da garantia do direito à saúde por todos, a Constituição também reconhece que as pessoas físicas e jurídicas de direito privado têm liberdade para atuar na área da saúde, declarando em seus artigos 197 e 199 a liberdade de atuação da iniciativa privada na execução das atividades sanitárias (DALLARI, 2008).

Entende-se, nos dias atuais, através de todo o escopo do ordenamento jurídico referente a questões sanitárias, que a saúde se trata de um bem público. Isso implica dizer que o consumo de serviços e práticas de saúde não é exclusivo de um indivíduo, tampouco seu uso por um indivíduo rivaliza com o consumo por outros. São exemplos de bens públicos nas ações de saúde, entre outros, a produção de conhecimentos científicos em saúde, a regulação de produtos com impacto sobre a saúde e a organização de sistemas universais de saúde (BARATA, 2009).

Resta claro que a saúde é um conceito amplo e a simples apresentação da sua construção normativa revela a complexidade do direito à saúde no Brasil (DALLARI, 2008). No entanto, a formulação desse conceito — existente em um contexto de dilemas e dúvidas — possui alguns lugares comuns de onde partem ou partiram quase todos os esforços conceituais (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010).

Tal demarcação tem sido objeto de indagações por conta dos seus elementos de definição, isto é, “completo bem-estar físico, mental e social” pode ser encarado enquanto um enorme halo nebuloso e muito da imprecisão advinda do direito à saúde decorre da própria imprecisão do conceito de saúde (DALLARI, 1988).

Assim, a saúde depende de características individuais, físicas e psicológicas bem como do ambiente social e econômico. Por isso, sob a ótica jurídica, a saúde deverá inevitavelmente implicar aspectos individuais, sociais e de desenvolvimento, motivo pelo qual esse conceito (saúde) deve carrear características de generalidade e abstração (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010).

Isso é dizer que o conceito jurídico de saúde humana deve partir dos traços comuns a todos os seres humanos, tratando-os — apenas para o fim de delineamento do juízo hipotético — como se fossem idênticos, sendo impensável conceber a saúde fora da dimensão coletiva que envolva comunidade e Estado, que, por meio de ações diversas, intervém não só em atividades prestacionais, mas no controle sanitário e de zoonoses (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010).

Dallari e Nunes Júnior (2010), no entanto, reconhecem que o conceito atual delineado pela OMS possui inegável contribuição e serve como referência à operacionalização de diversas leis que regulam a matéria sanitária, uma vez que, ao associar o conceito de saúde ao bem-estar social e psíquico, traduz a ideia do ser humano em relação com o seu meio, além de enaltecer

a saúde como um bem jurídico não só individual, mas coletivo, acenando para a necessidade da preservação presente e futura, do indivíduo e da humanidade.

Para Ramos (2012), as críticas apresentadas à definição de saúde da OMS são muito duras, porém justificadas. Para Dallari e Nunes Júnior (2010), saúde deve ser compreendida como a busca constante de tal estado. Para Scliar (2007), a amplitude do conceito da OMS acarreta críticas por ser algo ideal e inatingível, não podendo ser usada como objetivo pelos serviços de saúde, havendo também críticas de natureza política e libertária, pois permitiria abusos por parte do Estado que interviria na vida dos cidadãos sob o pretexto de promover a saúde.

Nota-se, então, que saúde é uma questão complexa, pois é um conceito difuso e multidisciplinar que não resulta apenas de fatores biológicos e genéticos, mas recebe influências socioambientais, econômicas, filosóficas, culturais e do estilo de vida ao qual a pessoa é exposta (SILVA, 2017; AÑÓN, 2009), não se tratando puramente de uma forma isolada das condições que cercam o indivíduo e a coletividade.

No entanto, mais importante do que conceituar o direito à saúde, ou apenas assegurá-lo, é possibilitar que ele seja acessado pela população. Isso porque “não se cria igualdade por Lei, ainda que não se consolide a igualdade sem Lei” (FLEURY, 1997, p. 34). Então, apesar de a Constituição assegurar a saúde como um direito universal a ser garantido pelo Estado, ainda se convive com a realidade desigual e excludente do acesso ao SUS, de modo que, para alguns autores, é possível afirmar que existe um acesso seletivo, focalizado e excludente (ASSIS; VILLA; NASCIMENTO, 2003).

As desigualdades sociais em saúde manifestam-se em relação ao estado de saúde e ao acesso e uso de serviços de saúde para ações preventivas ou assistenciais (BARATA, 2009). Isto é, esse acesso não é realizado de maneira igual por todos os indivíduos, daí a necessidade de tratar das desigualdades e discutir a equidade relacionadas à saúde que estão profundamente ligadas, nos cenários políticos nacionais e internacionais, às políticas sociais e econômicas e à fenômenos como globalização e crescimento econômico (SANCHEZ; CICONELLI, 2012).

O conceito de desigualdade estudado a partir da presente pesquisa não está reduzido apenas a diferenças entre indivíduos ou grupos de indivíduos definidos com base em características biológicas, estando repleta de conteúdo político e conotações de injustiça social e desrespeito aos direitos humanos (BARATA, 2009).

Essa desigualdade social relaciona-se a situações que implicam algum grau de injustiça, “isto é, diferenças que são injustas porque estão associadas a características sociais que sistematicamente colocam alguns grupos em desvantagem com relação à oportunidade de ser e

se manter sadio” (BARATA, 2009, p. 12), e é sob essa ótica que se busca demonstrar a necessidade de aplicação da teoria de justiça enquanto equidade ao contexto de acesso à saúde.

2.2 A teoria da justiça como equidade em John Rawls

Considerando todas as características e princípios que permeiam o conceito de saúde, tais como os abordados no tópico anterior, resta bem claro que ela possui um papel fundamental no desenvolvimento dos indivíduos dentro da estrutura social, sendo considerada um direito de todos. É inegável que sua não concretização possui fortes impactos nos planos de vida de cada cidadão.

No entanto, por prezar pela integralidade, universalidade e igualdade, espera-se que seu acesso se dê efetivamente dentro de uma democracia que busque pelos ideais de justiça, fornecendo oportunidades de acesso a todos. Mas, para compreender sua imprescindibilidade, é importante discutir aspectos essenciais da teoria de justiça aqui adotada.

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, razão pela qual leis e instituições devem ser reformadas ou abolidas se injustas, ainda que sejam eficientes e bem organizadas. Isso decorre do fato de que cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Sendo assim, a noção de justiça nega a possibilidade de se justificar a perda da liberdade de alguns por um bem maior partilhado pelos outros, não permitindo que sacrifícios impostos a uns poucos possam ter menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos (RAWLS, 2000).

Então “numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais” (RAWLS, 2000, p. 4). O intuito de Rawls é elaborar uma teoria da justiça em que se possa interpretar e avaliar as proposições que se tornaram convicções durante a tradição da filosofia política. Objetiva edificar uma teoria da justiça baseada em um acordo através dos elementos constitucionais essenciais, focando na estrutura básica da sociedade (SILVEIRA, 2011).

Para o autor, a sociedade pode ser encarada enquanto uma associação mais ou menos autossuficiente de pessoas que, em suas relações mútuas, reconhecem a necessidade de estabelecer e cumprir regras de condutas obrigatórias que especifiquem um sistema de cooperação elaborado para promover o bem daqueles que o integram. Percebe-se que ela será tipicamente marcada por identidade de interesses, visto que a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor do que qualquer um dos membros teria se cada um dependesse

de seus próprios esforços; e por conflito de interesses, considerando que as pessoas não são indiferentes em relação à distribuição de benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua e preferem perseguir seus fins com uma maior participação (RAWLS, 2000).

A partir disso, exige-se um conjunto de princípios que possibilite escolher entre as várias formas de ordenação social que determinam como se dará essa divisão de vantagens e que possa selar um acordo a respeito das partes distributivas adequadas — os chamados princípios da justiça social (RAWLS, 2000). Firma-se um contrato social hipotético, em que há transferência da equidade das circunstâncias para a equidade dos princípios aceitos, expondo a justiça procedimental em seu nível mais alto (SILVEIRA, 2011).

Esses princípios de justiça social “fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social” (RAWLS, 2000, p. 5), e a aceitação destes é a base da legitimidade. Então, não são adequados para uma teoria geral porque exigem da estrutura básica que sejam estabelecidas certas liberdades fundamentais iguais para todos, e que as desigualdades sociais e econômicas resultem no maior benefício para os indivíduos mais desfavorecidos dentro de um contexto de oportunidades equitativas (SILVEIRA, 2011).

Por conta disso, conforme será demonstrado, defende o autor que o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, especificamente no que diz respeito à maneira que as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais, determinando a divisão de vantagens provenientes da cooperação social (SCANLON, 1973).

Ao abordar as instituições sociais, Rawls (2000) tratava da constituição política e dos principais acordos econômicos e sociais, a exemplo da proteção legal de liberdade de pensamento e consciência da propriedade particular no âmbito dos meios de produção. Essa estrutura básica “é o objeto primário da justiça porque seus efeitos são profundos e estão presentes desde o começo” (RAWLS, 2000, p. 8), composta por variadas posições sociais e homens nascidos em condições diferentes que possuem expectativas diferentes, determinadas pelo sistema político e circunstâncias econômicas e sociais, em parte.

Nessa estrutura, as desigualdades são profundas e afetam todas as possibilidades de vida dos seres humanos, não sendo justificadas através de apelo às noções de mérito ou valor, daí a necessidade de se aplicar a estas — desigualdades — os princípios, pois são supostamente inevitáveis na estrutura básica de uma sociedade (RAWLS, 2000).

Segundo Rawls (2000), a justiça em uma sociedade depende de como serão atribuídos direitos e deveres fundamentais, além das oportunidades econômicas e condições sociais que

existem em seus diversos setores. Nesse sentido, ele afirma que a ideia norteadora é que os princípios da justiça, para a estrutura básica da sociedade, são o objeto do “consenso original”.

Isto é, são esses princípios que pessoas livres e racionais que buscam promover seus próprios interesses aceitariam em uma posição de igualdade como meio de definir os termos fundamentais de sua associação, pois regulariam todos os acordos subsequentes e especificariam a cooperação social que cada um poderia assumir e as formas de governo a serem estabelecidas. É o que o autor define enquanto “justiça como equidade” (RAWLS, 2000, p. 12), como se observa no seguinte trecho:

Devemos imaginar que aqueles que se comprometem na cooperação social escolhem juntos, numa ação conjunta, os princípios que devem atribuir direitos e deveres básicos e determinar a divisão de benefícios sociais. Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações mútuas e qual deve ser a carta constitucional de fundação de sua sociedade. Como cada pessoa deve decidir com o uso da razão o que constitui o seu bem, isto é, o sistema de finalidades que, de acordo com sua razão, ela deve buscar, assim um grupo de pessoas deve decidir de uma vez por todas aquilo que entre elas se deve considerar justo e injusto. A escolha que homens racionais fariam nessa situação hipotética de liberdade equitativa, pressupondo por ora que esse problema de escolha tem uma solução, determina os princípios de justiça (RAWLS, 2000, p. 13).

Na ideia de justiça como equidade, a posição original de igualdade trata-se do estado de natureza tradicional do contrato social, sendo, portanto, entendida enquanto uma situação hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça, que tem como característica essencial o fato de que ninguém tem conhecimento de seu lugar na sociedade nem conhece sua sorte na distribuição de dotes, habilidades naturais, inteligência, força e coisas semelhantes (RAWLS, 2000). Então, na construção dessa concepção, o autor supõe que os princípios válidos seriam adotados por pessoas livres e racionais preocupadas com seu interesse em uma posição de igualdade (RAMOS, 2014).

Esses princípios seriam escolhidos sob o que o autor define por “véu da ignorância”, que tem por ideia principal estabelecer um processo equitativo a fim de que qualquer princípio aceito seja justo (RAWLS, 2000). Essa escolha seria, então, realizada através de um acordo inicial capaz de destacar um caráter específico da estrutura básica da sociedade, distinguindo-se dos demais tipos de acordos (SILVEIRA, 2011), conforme será melhor explanado posteriormente.

Essa ideia é introduzida para que se descubra que a concepção tradicional de justiça especifica os princípios mais adequados para realizar a liberdade e a igualdade, pois se considera a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre os cidadãos livres e iguais (RAWLS, 2011). A tarefa objetivada é alcançar um acordo sobre princípios relacionados

à estrutura básica, supondo que as partes viverão toda a sua vida nessa sociedade (SILVEIRA, 2011).

Para isso, o autor desenvolve seu pensamento acerca do véu da ignorância, necessário como um meio de assegurar que ninguém se favoreça ou desfavoreça na escolha dos princípios, pelo resultado da escolha, porquanto nele todos estariam em uma situação semelhante e sem a possibilidade de haver designações para favorecimento particular, sendo tudo resultado de um consenso, de um ajuste equitativo (RAWLS, 2000).

Logo, essa posição seria um *status quo* inicial apropriado e os consensos fundamentais alcançados nela seriam equitativos, daí o termo “justiça como equidade”, transmitindo a ideia de que os princípios da justiça são acordados em uma situação inicial que é equitativa. Essa justiça como equidade se inicia com uma das mais genéricas, entre todas as escolhas que os indivíduos podem fazer em conjunto, isto é, a escolha dos primeiros princípios de uma concepção da justiça que regulará “todas as subseqüentes críticas e reformas das instituições” (RAWLS, 2000, p. 14).

Nessa posição, não se permite que as partes conheçam as posições sociais ou doutrinas abrangentes específicas das pessoas que elas representam, e ignoram-se aspectos como raça e grupo étnico, sexo ou outros dons naturais como força e inteligência das pessoas, abstraindo contingências da estrutura básica porque as condições para um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais sobre os princípios de justiça para aquela estrutura têm que eliminar as vantagens que podem surgir em qualquer sociedade, como resultado de tendências sociais e históricas (RAWLS, 2003).

Essas vantagens contingentes e influências acidentais do passado não devem afetar um acordo acerca dos princípios que regularão as instituições da própria estrutura básica, no presente e futuro. A ideia é usar a posição original para representar a liberdade e a igualdade, assim como as restrições às razões apresentadas, de modo que se torna evidente qual acordo seria feito pelas partes representantes dos cidadãos (RAWLS, 2011).

A posição original funciona como uma ideia mediadora pela qual todas as convicções refletidas podem vir a se relacionar umas com as outras, independentemente do seu grau de generalidade, possibilitando maior coerência entre todos os julgamentos e permitindo alcançar um acordo mais amplo uns com os outros (RAWLS, 2011). Tal posição possibilitaria que os acordos fossem guiados por critérios razoáveis, garantindo a imparcialidade (AÑÓN, 2009).

Depois de escolhida a concepção de justiça, supõe-se que serão escolhidas uma constituição e uma legislatura para a elaboração de leis, tudo conforme os princípios inicialmente acordados. Sendo assim, a situação social de determinada realidade será justa se,

por meio desses consensos hipotéticos, houver uma vinculação por um sistema de regras que a definem (RAWLS, 2000).

Escolhida a concepção de justiça será verdade que, quando as instituições sociais satisfazem esses princípios, os que participam cooperam em termos com os quais concordariam se fossem pessoas livres e iguais, com relações mútuas equitativas, fornecendo a base para a aceitação pública dos princípios correspondentes da justiça (RAWLS, 2000).

A justiça como equidade retoma a doutrina do contrato social. Os termos equitativos da cooperação social são concebidos através de um grande acordo entre as pessoas envolvidas — cidadãos livres e iguais — nascidos em uma sociedade na qual passam toda a sua vida. Esse acordo deve ser estabelecido sob condições apropriadas, situadas equitativamente entre indivíduos livres e iguais, não permitindo que algumas pessoas possuam maiores vantagens de barganha em comparação a outras (RAWLS, 2011).

No entanto, cada um nasce em uma posição particular dentro de alguma sociedade específica, e a natureza dessa posição afeta suas perspectivas de vida, mas “na ausência de impulsos benevolentes fortes e duráveis, um homem racional não aceitaria uma estrutura básica simplesmente porque ela maximizaria a soma algébrica de vantagens” (RAWLS, 2000, p. 16), desconsiderando os efeitos permanentes sobre seus interesses e direitos básicos.

Essa posição é concebida como uma situação equitativa para as partes consideradas livres e iguais, que são informadas e racionais. Então, qualquer acordo feito pelas partes, na condição de representantes dos cidadãos, seria considerado equitativo, pois especificaria os termos justos da cooperação social entre cidadãos assim considerados (RAWLS, 2003).

Rawls defende que a justiça como equidade consiste em duas partes: a primeira, uma interpretação de uma situação inicial e do problema da escolha colocada naquele momento; e a segunda, um conjunto de princípios que, segundo se procura demonstrar, seriam aceitos consensualmente (RAWLS, 2000).

Reafirma-se que a posição original seria o *status quo* capaz de assegurar que os consensos básicos então estabelecidos sejam, de fato, equitativos, delimitando, assim, o conceito de justiça como equidade. “As concepções de justiça devem ser classificadas por sua aceitabilidade perante pessoas nessas circunstâncias” (RAWLS, 2000, p. 19), e o conceito de posição original é o que apresenta a interpretação mais adequada dessa situação de escolha inicial para os propósitos de uma teoria da justiça.

Por conta do véu da ignorância, os seres humanos racionais e livres decidiriam como seriam reguladas as relações e pretensões sociais, que seriam os princípios fundamentais de justiça na sociedade, sendo considerado como justo o que for acordado nessa situação

hipotética. Isto é, “seriam decididos os princípios de justiça mais adequados para uma distribuição de bens primários, entendidos estes como as condições e meios necessários para perseguir e promover racionalmente as concepções particulares de bem” (RAMOS, 2014, p. 167), tais como direitos, liberdades, oportunidades, bens e riquezas (RAWLS, 2011).

O resultado ideal seriam princípios que determinassem um único conjunto de princípios, sendo razoável que ninguém seja favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou por circunstâncias sociais em decorrência da escolha destes, além de impedir que inclinações e aspirações particulares ou concepções individuais sobre o bem afetem o que for acordado (RAWLS, 2000).

Não se exige uma distribuição igual através desses princípios, mas espera-se que ninguém possua menos do que receberia em uma divisão igual de bens primários e que a cooperação social permita uma melhora em termos gerais, de modo que mesmo as desigualdades existentes beneficiem os indivíduos posicionados em situação menos desfavorecida, tendo por base uma divisão igual (SCANLON, 1973).

O objetivo é excluir “qualquer princípio cuja aceitação de um ponto de vista racional só se poderia propor, por menor que fosse sua probabilidade de êxito, se fossem conhecidos certos fatos que do ponto de vista da justiça são irrelevantes” (RAWLS, 2000, p. 21). Ou seja, exclui-se o conhecimento de fatos que poderiam gerar disparidades entre os indivíduos, permitindo que se orientem através de preconceitos.

Por conta disso, é possível supor que as partes na posição original são iguais, pois todos têm os mesmos direitos durante a escolha dos princípios, podendo fazer propostas, entre outros, representando a igualdade entre os seres humanos. Portanto, segundo Rawls (2000, p. 21):

Juntamente com o véu da ignorância, essas condições definem os princípios da justiça como sendo aqueles que pessoas racionais preocupadas em promover seus interesses consensualmente aceitariam em condições de igualdade nas quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecidos por contingências sociais e naturais.

A justificativa dessas premissas é um problema da corroboração mútua de muitas considerações, do ajuste de todas as partes em uma visão singular coerente (RAWLS, 2000). Rawls afirma, então, que esse consenso na posição original seria alcançado em torno de dois princípios (RAMOS, 2014), assim delineados:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas

para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (RAWLS, 2000, p. 64).

Ambos os princípios admitem justificar direitos que podem ser interpretados como formas de favorecer as condições para que haja o exercício da autonomia, dentro de uma sociedade em que se pressupõem certos condicionamentos de justiça (RAMOS, 2014).

O primeiro deles abarca os elementos constitucionais essenciais, pois trata do acesso igualitário a liberdades e direitos fundamentais; enquanto o segundo, subdividido em duas partes, exige igualdade equitativa de oportunidades e que as desigualdades sociais e econômicas sejam governadas pelo princípio da diferença, proposto como complemento do princípio da igualdade, pois não exige a distribuição igual (RAWLS, 2003).

Tais princípios se aplicam primeiramente à estrutura básica da sociedade, governam a atribuição de direitos e deveres, regulando também as vantagens econômicas e sociais. Eles estão dispostos em uma ordem serial, priorizando o primeiro sobre o segundo, e ao item segundo do segundo princípio sobre o item primeiro, implicando que as valorações das liberdades básicas, também protegidas pelo primeiro princípio, não podem ser justificadas nem compensadas por vantagens econômicas ou sociais maiores (RAMOS, 2014).

Assim, as valorações das liberdades básicas só podem ser limitadas quando se chocam, pois não são absolutas, ajustando-se com a finalidade de formar um sistema único, que deve ser o mesmo para todos (RAWLS, 2000). Nas palavras do autor, essa prioridade do primeiro princípio sobre o segundo e da igualdade equitativa de oportunidades ter precedência sobre o princípio da diferença significa que, ao aplicar um princípio, parte-se do pressuposto de que os princípios anteriores já foram plenamente satisfeitos (RAWLS, 2003).

Essa prioridade significa que o segundo princípio deve ser aplicado no contexto de instituições de fundo que satisfaçam as exigências do primeiro princípio — o que aconteceria em uma sociedade bem ordenada. Elucidando a questão da prioridade, ela exclui compromissos entre os direitos e liberdades básicas abarcados pelo primeiro princípio e as vantagens sociais e econômicas que são reguladas pelo princípio da diferença (RAWLS, 2003).

Para Rawls (2000), a injustiça se constitui a partir de desigualdades que não beneficiam a todos. Isso porque todos os valores sociais devem ser distribuídos de maneira igualitária, a menos que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga desvantagens para todos os indivíduos.

A formulação desses princípios pressupõe que a estrutura social seja considerada como tendo duas partes diferentes em alguns aspectos — o primeiro princípio se aplicado a uma e o segundo, à outra — para que se atinjam os propósitos de uma teoria de justiça. Há

consequências resultantes do fato de os dois princípios se aplicarem a instituições: inicialmente, os direitos e liberdades básicas a que esses princípios se referem são aqueles definidos pelas regras públicas da estrutura básica, isto é, são os direitos e deveres estabelecidos pelas instituições mais importantes da sociedade que determinam se os homens são livres ou não (RAWLS, 2000).

Nesse sentido, o primeiro princípio exige que as regras que definem as liberdades básicas sejam aplicadas igualmente a todos, permitindo uma liberdade abrangente compatível com uma igual liberdade para todos. O segundo, por sua vez, insiste que cada pessoa se beneficie das desigualdades que se dão na estrutura básica, de modo que cada homem representativo definido por essa estrutura ache razoável preferir as suas perspectivas com a desigualdade às suas perspectivas sem ela, quando a observa enquanto um empreendimento em curso. Assim, os princípios devem ser especificados de modo a permitirem uma conclusão (RAWLS, 2000).

Importante ressaltar que, quando os princípios mencionam pessoas ou exigem que todos lucrem com a desigualdade, essa referência diz respeito a pessoas representativas, cuja expectativas dependem da distribuição de direitos e deveres, que ocupam as várias posições ou cargos estabelecidos pela estrutura básica, de modo que, ao aplicar o segundo princípio, seja possível atribuir uma expectativa de bem-estar a indivíduos representativos que ocupam estas posições: “Uma vez que isso se aplica a formas institucionais, o segundo princípio (ou melhor, a primeira parte dele) se refere às expectativas de indivíduos representativos” (RAWLS, 2000, p. 68).

A concepção geral de justiça não restringe os tipos de desigualdades permissíveis, apenas exige que a posição de todos seja melhorada. Assim, a ideia intuitiva da justiça como equidade é considerar que os princípios primordiais da justiça constituem o objeto em uma situação inicial definida de forma adequada, princípios estes que pessoas racionais interessadas em promover seus próprios interesses aceitariam na posição de igualdade, determinando os termos básicos de sua associação (RAWLS, 2000).

O melhor para cada indivíduo, conforme Rawls, é que os outros o acompanhem na promoção de sua concepção de bem, não importando qual seja, ou que seja exigido de todos os outros que tenham atitudes justas, podendo esse indivíduo se isentar dessa exigência sempre que queira, e é nesse sentido que os dois princípios de justiça parecem ser uma proposição razoável (RAWLS, 2000).

Nesse sentido, é possível afirmar que um sistema justo gera sua própria sustentação, pois deve ser ordenado de modo a originar em cada indivíduo membro o senso de justiça

correspondente, isto é, o desejo efetivo de agir conforme as suas regras por motivo de justiça. Isso imporia maiores restrições às instituições por conta da exigência da estabilidade e do firme critério de desencorajar desejos que entram em conflitos com os princípios de justiça (RAWLS, 2000).

Dessa forma, as instituições não apenas deveriam ser justas, como também devem ser estruturadas para encorajar a virtude da justiça naqueles que a integram, uma vez que “os princípios da justiça definem uma parte do ideal da pessoa que deve ser respeitado pelas organizações sociais e econômicas” (RAWLS, 2000, p. 288). Sintetizando, nas palavras do autor:

O ponto essencial é que apesar dos traços individualistas da justiça como equidade, os dois princípios da justiça não dependem de desejos existentes ou de condições sociais concretas. Assim, podemos deduzir uma concepção de uma estrutura básica justa, e um ideal de pessoa compatível com ela, que podem servir como um padrão para a avaliação das instituições, e como orientação geral da mudança social... A posição original é caracterizada de tal modo que a unanimidade é possível; as deliberações de qualquer pessoa em particular são típicas de todas elas. Além disso, a mesma situação se verifica para os juízos ponderados dos cidadãos de uma sociedade bem-ordenada e efetivamente regulada pelos princípios de justiça. Todos têm um senso de justiça semelhante, e, com relação a isso, uma sociedade bem ordenada é homogênea. O debate político recorre a esse consenso moral (RAWLS, 2000, p. 290-291).

A sociedade que se estrutura para promover o bem de seus membros e é efetivamente regulada por uma concepção comum de justiça é definida por “sociedade bem organizada”, que se trata de uma sociedade em que todos aceitam e sabem que os outros também aceitam os mesmos princípios de justiça, bem como que as instituições sociais básicas igualmente satisfazem esses princípios de maneira pública (RAWLS, 2000).

Isso se deve ao fato de que “a justiça como equidade é estruturada para estar de acordo com essa ideia de sociedade” (RAWLS, 2000, p. 504), e as pessoas, na posição original, cobertas com o véu da ignorância, devem supor que os princípios escolhidos são públicos, devendo avaliar as concepções de justiça em vista de seus efeitos, que são padrões reconhecidos por todo o público.

Essa sociedade bem-ordenada é também regulada por sua concepção pública de justiça, o que leva seus membros a um desejo forte e efetivo de agir conforme os princípios de justiça. Via de regra, a concepção de justiça dessa sociedade é estável, isto é, quando as instituições são justas, os indivíduos que delas participam adquirem senso de justiça correspondente, tal como o desejo de mantê-la. Essa estabilidade, um traço desejável nas concepções morais, depende de

um equilíbrio de motivos: o senso de justiça cultivado e os objetivos que possui devem ser mais fortes que as propensões para a injustiça (RAWLS, 2000).

Sob essa perspectiva, para Ramos (2014), Rawls supõe que a sociedade é uma empresa cooperativa em busca do benefício mútuo, visto que a saúde vem unicamente por meio de sua conexão com o princípio de igualdade de oportunidades. Nota-se, portanto, que, na teoria de Rawls, há um forte apelo à busca pela igualdade para estabelecer a noção de justiça.

Para examinar o que determina o alcance da aplicação das concepções da justiça, o autor distingue três níveis em que o conceito de igualdade pode ser aplicado.

O primeiro nível está ligado à administração das instituições enquanto sistemas públicos de regras. Nessa perspectiva, a igualdade é a justiça como regularidade. Relaciona-se com a aplicação imparcial e a interpretação consistente de regras conforme preceitos como o de conferir igual tratamento a casos semelhantes de forma semelhante. Esse nível de igualdade, porém, é o elemento menos discutível da ideia da justiça definida pelo senso comum.

Já o segundo nível de aplicação da igualdade, mais difícil, trata-se da estrutura substantiva das instituições. O sentido de igualdade é especificado pelos princípios da justiça, que exigem igualdade de direitos básicos para todas as pessoas. É no terceiro nível que surge a questão da igualdade. Distinguem-se as pessoas éticas por duas características: a) elas são capazes de ter uma concepção do seu próprio bem e b) são capazes de ter um senso de justiça e de agir segundo as suas determinações pelo menos em um grau mínimo (RAWLS, 2000).

Os cidadãos são vistos como iguais na medida em que se considera que todos têm, ainda que em um grau mínimo essencial, as faculdades morais necessárias para se envolverem na cooperação social e participar da sociedade como cidadãos iguais durante toda a vida. O embasamento da igualdade entre os cidadãos como pessoas está em ter essas faculdades nesse grau, ou seja, na medida em que se percebe a sociedade enquanto um sistema equitativo de cooperação (RAWLS, 2003).

A base da sociedade consiste em termos das capacidades morais e outras que propiciam a plena participação da vida cooperativa da sociedade (RAWLS, 2003). A estrutura básica da sociedade, entendida como o sistema social mais inclusivo que determina a cultura de fundo, permite desigualdades entre os indivíduos, sejam sociais ou econômicas, em função de suas origens, dotes naturais e oportunidades acidentais, o que é benéfico para a manutenção da cooperação social efetiva (SILVEIRA, 2011).

Considerando tal contexto, a função dessa teoria da justiça é regular essas desigualdades na perspectiva de vida dos seus cidadãos, decorrentes da posição original, pois, com o passar do tempo, essas desigualdades possuem efeitos cumulativos, podendo, inclusive, destruir a

possibilidade da justiça enquanto equidade. Um acordo dessa natureza, que considera situações concretas, seria um acordo efetivo que não iria além das contingências naturais e sociais, não tendo condições de especificar um critério independente (SILVEIRA, 2011).

Espera-se que “numa sociedade bem-ordenada em condições favoráveis, com liberdades básicas iguais e igualdade equitativa de oportunidades garantidas, gênero e raça não determinem pontos de vista relevantes” (RAWLS, 2003, p. 93). A justiça como equidade é uma visão igualitária que elabora uma concepção como visão autônoma que parte da ideia fundamental da sociedade enquanto um sistema equitativo de cooperação e suas ideias associadas, que — espera-se — possam ser objetos de um consenso sobreposto razoável. Esses princípios, então, são objetos de um procedimento justo.

Com base nisso, as instituições da estrutura básica são justas quando satisfazem esses princípios, os quais pessoas morais, livres e iguais adotariam em uma situação equitativa, caracterizando a justiça enquanto equidade (SILVEIRA, 2011). Portanto, percebe-se que, com a teoria da justiça como equidade, Rawls objetivava alcançar uma concepção de justiça que pudesse orientar os indivíduos para a solução de conflitos relacionados à estrutura básica da sociedade (RAWLS, 2000).

Conforme nota-se, ele parte do pressuposto de que os cidadãos são livres e detentores de liberdades básicas inerentes aos indivíduos e que a justiça nega que a perda de liberdades para alguns se dê sob a justificativa de um bem maior partilhado por outros. Em uma sociedade justa, essas liberdades são tomadas como pressupostos, e os direitos assegurados pela justiça não se sujeitam a negociações políticas ou cálculos de interesses sociais (RAWLS, 2000).

Desse modo, deve-se garantir a liberdade plena de cada indivíduo de forma igualitária, dando a este a possibilidade real de escolher e buscar uma vida adequada, desde que observados os limites dos demais indivíduos. Para isso, as instituições devem garantir a todos uma igual chance de concretização de seus planos, considerando a posição zero, inicial, de cada integrante da sociedade que possa ser privilegiado por seus talentos ou habilidades. É nesse sentido que se abordam, no próximo tópico, a importância e a necessidade de uma teoria de justiça adaptada à saúde, justificando a garantia de seu acesso.

2.3 O acesso à saúde e a justiça como equidade

O conceito de acesso à saúde envolve tanto o contato direto, tais como as consultas médicas, hospitalizações e diagnósticos, quanto o contato indireto relacionado à promoção e à prevenção da saúde. O que define, porém, o processo de utilização dos serviços de saúde é o

intercâmbio da ação do indivíduo que, via de regra, é quem faz o primeiro contato, e o profissional que o conduz no interior do sistema e torna-se responsável pelos contatos seguintes (TRAVASSOS; MARTINS, 2004).

No entanto, a definição do termo “acesso à saúde” e os seus limites conceituais se tornaram muito mais complexos considerando o agrupamento de aspectos de difícil mensuração. A terminologia em si muda em razão da concepção pressuposta e do contexto em que se insere, assim como variou no decorrer da história. Isso porque, ao longo do tempo, o conceito discutido passou a incorporar dimensões que refletem aspectos menos tangíveis do sistema e da população que o utiliza (SANCHEZ; CICONELLI, 2012).

Embora a concepção de saúde definida na Constituição considere “o processo saúde/enfermidade nas suas determinações econômicas, sociais e políticas”, os organismos governamentais, ao tratarem da saúde, têm demonstrado o dever do Estado na “necessidade de ampliação do acesso à atenção, provendo para um maior número de pessoas um leque maior e mais diversificado de ações e serviços de saúde” (GIOVANELLA; FLEURY, 1996, p. 178).

Logo, o direito à saúde não significa, por exemplo, somente o direito de acesso à medicina curativa, inclui o direito à saúde física e mental, que se inicia com a medicina preventiva através de cuidados como esclarecimento e educação da população, garantia de higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e trabalho, lazer, alimentação saudável e em quantidade necessária, além de campanhas de vacinação e outras coisas que corroboram para o bem-estar (PRADO, 2012). Isto é, envolve garantir a sobrevivência mais funcional das pessoas considerando as causas modificáveis (CURREA-LUGO, 2005).

Mas percebe-se que “acesso” é um conceito confuso, frequentemente empregado com imprecisão e pouco claro na sua relação com os demais serviços de saúde (TRAVASSOS; MARTINS, 2004). Para Giovanella e Fleury (1996), os estudos sobre acesso aos serviços de saúde utilizam da conceituação de acessibilidade formulada por Frenk, para quem acessibilidade, além da disponibilidade de recursos de atenção à saúde em determinado local e tempo, relaciona-se com as características dos recursos que facilitam ou dificultam o seu uso por parte dos potenciais clientes.

Em outros termos, considera acessibilidade como “o grau de ajuste entre as características dos recursos de atenção à saúde e as da população no processo de busca e obtenção de atenção” (FRENK, 1985 apud GIOVANELLA; FLEURY, 1996). Logo, tem a ver com a capacidade de um grupo para buscar e alcançar essa atenção. Nas palavras das autoras:

Seria necessário avaliar a disponibilidade de recursos de saúde e sua capacidade para produzir serviços; as resistências do serviço, isto é, o conjunto de obstáculos à busca e obtenção da atenção, originadas nos serviços (o que resultaria na identificação de uma disponibilidade efetiva); e, finalmente, o conjunto de características da população que permitem a esta buscar e obter atenção (poder de utilização) (GIOVANELLA; FLEURY, 1996, p. 190).

Ainda as autoras supramencionadas, ao tratarem desse termo enquanto uma categoria de análise das políticas de saúde e ao analisarem as condições de acessibilidade, adotam como abordagem teórica quatro dimensões como meio de tentar articular o referencial teórico e a definição conceitual a ser utilizada: econômica, que se refere à relação entre oferta e demanda; técnica, atinente à planificação e organização da rede de serviços; política, que se relaciona com o desenvolvimento da consciência sanitária e organização popular; por fim, simbólica, que trata do modelo das representações sociais relativas à atenção e ao sistema de saúde (ASSIS; JESUS, 2012).

Assis e Jesus (2012, p. 2868) afirmam que as diferentes abordagens acerca do termo sugerem que acesso represente “o grau de ajuste entre os serviços de saúde e a comunidade” e “a liberdade de usar serviços de saúde”, sendo representado pela disponibilidade, acessibilidade e aceitabilidade”.

Em relação à disponibilidade, ela se caracteriza por todos os fatores de um serviço específico que estejam ao alcance do usuário. No que tange à acessibilidade, tem-se os custos diretos e indiretos dos cuidados relacionados à capacidade de pagamento dos usuários. Por fim, no tocante à aceitabilidade, que inclui o subjetivo, o social e o cultural como o grau em que um determinado serviço é culturalmente seguro, defendendo que a informação é essencial para que um “potencial acesso transforme-se em uso de serviços” (ASSIS; JESUS, 2012, p. 2868).

Embora o artigo 196 seja um dos mais utilizados para fundamentar o direito à saúde, tal comando normativo costuma gerar polêmicas, sobretudo “quando confrontado à possibilidade de pessoas de maior poder aquisitivo terem acesso ao sistema” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 73). Aponta-se a ocorrência de uma eventual violação da equidade, visto que a saúde estaria voltada primeiramente aos indivíduos sem condições para arcar com seus custos.

Esse dilema, no entanto, é falso, “já que a noção de universalidade foi conjugada à de igualdade, vale dizer, o art. 196 preconiza literalmente que o acesso à saúde seja simultaneamente universal e igualitário” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 73). Não há impedimento para que uma pessoa com boa condição econômica utilize de qualquer serviço público de saúde, desde que em condições de igualdade com os demais, determinando, assim, uma situação de equidade.

Diante disso, é inegável afirmar a existência de uma conexão entre o acesso à saúde e a ideia de equidade. É nesse ponto que há um elo notável entre as ideias de universalidade, equidade e igualdade e a teoria da justiça de Rawls, a qual, de modo geral, afirma a existência de direitos que não podem ser retirados ou suprimidos pelo interesse público, inalienáveis ao indivíduo (SOUSA, 2015).

Segundo sua teoria, a estrutura básica deve permitir desigualdades organizacionais e econômicas, desde que melhorem a situação de todos, mesmo os menos privilegiados, de forma que essas desigualdades sejam compatíveis com a liberdade igual e a liberdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2000).

Isso, porém, não significa que a teoria tem certa inclinação para os menos favorecidos, mas que o sistema social de distribuição, por ele elaborado, beneficia também os privilegiados, uma vez que o favorecimento natural dos mais afortunados não é eliminado. O bem-estar destes melhora por meio do sistema de cooperação social, e os indivíduos estão dispostos a cooperar se os termos dessa cooperação forem razoáveis (RAWLS, 2000).

A importância do pensamento de Rawls está intimamente relacionada ao fato de que, para o autor, a teoria da justiça equitativa representa um conjunto de princípios normativos escolhidos como o mais imparcial para garantir o funcionamento da democracia constitucional (SOUSA, 2015).

Contudo, conforme os estudos de Ramos (2014), resta claro, em pelo menos dois pontos, que Rawls não trata com relevância da saúde na elaboração de sua teoria. Em primeiro lugar, isso se evidencia na abstração das questões relacionadas à saúde na posição originária, e em segundo, na irrelevância da saúde enquanto um bem básico a considerar.

Para De Mario (2013), com fulcro nos esboços de Daniels, Rawls não levanta uma teoria distributiva de saúde porque, para ele, ninguém está doente, isto é, a falta de condições de saúde não está dada por uma sociedade bem ordenada, porquanto nesta os indivíduos são ativos e plenos durante o curso de suas vidas.

Sendo assim, deve-se analisar com cautela em que ponto se insere a proteção desse direito e como as instituições sociais a ele relacionadas têm cumprido seu papel. É possível conceber esse pensamento a partir das proposições de Rawls, ainda que ele não desenvolva a ideia de saúde de forma específica, porque se entende que, na posição original, as partes buscam evitar quaisquer condições sociais que influenciem na fragilização do respeito próprio (RAMOS, 2014).

Então, tratando-se da saúde, mesmo se um tratamento não resultasse em efeitos adversos perceptíveis nos menos favorecidos, seria possível considerar esse fato enquanto desigualdade ao respeito próprio, daí a justificativa de um direito ao acesso igualitário (RAMOS, 2014).

O autor também trata dos bens primários, compreendidos como coisas que o indivíduo racional presumivelmente quer, dada as necessidades destes para o bom seguimento dos seus planos de vida, tais como direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza. Diferencia ainda aqueles dos bens naturais, pois estes últimos não são definidos em escala de importância ou do modo que deveriam ser tratados ou distribuídos dentro da sociedade, sofrendo influência da estrutura básica (RAWLS, 2000).

Rawls demonstra, em seus estudos, a não atribuição de prioridade às liberdades de forma geral e absoluta como valor principal de um sistema político e social de justiça. Quer dizer, ele não defende um ideal moral abrangente, mas sim destaca que os princípios que apresenta consubstanciam uma concepção mais ampla de justiça, em que todos os valores sociais devem ser distribuídos igualmente, a menos que a distribuição desigual de um ou da totalidade desses valores se dê em benefício de todos (PARANHOS *et al.*, 2018).

Apesar de se esquivar de esmiuçar o alcance dos bens naturais, quando inclui os serviços de cuidados em saúde como um bem social, o teórico demonstra adotar a ideia de que “as instituições devem proteger a saúde a fim de salvaguardar o leque de liberdades que sua teoria defende, assim como as oportunidades que as pessoas devem ter” (PARANHOS *et al.*, 2018, p. 1007).

Considerando essa lógica, Daniels (1985) fundamenta um direito à saúde enquanto uma questão de justiça, estendendo a aplicação da teoria de John Rawls, pois acredita que esta possui os elementos necessários para estabelecer uma distribuição equitativa de saúde, destacando que “os cuidados em saúde têm o papel moral de garanti-la e, assim, proteger as liberdades e oportunidades de vida das pessoas” (PARANHOS *et al.*, 2018, p. 1007).

Ele compreende a saúde como um bem valioso a todos os indivíduos não importando suas concepções de bem ou preferências, porque a saúde influencia a concretização dos planos racionais de vida (DANIELS, 2008). Destaque-se que vários aspectos importantes da justiça como equidade foram preservados com essa extensão à saúde.

Em primeiro lugar, o fato de que ambas se referem a bens que não são igualmente distribuídos, daí porque o argumento construído por Rawls sobre a educação permite incluir a saúde em sua teoria. Em segundo lugar, tem-se o nível de abstração por meio do qual se definem as necessidades em saúde, o que permite que o uso do artifício de um leque normal de oportunidades tenha o efeito da imposição de um véu da ignorância que ocasione o necessário

para o acesso a informações essenciais para a tomada de decisão em saúde. Por fim, o terceiro aspecto seria que, segundo Daniels, manter as instituições e sistemas de saúde sob o princípio da oportunidade deve ser visto como uma forma de manter a abordagem o mais próximo possível da própria teoria (DE MARIO, 2013).

Daniels inclui entre as instituições garantidoras de igualdade equitativa de oportunidades aquelas responsáveis por prestar assistência à saúde, considerando que tanto doenças quanto deficiências restringem as oportunidades que seriam abertas aos indivíduos. A proteção da saúde, em todas as suas formas, contribui para manter, em um nível próximo da normalidade, as capacidades dos beneficiários (AÑÓN, 2009). Sendo assim, é imprescindível compreender as correlações entre os resultados de saúde e as desigualdades sociais para tratar de questões fundamentais sobre a política social e a justiça distributiva (MACHADO, 2015).

Sintetizando, Daniels (1985) defende o seu posicionamento quanto à teoria de Rawls argumentando que poderia simplesmente adicionar os cuidados de saúde à lista dos bens primários. Então, seu principal fundamento para a extensão da teoria de Rawls é afirmar que a ausência de saúde restringe o leque de oportunidades dos indivíduos, impactando em suas expectativas de vidas (AÑÓN, 2009), conforme se demonstrará.

Essa referência à saúde deve ser compreendida como uma forma prática de caracterizar o funcionamento de ações que afetam a saúde da sua população e distribuição, ampliando o leque de ações desde a prestação de cuidados de saúde até o atendimento do conjunto mais amplo de necessidades de saúde (DANIELS, 2008).

Então, a saúde deixa de ser vislumbrada apenas enquanto um bem primário, passando a ser tratada de forma vinculada ao princípio de igualdade equitativa de oportunidades, na medida em que esta é fundamental para garantir a participação dos indivíduos dentro da sociedade, permitindo a concretização de suas expectativas, daí porque ser tratada como uma questão de justiça (DE MARIO, 2013). Em outras palavras, a saúde é tratada em seu sentido amplo e com status moral especial a ser protegido pelos princípios de liberdade, diferença e igualdade de oportunidades (PARANHOS *et al.*, 2018).

Em seus estudos, De Mario (2013, p. 59) chega à conclusão de que, para Daniels, uma sociedade que não afirma aos seus integrantes condições de uma vida saudável será injusta, uma vez que não garantirá “a todos as mesmas condições e oportunidades para realizarem de suas vidas algo valoroso, nem de desenvolverem as condições necessárias para se tornarem plenos e cooperativos”.

Percebe-se, dada a importância atribuída pelo autor a esse direito, que o conceito de saúde é composto de diversos elementos que busquem atendê-la da maneira mais completa

possível. Ao analisar as exposições de Daniels (2008), fica claro que, em um primeiro momento, ele entendia saúde apenas como ausência de doença, garantida através de uma gama de serviços sociais e de saúde, tais como: nutrição e abrigo apropriados; um lugar saudável para morar e trabalhar que atenda a todas as exigências sanitárias; atividades físicas, incluindo descanso e lazer; serviços de prevenção, cura e reabilitação da saúde e serviços pessoais e de saúde que deem suporte aos serviços médicos.

No entanto, posteriormente, o autor acrescenta na elaboração de suas ideias uma nova argumentação, tornando ainda mais adequado o conceito de saúde, a qual, conforme assegura o autor, demanda uma série de bens e serviços necessários para a manutenção dos indivíduos, o que ele define por “necessidades em saúde” (*health needs*). Sua ideia é ampliada ao conceber a saúde como um fator integrado a outras determinantes sociais (DE MARIO, 2013).

À vista disso, determinados bens e serviços são necessários também para manter as diferentes opções de planos de vida desejadas para si por pessoas razoáveis, fato que também depende de características de uma sociedade, sua história, suas condições materiais de bem-estar, seu desenvolvimento tecnológico e sua cultura (DE MARIO, 2013). Saliente-se que Daniels (2008) define como leque de oportunidades esse conjunto de planos de vida que cada indivíduo razoável provavelmente desenvolverá para si, que são determinados por meio de uma noção socialmente relativa.

O autor ressalta que, embora a sua extensão da teoria de Rawls recaia sobre o princípio de igualdade equitativa de oportunidades, deve-se considerar uma determinada modificação na concepção de oportunidade, como se nota no seguinte excerto:

“Manter o funcionamento normal por meio do acesso a bens e serviços de saúde possui um efeito particular e limitado acerca das parcelas individuais do leque normal. Isso permite que sejam desfrutadas as parcelas a que têm acesso, por seus talentos e habilidades, neste leque considerando que esse acesso não é restringido por outras desvantagens sociais especiais. Isso não sugere que devemos eliminar ou nivelar diferenças naturais que funcionam como um delimitador da porção do leque normal ao qual os diferentes indivíduos terão acesso. Mas, quando diferenças entre talento e habilidades resultam de patologias, e não de uma variação normal, devemos empreender, de acordo com nossos recursos, esforços para corrigir os efeitos da ‘loteria natural’” (DANIELS, 2008, p. 45, tradução nossa)¹

¹ No original: “Maintaining normal functioning by meeting health needs, including providing health care, has a particular and limited effect on individuals’ shares of the normal range. It lets them enjoy that portion of the range to which their skills and talents would give them access, assuming that these too are not impaired by special social disadvantages. It does not presume that we should eliminate or level natural individual differences, which act as a baseline constraint on individuals’ enjoyment of the normal range. Where, however, differences in talent and skills are the result of pathology, not merely normal variation, we should make, resources permitting, some effort to correct for the effects of the ‘natural lottery’” (DANIELS, 2008, p. 45).

Isso é dizer que, para ele, ainda que os indivíduos sejam saudáveis e mesmo que a estrutura social seja justa, a parcela de cada um no leque de oportunidades não será igual. Assim, tal princípio não implica o nivelamento das diferenças que se dão por conta de defasagens de talentos ou habilidades, mas objetiva restaurar uma gama de oportunidades que possibilitariam às pessoas o mesmo acesso que seria garantido se os arranjos sociais fossem mais justos ou menos desiguais (DANIELS, 2008).

Sobre a noção de justa distribuição do leque normal de oportunidades, De Mario (2013, p. 65) faz a seguinte afirmação acerca de Daniels:

Primeiramente, é preciso considerar que determinadas patologias têm um efeito mais sério sobre a realização das expectativas dos indivíduos do que outras e que esse efeito nos proporciona uma medida crua da importância de garantirmos determinados serviços e bens em saúde, medida que tem que ser complementada com procedimentos justos para a decisão acerca da alocação de recursos; em segundo lugar, que medir o impacto da doença sobre a oportunidade tomando como referência a parcela do leque normal de oportunidades de cada indivíduo ao invés de fazê-lo com referência as restrições da doença sobre sua parcela efetiva permite-nos abstrair as concepções individuais do bem e/ou dos planos de vida de cada um. Dessa maneira, evitamos ter que decidir quem terá acesso a serviços médicos com base na ocupação profissional dos indivíduos, o que nos levaria a recorrer a concepções individuais do bem, por exemplo.

Nada obstante, mesmo uma sociedade justa que permite desigualdades significativas — supondo que a justiça permite igualdades — enfrenta o perigo de que tais desigualdades levem a um desenvolvimento desigual de expectativas, talentos e habilidades. Consequentemente, tem-se que a própria preocupação capaz de levar sociedades democráticas emergentes a abrir carreiras para talentos pode levar a um princípio mais forte. Além disso, as desigualdades permitidas pelo princípio da diferença não devem prejudicar a igualdade justa de oportunidade, permitindo que sejam trabalhadas em benefício de todos (DANIELS, 2008).

Ao aliar o princípio da igualdade equitativa de oportunidades ao da diferença, Rawls fornece a noção de “equidade democrática”, pois assegura que empregos e carreiras estão abertos a todos e que as desigualdades permitidas funcionam para a vantagem de todos, de modo que quem proporciona o desenvolvimento de talentos e habilidades é o indivíduo que o faz, considerando que já possuem a proteção de suas liberdades básicas (DE MARIO, 2013).

Sobre isso, Daniels afirma que se trata de mitigar as desigualdades e que, apesar disso, os dois princípios juntos possuem uma forte tendência à equidade pela imposição de limites às desigualdades permitidas (DE MARIO, 2013). Se a teoria geral de Rawls estiver correta, com a sua extensão para a saúde ela providenciará uma moldura justificável plausível para alcançar

uma escala de bem-estar que inclui as necessidades de saúde e a assunção de uma obrigação de justiça de proteção de oportunidades e, conseqüentemente, de saúde (DANIELS, 2008).

Ele afirma que uma maneira plausível e simples de conectar suas considerações acerca das necessidades em saúde ao índice de Rawls de bens sociais primário é ampliando sua noção de oportunidades, ao incluir as instituições de saúde entre aquelas instituições básicas envolvidas no fornecimento de igualdades justas de oportunidades porque atender às necessidades de saúde tem um significativo efeito no princípio de distribuição de oportunidades (DANIELS, 2008).

Após notar-se a conexão do funcionamento normal com o alcance de oportunidades, essa estratégia parece a maneira natural de se estender a visão de Rawls, pois é exatamente o que permite que se considere a proteção da saúde enquanto algo especial diante de outros condicionantes que também afetam a justa igualdade de oportunidades (RAMOS, 2014).

Os cuidados de saúde não correspondem a um bem social primário, assim como a comida, roupa, abrigo ou quaisquer outras necessidades básicas. As distribuições desiguais das necessidades de saúde, tal como as educacionais, são reconhecidas conectando-se as necessidades às instituições que proporcionam igualdade justa de oportunidades, porém a oportunidade continua sendo um bem social primário (DANIELS, 2008).

Tal a importância da saúde, que Daniels (2008) a inclui no grupo de cuidados que protegem a justa igualdade de oportunidades, compatível com o objetivo das instituições centrais que buscam a garantia de oportunidade, fator estrategicamente importante considerando que o bem-estar de uma pessoa será medido, na maior parte, de acordo com os bens primários que acompanham esses serviços e empregos. Via de regra, compreende-se que, quanto melhor o nível econômico e educacional de uma pessoa, mais longa e saudável ela viverá (DANIELS, 2008).

Logo, não é suficiente simplesmente eliminar as barreiras formais ou legais, sendo necessária a busca pelo aumento de oportunidades daqueles que estão em desvantagem por fatores sociais. Ressalta-se que quaisquer vantagens de nascimento das loterias naturais e sociais são moralmente arbitrárias porque não são merecidas. Por isso, consentir que determinem as oportunidades individuais é tornar os resultados também arbitrários (DANIELS, 2008).

Isso implica afirmar que “a justa igualdade de oportunidades não significa que as diferenças individuais deixam de conferir vantagens; em vez disso, as vantagens são limitadas

pelo princípio da diferença e trabalham em prol dos que estão em pior situação”² (DANIELS, 2008, p. 58, tradução nossa).

A teoria de Rawls tem por estratégia mostrar que um contrato social deverá não apenas justificar a escolha de liberdades básicas iguais, mas também a escolha de princípios para garantir a igualdade de oportunidades e limitar as desigualdades para aqueles que trabalham com o objetivo de tornar a situação daqueles que possuem o menor quinhão a mais justa possível. Essa abordagem, pensada para desenvolver respostas a questões gerais sobre justiça social, promove princípios para uma justa distribuição dos determinantes sociais da saúde, fortalecendo tal ideia mesmo que Rawls evite falar diretamente acerca de doenças, o que por si só permite estender a teoria ao mundo da doença e da morte prematura (DANIELS, 2008).

Analisando-se o objetivo das políticas públicas de saúde e da medicina, conclui-se que sua finalidade é assegurar que a saúde das pessoas tenha seu funcionamento normal sob uma limitação razoável de recursos. Isso contribui para que, de uma maneira limitada, mas significativa, o leque de oportunidades acessível aos indivíduos seja protegido, permitindo que se veja o princípio garantidor da igualdade equitativa de oportunidades como uma forma adequada de governar a distribuição de serviços de saúde. Essa extensão da teoria de Rawls também sugere que o status de saúde deve ser incorporado ao índice de bens primários (DANIELS, 2008).

Pode-se afirmar que uma sociedade justa é aquela que pode prover a todos os indivíduos um alto grau de liberdade para escolher, entre as opções de vida disponíveis, aquelas que mais se ajustem à concepção de “vida boa”. Por conta disso, a meta de qualquer política equânime não deve ser apenas a de igualar o estado de saúde para os diferentes grupos sociais, mas mais que isso, buscar a igualdade de oportunidades de saúde. O contexto social determina a cada indivíduo a sua posição e, por consequência disso, determina também a oportunidade de saúde conforme exposições do indivíduo a condições nocivas ou saudáveis, de acordo com situações distintas de vulnerabilidade (BARATA, 2009).

A saúde, portanto, tem um status moral especial que não se trata da questão do cuidado, mas que é tomado em seu sentido amplo o suficiente para incluir os seus potenciais determinantes, sendo essencial protegê-la (PARANHOS *et al.*, 2018). Conclui-se que, para Daniels, a saúde tem importância moral porque a proteção do funcionamento normal ajuda a proteger as oportunidades dos indivíduos integrantes das sociedades. Assim, uma desigualdade

² No original: “Fair equality of opportunity does not mean that individual differences no longer confer advantages; rather, the advantages are limited by the difference principle and work to the advantage of the worst off” (DANIELS, 2008, p. 58).

em saúde pode ser considerada injusta quando resulta de uma injusta distribuição dos determinantes sociais de saúde (DE MARIO, 2013).

Para ele, resta evidente que se deve tratar a saúde com importância por conta de sua forte influência no leque de oportunidades dos indivíduos. Esses obstáculos ao funcionamento normal afetam as capacidades dos indivíduos, constituindo a proteção à saúde enquanto obrigação social (AÑÓN, 2009; DANIELS, 2008).

Corroborando com esse ponto de vista, afirma Barata (2009) que, entre os princípios para ação política, devem estar o compromisso ético com a equidade; a preocupação com todo o gradiente de desigualdades, e não apenas com os extremos da distribuição ou diferenças individuais e a atuação na vida cotidiana, considerando ser nesta que se experimenta o impacto da estrutura social (BARATA, 2009).

É imprescindível buscar por um sistema de proteção de saúde capaz de possibilitar às pessoas iguais oportunidades para gozar do mais alto nível possível de saúde. Uma consideração acerca da saúde justa deve ajudar a determinar quais desigualdades na saúde são injustas e quais são aceitáveis. O reconhecimento dessas distinções colabora para remediar a injustiça e estabelecer instituições, de fato, justas. A justiça como equidade demonstra o que a justiça exige da distribuição de todos os fatores controláveis determinantes da saúde (AÑÓN, 2009; DANIELS, 2008).

3 O IMPACTO DO FEDERALISMO NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

O objetivo do presente capítulo é analisar o federalismo e os seus impactos na judicialização do direito à saúde e nas políticas públicas e a necessidade de um federalismo cooperativo. Para isso, tendo como marco teórico os estudos de Paulo Roberto Barbosa Ramos, faz-se uma análise de suas características essenciais, do seu processo de formação, para, por fim, tratar da sua relação com as políticas públicas.

3.1 Breve contextualização histórica e características essenciais do federalismo

O Estado Federal, da forma compreendida atualmente, trata-se de um fenômeno recente, historicamente reconhecido nas últimas décadas do século XVIII, em 1787, após a malsucedida implantação do tradicional modelo confederativo que demonstrou seus limites e deficiências ainda cedo (DOURADO, 2010; RAMOS, 2012). Ou seja, deu-se na tentativa de conciliar situações antagônicas (FABRIZ, 2010).

Com o fim da Guerra da Independência, foi nomeada uma nova assembleia (Convenção de Filadélfia) para elaborar a Constituição dos Estados Unidos da América, contexto que destacou um forte embate entre defensores de um governo central mais forte e defensores da manutenção da autonomia subnacional. Sendo assim, buscava-se resolver os problemas de debilidade da Confederação, que até então era o modelo seguido, sem arriscar a autonomia (SOARES; MACHADO, 2018).

Por conta disso, as treze ex-colônias britânicas, declaradas independentes em 1776, formaram um novo Estado e, diante da necessidade de preservar sua soberania, associaram-se por meio do tratado denominado Artigos de Confederação, visando à colaboração mútua, posteriormente compreendida como falha (DOURADO, 2010).

Logo, embora perdesse uma tranquila aceitação entre os estudiosos de que o federalismo nasceu nos Estados Unidos da América e experimentou seu primeiro marco legal na Constituição de 1787, antes disso, já era possível notar a sua construção, cujo estágio preliminar ocorreu em 1776, com a Declaração de Independência das Treze Colônias perante a Coroa Inglesa, permeado por um contexto de incertezas e inseguranças acerca do futuro (FABRIZ, 2010).

Uma vez que o poder central ficava permanentemente sob a dependência dos Estados que a formavam, as decisões tomadas pelo poder central frequentemente eram desconsideradas

sob justificativa da preservação da soberania. Em virtude disso, foram empreendidos grandes esforços com a finalidade de “desenvolver um modelo político, mais perfeito, capaz de atender as principais necessidades do Estado que queriam consolidar, bem como os interesses das comunidades que formariam sua população” (RAMOS, 2012, p. 11). Basicamente, era necessário conciliar dois objetivos conflitantes:

Estabelecer um poder central efetivo, a União, com capacidade para tomar e implementar decisões em todo o território nacional em um campo delimitado de competências, predominantemente militar e econômico; e garantir a manutenção de autonomia política às unidades territoriais (estados) em um amplo espectro de competências – todas aquelas não definidas no escopo de atuação limitada da União (SOARES; MACHADO, 2018, p. 18-19).

Assim, identificando a resistência dos Estados em aceitar as decisões tomadas pelo poder enquanto óbice para executar o modelo proposto, sugeriu-se uma mudança sistemática de exercício do poder político a partir da adoção de um mecanismo por meio do qual as decisões do poder central se dariam de forma independente da anuência posterior dos Estados integrantes da confederação (RAMOS, 2012).

Para isso, foi necessário estabelecer as matérias acerca das quais o poder central poderia deliberar, incidindo essa deliberação diretamente sobre os cidadãos, e definir as atribuições que seriam próprias dos Estados-membros que não se submeteriam a qualquer tipo de interferência do poder central. Logo, “tratava-se de uma fórmula que reconhecia a existência de duas esferas de poder político sobre um mesmo território” (RAMOS, 2012, p. 13).

Durante o processo de construção do novo modelo, buscou-se apoio na ideia de que todo poder emana do povo, que pode exercê-lo diretamente ou por meio de seus representantes, dispondo de delegação para exercer dentro de certas condições e limites. Esse ponto de vista mostrou-se completamente adequado às intenções dos pais fundadores, considerando que buscavam convencer os representantes dos Estados de cada confederação de que a adoção de um novo modelo que permitisse o exercício de influência direta em territórios e nos cidadãos não diminuiria suas posições ou status no contexto político (RAMOS, 2012).

Tal diminuição não se efetivaria uma vez que as atribuições do poder central seriam limitadas, ao passo que as dos Estados-membros seriam residuais e, portanto, mais abrangentes. Ademais, a legitimidade do poder central seria ainda a mesma conferida aos Estados-membros, isto é, a vontade do povo, que delegaria as atribuições a essas instâncias por meio de uma Constituição (RAMOS, 2012).

Essa construção se originou na realidade histórica dos americanos, que tiveram um processo de colonização muito peculiar respondendo às necessidades práticas, pois buscava-se “uma fórmula que compatibilizasse a existência de Estados individuais com a de um poder dotado de faculdades para bastar-se por si mesmo na esfera de suas funções” (DOURADO; DALLARI; ELIAS, 2012, p. 12).

Conforme os estudos de Ramos (2012), Londres não empreendeu esforços quando da colonização das terras americanas, de modo que os próprios ingleses migraram para essas novas terras a fim de lá construir a sua vida. Apesar disso, a metrópole ainda interferia na vida dos colonos americanos, que aceitavam essa interferência até o ponto em que não fizessem referência à cobrança de impostos e estivessem de acordo com o reconhecimento de seus direitos enquanto súditos ingleses, “não só frente aos possíveis abusos dos poderes da Inglaterra, como também frente aos excessos dos poderes locais” (RAMOS, 2012, p. 14).

Essa sistemática persistiu mesmo com o processo de independência consolidado pela Constituição de 1787, assim como a compreensão, entre os americanos, de que certos direitos são inerentes às pessoas, sendo a finalidade de qualquer poder a busca pela garantia de seu respeito (RAMOS, 2012).

Com a finalidade de afinar os rumos comuns, as Colônias se reuniram na Convenção da Filadélfia para elaborar uma Constituição que deixou claro, já em seu preâmbulo, a adoção de uma nova estrutura, a forma federativa. Ainda, pretendendo aperfeiçoar a comunhão entre as partes, culminou na criação de um órgão central, a União, que possuía a atribuição de satisfazer os interesses comuns dos Estados. Para Fabriz (2010, p. 78), “neste processo de transferência de atribuições, os Estados cederam parcela de poder – soberania – em prol da união, garantindo a manutenção de suas autonomias públicas”.

Então, tal diploma, ao estabelecer a forma de exercício dos poderes da República, delimitou atribuições e dividiu poderes observando evitar abusos, ressaltando que não haveria hierarquia entre os poderes exercidos pelo poder central e pelos Estados-membros, mas sim a divisão de tarefas para melhor desempenho das atribuições exigíveis de um grande Estado (RAMOS, 2012). Consistiu em uma tarefa de engenharia constitucional, pois a nova forma federativa manejava dois ordenamentos simultâneos, o da União e o dos entes federativos, que não raramente representavam interesses colidentes (FABRIZ, 2010).

Fica claro que o poder central não poderia alterar as decisões dos poderes executivos regionais em nenhuma hipótese, considerando que, na sistemática proposta, havia sido estabelecido um organismo para desempenhar a função de árbitro, isto é, o Poder Judiciário (RAMOS, 2012). Nesse sentido, compreende-se que:

[...] o modelo confederativo fracassou nos Estados Unidos porque não conseguiu encontrar uma fórmula política capaz de justificar o exercício pleno e eficiente do poder central, sem que isso ferisse as suscetibilidades dos Estados que formavam essa organização política, os quais não admitiam, em hipótese alguma, tornar-se um poder secundário diante de poderes principais a serem concedidos ao poder central, tudo por conta de suas características óbvias de fragilidade, quais sejam: fundar-se em um Tratado Internacional, o qual facultava a possibilidade de denúncia, quer dizer, saída unilateral de seus signatários da união; manutenção da ligação direta de seus integrantes com a comunidade internacional, não assumindo, portanto, a união essa representação; manutenção da soberania de todos os Estados que a formavam, o que inviabilizava qualquer estratégia de articulação para a manutenção dos interesses de todos os envolvidos em justa medida; impossibilidade de as decisões da união incidirem diretamente sobre os cidadãos dos Estados que a compunham, tornando o poder central um refém permanente dos Estados componentes e manutenção de relação de direito internacional entre os Estados componentes e o poder central (RAMOS, 2012, p. 15).

Com a adoção de uma nova fórmula de exercício de poder político somada à aceitação paulatina pelos Estados-membros, por meio de seus representantes escolhidos para esse fim, os Estados Unidos superaram os defeitos da organização confederativa, oferecendo ao mundo uma forma de Estado estruturada a partir de suas próprias necessidades, ou seja, do plano prático, não tendo sido uma ideia previamente racionalizada e implementada. Desse modo, atribui-se aos americanos do Norte o pioneirismo quanto ao fenômeno federal, que possui características genuínas, ainda que a denominação “Estado Federal” tenha surgido na literatura alemã, em contraste com as confederações (RAMOS, 2012).

Nota-se prontamente que, como forma de organização territorial do poder político, o federalismo se opõe ao Estado Nacional Unitário, por apresentar, ao menos, dois níveis de governo atuando sobre o mesmo território e pessoas, o que implica a descentralização do poder político para o nível subnacional. Ademais, diferencia-se do Estado Confederado na medida em que supõe a centralização de poder político no nível nacional (SOARES; MACHADO, 2018).

Assim, é possível afirmar que o federalismo ocupa uma posição intermediária no tocante à descentralização, originada do equilíbrio dialético entre a centralização e a descentralização do poder político, correspondendo à necessidade de manutenção da unidade na diversidade, sem a concentração do poder em um único núcleo (DOURADO, DALLARI, ELIAS; 2012).

Nesse sentido, ressalta-se que não há centralização absoluta nem descentralização total do poder político do Estado, pois “a organização política de cada Estado enfatiza uma tendência para maior ou menor centralização, ou seu inverso, e dela resulta a constitucionalização da forma de organização política do poder” (ROCHA, 1996, p. 165).

A descentralização seria a condição para o rompimento com as estruturas políticas tradicionais que, por serem centralizadas, impediriam o desenvolvimento das virtudes cívicas

nas sociedades latino-americanas. Atua como um instrumento de fortalecimento da sociedade civil sufocada por um Estado excessivamente centralizador e invasivo (ARRETCHE, 1996).

Então, o Estado Unitário se caracteriza pela sua centralização política, concentração exclusiva de poder soberano no governo central, assegurando relações de hierarquização e subordinação dos entes subnacionais ao governo, que toma decisões às quais todos os cidadãos se submetem, não sofrendo limitações decorrentes da atribuição de funções próprias a outras unidades de poder, ou seja, não apresentam autonomia política subnacional. Como tal, possui uma forma de organização do Estado Nacional claramente contraposta à ideia do federalismo (SOARES; MACHADO, 2018).

Em contrapartida, a Confederação possui como elemento distintivo do Estado Unitário a descentralização, diferenciando-se deste por dois aspectos, isto é, pela soberania política das unidades territoriais diante da comunidade internacional e pelo direito de secessão. Portanto, apresenta-se como a união de entes territoriais soberanos para propósitos muito específicos e relacionados a interesses compartilhados, mas que, por conta do direito de secessão, se torna frágil, pois a adesão é voluntária, o que implica a falta de capacidade de constituir um centro de poder efetivo que tome decisões para todas as suas partes (SOARES; MACHADO, 2018).

O federalismo, por sua vez, pode ser compreendido como a forma de organização do poder político no Estado Nacional que se contrapõe ao Estado Unitário e ao Estado Confederado, que pode ser caracterizada pela dupla autonomia territorial, isto é, pela existência de dois níveis territoriais autônomos de governo, um central (o governo nacional) e outro descentralizado (os governos subnacionais). Dessa forma, os entes governamentais têm poderes únicos e concorrentes governando sobre o mesmo território e povo, ao passo que a União governa o território nacional e seus cidadãos, e as unidades subnacionais governam uma parte delimitada do território natural com seus habitantes conforme atuação definida em um pacto acerca das competências (SOARES; MACHADO, 2018).

O objetivo da Federação, conforme Rocha (1996, p. 171) é “alcançar a eficácia do exercício do poder no plano interno de um Estado”, e sua ideia predominante é a:

[...] unidade na pluralidade, considerada a unidade total da ordem jurídica nacional compondo-se, coordenando-se, harmonizando-se, sistematizando-se pela diversidade de ordens jurídicas internas que se acoplam e formam uma única e que mantêm, nessa unidade sistêmica nacional, um movimento equilibrado em sua aplicação. (ROCHA, 1996, p. 172).

Nada obstante os conceitos até aqui apresentados, não significa dizer que apenas se considere enquanto federalista um modelo fechado que só pode ser adotado por um país que

siga exatamente os mesmos moldes da sistemática americana, pois são diversos os elementos caracterizadores de um Estado Federal, sendo certo que, na Constituição escrita, devem estar gravadas todas as regras essenciais da política do sistema federativo, pois esta protege a autonomia dos entes (ARRETCHE, 2013; RAMOS, 2012).

Nessa política, estabelecem-se os mecanismos que garantirão o “equilíbrio tensional perfeito” entre os entes políticos, possibilitando uma adequada desenvoltura dos poderes políticos através do correto desenvolvimento do regime democrático. Federalismo trata-se, portanto, de um conceito que transmite uma ideia essencial (RAMOS, 2012).

É imperioso destacar que, apesar da indubitável importância dos aspectos institucionais para a configuração de um sistema federativo, estes devem ser relativizados na medida em que as definições que buscam captar o fenômeno pela sua dimensão meramente formal ou institucional podem levar a conclusões equivocadas (ARRETCHE, 2013).

Adentrando nessa ideia essencial, Ramos (2012) ressalta a democracia como a amante preferencial de um legítimo Estado Federal que preenche os requisitos mínimos necessários para uma equilibrada repartição de poder, tendo em vista que estimula a participação consciente dos cidadãos nos assuntos públicos, dando espaço para uma forte comunicação direta entre entes políticos.

A existência jurídica do Estado Federal se expressa, assim, em uma constituição em sentido jurídico-político, objetivando a integração de unidades territoriais em uma organização conjunta, obedecendo a um sistema de relações jurídicas. Então, o essencial e característico de toda Constituição Federal é a previsão de um estatuto comum entre os Estados-membros, manifestado em um sistema de direitos e deveres frente à Federação, em que há a delimitação de competências entre os entes (RAMOS, 2012).

Isso não implica, porém, que o sistema americano seja o melhor modelo federalista, tampouco o único existente. Contudo, ele recebe atenção por ter sido o primeiro a apresentar tal modelo, conferindo contornos essenciais; logo, influencia fortemente os outros Estados que querem se organizar da mesma forma.

O mais importante ao delinear as características do federalismo não é que aqueles Estados que assim se definam apresentem cada uma delas, mas que, através de uma metodologia de várias esferas de entes dotados de poder político, sejam assegurados e alcançados os serviços públicos, garantindo também a liberdade (RAMOS, 2012).

Para Ramos (2012, p. 22), qualquer sistema federal deve contemplar a maioria das seguintes características:

[...] a) Constituição escrita e rígida; b) duas ordens jurídicas: central e parciais sendo estas últimas dotadas de autonomia, quer dizer, competências próprias, possibilidade de auto-organização e de escolha de seus governantes e membros do Poder Legislativo, os quais terão competência para legislar sobre as matérias fixadas na Constituição Federal, além dos recursos necessários para fazer frente as suas responsabilidades; c) indissolubilidade do vínculo federativo; d) vontades parciais representadas na elaboração da vontade geral através do Senado Federal, que deve guardar a isonomia dentre as vontades parciais; e) existência de um Tribunal Constitucional como guardião das competências e f) possibilidade de intervenção federal.

Essas qualidades estavam presentes no primeiro país que adotou a sistemática federativa, mas enfatiza-se que as organizações federadas são dinâmicas e não necessariamente devem reproduzir de forma rigorosa as mesmas características, uma vez que cada Estado possui diferentes realidades políticas. Sendo assim, para identificar se um Estado é federal, Ramos (2012) propõe um “teste de qualidade”, que se trata da identificação da presença dos elementos essenciais do federalismo em organizações estatais que buscam esse modelo.

Inicialmente, o primeiro elemento a ser constatado é a existência de uma Constituição escrita, ou seja, deve-se verificar se há uma lei fundamental que estabeleça as regras relacionadas ao poder político, tais como a divisão de tarefas entre poder central e Estados-membros (RAMOS, 2012). Nesse sentido, afirma Loewenstein (1979, p. 356):

Por medio de este pacto, los Estados miembros, hasta entonces soberanos, prescindien de ciertos derechos inherentes a su soberanía en favor del Estado central, siendo compensados al estar protegida su existencia por todos los otros miembros y gozar de las ventajas que se derivan de la vinculación a una comunidad estatal mayor. La organización federal se basa em la idea de que la constitución federal establece un compromiso entre los intereses de la unidad nacional y de la autonomía regional, creando por medio de la comprensión racional un equilibrio duradero y beneficioso para todos los participantes.

Ou seja, nessa união permanente de Estados, as relações fundamentam-se em um contrato de aliança perene, de estabilidade duradoura e proveitosa, por meio do qual os Estados-membros abrem mão da soberania, para gozar das vantagens de pertencer a uma comunidade política maior (LOEWENSTEIN, 1979).

Em seguida, deve-se verificar se essa constituição contempla mais de uma esfera de poder político, visto que há constituições escritas e rígidas, tal como a francesa, que não reconhecem essa divisão. Isso porque não é a Constituição em si que confessa o Estado em seu federalismo, mas o fato de haver nela o reconhecimento de uma ordem plural de poder político em que cada esfera constitua uma ordem jurídica — estando regrada por constituição própria, ainda que “as chamadas ordens parciais devam obedecer aos princípios estabelecidos na Constituição Federal” (RAMOS, 2012, p. 24).

Além disso, é necessário que cada Estado tenha registrado em sua Constituição esferas de atuação próprias de cada ente, isto é, as definições de competências exclusivas das esferas parciais e do poder central, sendo reconhecidas como entidades próprias, específicas, com personalidade jurídica. É essencial, portanto, que sejam definidas as competências exclusivas (RAMOS, 2012; ROCHA, 1996).

Essas competências se relacionam com outra importante característica, o registro na constituição escrita acerca das fontes de recursos para garantir o bom funcionamento e desempenho das tarefas que estão sob a responsabilidade de cada ente. Deve-se considerar que cada competência será desenvolvida conforme os recursos disponíveis e que o financiamento é uma questão crucial em um Estado composto. Apesar disso, não pode ser ignorado o fato de que os entes parciais precisam participar da elaboração da vontade geral, que se dá através do Senado Federal (RAMOS, 2012).

Nos Estados Unidos, os senadores eram indicados por meio das assembleias legislativas dos Estados-membros, mas, a partir de uma emenda constitucional que se deu no início do século XX, eles passaram a ser eleitos pelos cidadãos dos seus respectivos Estados, como os deputados. Desse modo, sendo a função deles garantir a autonomia dos entes parciais diante do poder central, o número de senadores permaneceu idêntico para todos (RAMOS, 2012).

Outra característica imprescindível ao sistema federalista é que a constituição de um Estado que assim se define deve estabelecer a indissolubilidade do vínculo federativo, a garantia de uma união eterna. Nas palavras de Ramos (2012), a Federação aposta no respeito às diferenças e, por conta disso, não admite que os Estados queiram se separar posteriormente:

Não há, segundo essa lógica, motivo para isso, tanto que lançam mão de um elemento também considerado essencial nos Estados federais, que é a intervenção federal, quer dizer, o afastamento das prerrogativas daquele Estado-membro que resolver desrespeitar as regras do jogo buscando o quebrantamento da federação (RAMOS, 2012, p. 25).

Essa é, portanto, uma hipótese excepcional autorizada pela constituição de um Estado Federal para que o poder central invada a autonomia de um Estado-membro sem que seja submetido à arbitragem do Tribunal Constitucional, que também é uma grande contribuição do sistema federativo. Esse tribunal é responsável por resolver as controvérsias estatais por meio de um órgão jurídico competente (RAMOS, 2012).

Desse modo, conclui-se, em concordância com as pesquisas de Ramos (2012), que um Estado Federal precisa de uma constituição escrita; no mínimo duas esferas de poder político — devendo as parciais ser dotadas de autonomia e possuir a possibilidade de participar nas

decisões do poder central; e um Tribunal Constitucional que atue como árbitro em caso de eventuais conflitos.

Kugelmas e Sola (2003), concordam que, para que sejam considerados sistemas federais, é necessário que se observe dois critérios. Inicialmente, devem existir subunidades políticas territoriais cujo eleitorado provém exclusivamente de cidadãos da subunidade, além de possuírem áreas de autonomia jurídica e de formulação políticas e soberana garantida constitucionalmente.

Os autores, da mesma forma mencionada por Ramos (2012), também destacam o importante papel da democracia, na medida em que defendem a necessidade de haver uma unidade política estatal que contenha uma legislatura eleita pela população estadual e tenha algumas áreas de legislação e formulação de políticas que são constitucionalmente garantidas como estando sob a soberania desse órgão estadual (KUGELMAS; SOLA, 2003).

Em outros termos, Federação democrática é aquela em que os cidadãos participam, através do voto, em duas instâncias diferentes, com atribuições e definições constitucionais nítidas sobre a natureza dessas atribuições (KUGELMAS; SOLA, 2003). Por conseguinte, o federalismo só poderá desenvolver-se genuinamente em um contexto democrático (LIZIERO, CARVALHO, 2018).

Observa-se que “o pacto federativo dos Estados Unidos da América exigiu um árduo trabalho de engenharia institucional na busca pela dupla autonomia territorial, do centro político federal (União) e das subunidades federadas (Estados)” (SOARES; MACHADO, 2018, p. 19). Além disso, estabeleceu um sistema de controles mútuos, freios e contrapesos institucionais (*checks and balances*), para limitar a atuação dos poderes centrais e subnacionais e permitir o equilíbrio do poder.

Tendo sido uma experiência exitosa nos Estados Unidos da América, apesar das mudanças substantivas em relação à sua concepção original e de sua evolução no sentido de maior fortalecimento do centro, a ideia essencial do federalismo continuou se difundindo pelo mundo, extrapolando a sua fronteira original. Países que passavam pelos mesmos problemas ou questões similares buscaram a implementação desse novo modelo para também “constituir uma União com trajetória de autonomia” (SOARES; MACHADO, 2018, p. 20).

Portanto, essa combinação de centralização e descentralização se apresentou como uma solução atrativa para conciliar interesses contrários em território nacional. Isso porque, de acordo com os estudos de Soares e Machado (2018), a literatura tem apontado como fatores de atratividade características determinadas ou situações comuns presentes em alguns países. Os referidos autores, então, destacaram três.

A primeira delas seria a “trajetória histórica de autonomia subnacional”, o que significa que outros países vivenciaram, em seu período pré-colonial e após a sua independência, situação de grande autonomia política para seus entes territoriais. Os autores exemplificam que países como México, Venezuela, Argentina, Canadá e mesmo o Brasil conformaram territórios com autonomia política durante o processo de colonização, resultando na constituição de forças centrífugas que tencionaram a centralização do poder e encontraram no federalismo uma alternativa para os conflitos territoriais de poder (SOARES; MACHADO, 2018).

A segunda característica atrativa seriam as “grandes áreas territoriais” de cada Estado, pois o federalismo é a principal alternativa para um império agregar largas áreas territoriais debaixo de um único governo. Até meados do século XX, a administração de largos territórios não era uma questão trivial; ainda atualmente, alguns defendem que governos mais próximos dos cidadãos podem ser mais eficientes e efetivos, de modo que, entre os dez maiores países do mundo em área territorial, sete optaram pelo sistema federalista: Rússia, Canadá, Estados Unidos, Brasil, Austrália, Índia e Argentina (SOARES; MACHADO, 2018).

A terceira e última característica está relacionada às “heterogeneidades culturais”, isto é, heterogeneidades linguísticas, étnicas e religiosas em um mesmo território que conforma as diversas identidades culturais e resulta em conflitos. Nesse sentido, o federalismo é visto como uma alternativa para minimizar os conflitos quando originados na base territorial, o que permite prover maior poder político a esses grupos através de governos próprios e de representação política no governo nacional (SOARES; MACHADO, 2018).

Logo, o federalismo caracteriza-se, sobretudo, por se apresentar como uma organização política que possui propriedades de dois modelos, unitarismo e confederação, mas rodeado de particularidades que se expressam de formas diferentes em cada país (LIZIERO; CARVALHO, 2018).

Para Arretche (2012, 2013), atualmente o Estado federativo típico é descrito como o resultado de um acordo entre as elites regionais (ou étnicas) que apenas aceitam unir-se ou permanecer como unidade constituintes se contarem com garantias institucionais que lhes permitam proteger-se de tentativas futuras de expropriação de seus direitos. Trata-se de um contrato com o objetivo de viabilizar a convivência de unidades políticas, que se cristaliza em instituições específicas e tem uma dimensão formal, expressa no desenho das instituições, e uma dimensão sociológica, referente à diferenciação real de uma sociedade por vários aspectos.

Dourado, Dallari e Elias (2012, p. 13) afirmam que, em sua essência, “o sistema federal compatibiliza a coexistência de unidades políticas autônomas que consubstanciam um Estado soberano representado pela União estabelecida na Constituição Federal”.

Com base no exposto, é possível concluir que, de acordo com o princípio federal, há a associação de mais de um Estado, por algum motivo, que conservam suas parcelas de soberania — autonomia — em seu âmbito interno, ainda que seja necessária a criação de um espaço próprio quando das relações exteriores. Assim, cada Estado pertencente à uma federação tem a competência de se administrar (fazer leis, ter orçamento próprio), ainda que lhe falte o poder político pertencente a soberania, tanto internamente quanto em relação aos outros Estados (LIZIERO; CARVALHO, 2018).

A concepção de federalismo não pode ser pautada em um modelo único, na medida em que a construção dele se dá conforme a estrutura de cada Estado que o expressa, sendo possível notar diversas características comuns entre eles, o que não cabe em um singular conceito generalizador (FERREIRA, 2010). Por esse motivo, é importante que sejam abordadas, ainda que brevemente, as peculiaridades desse sistema no Brasil.

3.2 O processo de formação do federalismo no Brasil

No Brasil, o federalismo recebeu significativa influência do federalismo norte-americano, ainda que com peculiaridades típicas de sua própria organização política. Ao comparar ambos os sistemas, nota-se que, enquanto nos Estados Unidos da América o federalismo se constituiu por meio da união das colônias, no Brasil o governo central subdividiu o poder que possuía entre os estados, realizando uma descentralização político-administrativa. Por conta disso, afirma-se que, no primeiro caso, houve atuação de uma força centrífuga e, no segundo, de uma força centrípeta (SOUZA, 2005).

Há mais de um século, o Brasil adotou a forma federativa de divisão territorial de governo, tendo convivido, ao longo desse tempo, com grande variedade de arranjos federativos, de autoritarismo à democracia. Durante a vigência das sete constituições que já regeram as instituições brasileiras após a República, as regras correspondentes ao federalismo integraram o corpo constitucional, daí a necessidade de estudar esse tema associado ao constitucionalismo.

A teoria constitucional busca respostas para questões políticas fundamentais referentes aos entes constitutivos da Federação. O processo de formação da Federação no Brasil seguiu o caminho inverso trilhado pelos Estados Unidos. Enquanto neste último as ex-colônias inglesas se uniram livremente com fins de formação de um novo Estado, naquele o Estado Unitário adotou um processo de descentralização territorial, formando uma federação (RAMOS, 2012; SOUZA, 2005). Nesse sentido, afirma Rocha (1996, p. 61) que os Estados Unidos da América,

quando da sua formação, não tinham história, de modo que “a Constituição criou a América”. No Brasil, porém, a Constituição sequer criou a República, “antes, foi sua criação”.

No segundo caso, o federalismo se impôs por causa de sua dimensão territorial e pelos interesses das elites regionais, notadamente a cafeeira, localizada em São Paulo, que se sentia discriminada pela monarquia, pois não tinha a participação que queria no processo de decisão política, por mais que possuísse grande poderio econômico (RAMOS, 2012).

Se originou, como preceito legal com o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, que proclamou a República Federativa na Constituição de 1981, nos seguintes termos:

Art. 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil (BRASIL, 1891, p. 1).

O federalismo brasileiro apresentou caráter dual, a exemplo do federalismo nos Estados Unidos, de modo que ficou registrado, no texto constitucional, que incumbe a cada Estado prover as expensas próprias, as necessidades de seu governo e administração. Essa proposta de federalismo se mostrava extremamente prejudicial para a maioria dos Estados da Federação que se formava, sobretudo para os da região Nordeste, pois não possuíam recursos suficientes para a manutenção da máquina pública e a prestação dos serviços necessários à sua população.

Logo, a execução da proposta de um federalismo simétrico a uma realidade heterogênea resultou em um funcionamento precário, pois “a assimetria real exigia socorro permanente do poder central requerido pelos Estados-membros mais pobres, o que gerou uma grande distorção no federalismo recém-implantado” (RAMOS, 2012, p. 29).

Não resultou, portanto, de um pacto constitucional entre esferas autônomas de poder no intuito de criar uma unidade política mais ampla, tal como ocorreu nos Estados Unidos da América. Surgiu a partir de um Estado nacional unitário estabelecido desde 1822, com a independência do Brasil diante de Portugal, resultando da ação de lideranças políticas subnacionais que conquistaram o poder nacional, estabelecendo o federalismo a partir da descentralização política. Não surgiu para “unir” (*come together*), mas para “manter a união” (*hold together*) (SOARES; MACHADO, 2018, p. 72).

Por isso, Arretche (2001) compreende que a origem das diferentes federações poderia ser compreendida em termos de um *continuum*, em que, em um extremo, se tem um modelo baseado em uma barganha fortemente voluntária em que unidades relativamente autônomas se

unem (*come together*) e, no outro, Estados unitários previamente existentes que mantêm a União (*hold together*).

Essa sistemática estabelecida pela Constituição de 1891 conseguiu se manter até o final da segunda década do século XX, quando diante da “insuportabilidade da grande centralização do poder e do papel exercido pelos Estados membros mais ricos nesse processo” (RAMOS, 2012, p. 29), foi sufocada pela revolução ocorrida em 1930, sendo substituída pela Constituição de 1934, após uma reforma política que possibilitou maior representação aos Estados-membros mais pobres, em uma tentativa de equilibrar o sistema político dominado pelos Estados mais ricos — até então, os únicos favorecidos pela reforma de Estado de 1891.

Em seu texto, a Constituição de 1934 levantou questões socioeconômicas e expandiu as relações intergovernamentais por meio da autorização para que o governo federal concedesse recursos e assistência técnica às instâncias subnacionais, assegurando recursos próprios aos municípios, por eles coletados, e o recebimento de uma parcela de um imposto estadual. No entanto, a próxima Constituição passaria a vigorar já em 1937, por força de um golpe de Estado (RAMOS, 2012).

A Constituição de 1937, por sua vez, negou completamente o ideário constitucional, na medida em que implantou um regime antidemocrático, suprimindo o sistema federativo brasileiro, concentrando o poder nas mãos de Getúlio Vargas, que substituiu os governadores por interventores nomeados por ele. Politicamente, o termo “federalismo” foi mantido, mas os poderes de administração autônoma foram perdidos (FERREIRA, 2010).

Com o final da II Guerra Mundial, frente a um novo contexto interno e internacional, esse sistema autoritário já estava enfraquecido, possibilitando o início do processo de redemocratização. Por conta disso, em 1946, foi promulgada uma nova Constituição que resgatou o sistema federalista, privilegiando mais a União e os municípios, em detrimento dos Estados-membros (RAMOS, 2012).

Essa Constituição de 1946, no entanto, só sobreviveu até o início da década de 1960, sendo substituída pela Constituição de 1967/1969, depois de outro golpe militar de Estado. Essa nova Constituição concentrou praticamente todos os poderes na União, sendo extremamente similar a um Estado Unitário, o que durou cerca de 20 anos, permitindo que muitos brasileiros fossem vítimas de violências praticadas pelas agências estatais, que não observavam os direitos humanos fundamentais.

Aos poucos, com a influência do cenário internacional e a intensidade das reivindicações populares, o regime militar cedeu o lugar de comando da nação ao poder civil,

que convocou uma Assembleia Nacional Constituinte para elaborar uma nova Constituição, promulgada em 1988 (RAMOS, 2012).

Essa nova Constituição tinha como principal objetivo limitação do poder e garantia dos direitos fundamentais, conseguindo desenvolver entre os cidadãos e muitas autoridades um comprometimento mais acentuado com a dignidade da pessoa humana mesmo sendo analítica, isto é, extensa e minuciosa ao disciplinar diversos detalhes das relações entre os entes federativos e destes com os cidadãos (RAMOS, 2012).

Claramente, esse diploma não conseguiu resolver todos os problemas presentes na sociedade brasileira, mas, apesar disso, estabeleceu um novo parâmetro de condução responsável em relação à gestão de negócios públicos e comprometimento com os direitos fundamentais da pessoa humana (RAMOS, 2012).

Por meio dela, criou-se uma sistemática federativa diferente, com viés descentralizador quanto às constituições anteriores. Nas palavras de Ramos (2012, p. 32):

É importante lembrar que sob a regência da Constituição de 1824 o Brasil não tinha federalismo, e sim Estado Unitário; sob a regência da Constituição de 1891, estruturou-se um federalismo dual, o qual sacrificou o próprio desenvolvimento do federalismo no Brasil por conta da grande disparidade econômica entre os Estados-membros, o que possibilitou grande concentração de poder na União; a Constituição de 1934 até tentou desenvolver um federalismo cooperativo, mas não vingou, já que teve vida muito curta; a Constituição de 1937 implantou um Estado Unitário; a Constituição de 1946 preferiu valorizar mais a União e os Municípios em detrimento dos Estados-membros e a de 1967/1969 implantou novamente, como não poderia ser diferente, já que o reflexo do autoritarismo, o Estado Unitário, mesmo com reconhecimento formal dos Estados-membros.

Desse modo, é possível afirmar que o mais próximo que o Brasil conseguiu chegar do federalismo genuíno foi através da CF/88, que parecia ter inventado o sistema federativo para o sistema constitucional brasileiro, mesmo subsistindo condições prejudiciais para o seu desenvolvimento, tais como a desigualdade econômica entre os Estados-membros que permite que muitos dependam dos recursos repassados pelo poder central. Até a CF/88, as Constituições que foram implantadas, promulgadas ou outorgadas, sequer questionaram a forma de governo republicano (ROCHA, 1996).

Percebe-se que a CF/88 contrasta com todas as anteriores, nos seguintes aspectos:

Estabeleceu provisão de mais recursos para as esferas subnacionais, expandiu os controles institucionais e da sociedade sobre três níveis de governo, pelo aumento das competências dos poderes Legislativo e Judiciário e pelo reconhecimento dos movimentos sociais e de organismos não-governamentais como atores legítimos de controle de governos, universalizou alguns serviços sociais, em particular a saúde pública, antes restrita aos trabalhadores do mercado formal, tendo como princípio

diretivo a descentralização e a participação dos usuários, mas, por outro lado, conservou certas características das constituições anteriores, tais como: tendência à adoção de regras uniformes para as esferas subnacionais, em especial as instâncias estaduais, dificultando a adoção de políticas próximas de suas prioridades; impossibilitando de avançar em políticas voltadas para a diminuição dos desequilíbrios regionais, apesar da existência de mecanismos constitucionais que ou não foram operacionalizados ou são insuficientes para uma efetiva política de equalização fiscal (RAMOS, 2012, p. 33).

Ainda que se identifique formalmente tal como em seu artigo 1º — ao dispor que a República Federativa do Brasil se forma por meio da união indissolúvel dos estados, municípios e do DF (BRASIL, 1988) —, nota-se que o sistema federativo brasileiro possui características significativamente complexas. Uma dessas características é evidenciada no próprio artigo supracitado, isto é, diferentemente de outros modelos federativos, no Brasil há previsão de vários centros de poder político atados de modo inalterável (RAMOS, 2012).

Merece destaque também o fato de que a República Federativa do Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito, fundamentado sobre a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1998). Tal fato reafirma a tese de que a Federação está relacionada ao ideário democrático (RAMOS, 2012).

Outro forte indicativo da formação federal brasileira pode ser verificado por meio de seu sistema de repartição de competências e de previsão de recursos, ou seja, como as funções e a autoridade para legislar se distribuem entre o governo central e os governos intermediários e locais. Não há hierarquia entre os entes federados, de modo que coube à Constituição elaborar um sistema de divisão de competências administrativas e legislativas, possibilitando que estes realizem suas devidas funções (ARRETCHE, 2013; RAMOS; MIRANDA NETTO, 2017).

Logo, a Constituição adotou um método exaustivo de definição das esferas de cada ente. À título de exemplo, à União são atribuídas competências privativas de natureza administrativa e legislativa (artigos 21 e 22); aos municípios atribuem-se competências expressas (conforme artigo 30); e aos Estado-membros, são atribuídas competências residuais remanescentes, conferindo competências expressas apenas em situações específicas (artigos 25 e 18, respectivamente).

Quanto à competência tributária, instituiu que à União caberia a competência residual e aquelas enumeradas como privativa (estabelecidas no artigo 153); aos Estados-membros, a competência de instituir exclusivamente alguns impostos, taxados no artigo 155; e ao DF e municípios, o poder de instituir impostos com base no artigo 156 (RAMOS, 2012).

No que diz respeito à saúde, a Constituição afirma que compete comumente à União, estados, DF e aos municípios cuidar da saúde e assistência pública (BRASIL, 1988) e instituiu o SUS como responsável pela promoção das ações e serviços públicos de saúde, concretizando diretamente ou através de terceiros nos termos do artigo 197 (RAMOS; MIRANDA NETTO, 2017).

Ramos e Miranda Netto (2017) destacam que a Constituição brasileira de 1988 adotou um sistema complexo de divisão a fim de buscar um equilíbrio federativo através da repartição de competências embasada na técnica de enumerar os poderes da União, definindo os poderes remanescentes para os Estados-membros e poderes definidos aos municípios, combinando isso à reserva de áreas específicas (privativas), possibilidades de delegação, áreas comuns (em que deve haver atuação paralela de todos os membros da Federação e setores concorrentes entre a União e os Estados-membros).

O objetivo primordial é estabelecer um federalismo de cooperação, em que os esforços deveriam ser combinados para melhor desempenho de certos interesses e alcance de determinados objetivos. Assim, os mecanismos de distribuição de competências combinam-se da seguinte forma: exclusivas, não delegáveis; privativas, delegáveis por meio de lei complementar; comuns ou concorrentes, o que contribui para um problema significativo do federalismo, isto é, a desigualdade econômica entre os Estados (RAMOS, 2012).

Compreender o sistema federativo brasileiro, diante de uma normatização tão exaustiva do texto constitucional, torna-se uma tarefa difícil. Há um grande número de competências entre os entes sem uma clara definição de cada esfera (KUGELMAS; SOLA; 2003; RAMOS, 2012).

Ramos (2012) conclui, através de seus estudos, que as competências e as formas de recursos para seu desenvolvimento foram inseridas de modo exagerado no texto constitucional, pois os Estados-membros acabaram prejudicados nesse processo, considerando que são entes caracterizadores de um Estado Federal e que possuem menor número de competências. Além disso, o excesso de competências atribuídas ao poder central e à posição do poder constituinte no sentido de maior descentralização gerou outros problemas, como a diminuição de recursos para a União, ao passo que ampliou as competências materiais dos estados e municípios sem oferecer recursos suficientes para que conseguissem lidar com suas determinações, favorecendo o forte papel da União no sistema federal brasileiro.

Também a CF/88 prevê a intervenção federal e um órgão do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal) que funciona como guardião desse diploma, buscando a solução de conflitos de competência entre os entes federados, pois tem capacidade efetiva para dirimir as disputas

sobre o poder territorial, e assegurando os direitos fundamentais previstos — isto é, garante o pacto federativo (ARRETCHE, 2013; RAMOS, 2012).

Logo, vê-se que a CF/88 está de acordo com as características formais de um sistema federal, não se podendo afirmar que se trata de um federalismo descentralizado, embora possua esse viés. Isso porque o Brasil enfrenta sérias dificuldades oriundas das diferenças financeiras entre os entes federados, tornando-os dependentes das transferências de recursos da União, mantendo-a em superioridade, ainda que isso contrarie o objetivo real da Constituição (RAMOS, 2012).

Ainda assim, Ramos (2012, p. 42) observa:

A Constituição continua oferecendo saídas para esse dilema, como a regulamentação de transferência de determinadas matérias que a princípio são da União para os Estados-membros ou mesmo, também por lei complementar, que seja disciplinado o processo de colaboração entre a União e os Estados-membros e destes entre si, o que não tem sido feito, agravando, por consequência, os problemas atinentes ao desequilíbrio regional diante de um processo de globalização que acaba concentrando ainda mais riqueza em espaços territoriais que apresentam as melhores condições para investimento, no caso os Estados-membros mais ricos.

A trajetória do Brasil desde a CF/88 pode ser considerada positiva política, econômica e socialmente. Em termos políticos, trouxe o período mais longo de vigência da democracia na história do país, avanços na participação social, nas instituições de controle público e aperfeiçoamentos no federalismo e políticas públicas. Em termos econômicos, apesar da instabilidade do crescimento, houve também um longo período de controle da inflação e da dívida pública. Já no campo social, ocorreram claros avanços na definição de direitos, nas políticas e nos indicadores sociais.

Além disso, o país aumentou em Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e Gini, instrumento matemático medidor da desigualdade social; registrou-se queda na pobreza e na mortalidade infantil e houve melhorias na cobertura da atenção básica e proteção à saúde da mulher e na cobertura e resultados do ensino básico (SOARES; MACHADO, 2018).

Todos esses fatores indicaram que a combinação entre federalismo e políticas sociais não foi negativa, ou seja, que o processo de descentralização territorial que estabeleceu o federalismo de forma efetiva no Brasil não foi um impedimento para outros objetivos também traçados pela então Constituição — avanços nos direitos sociais e diminuição das desigualdades sociais (SOARES; MACHADO, 2018).

É possível asseverar que essas mudanças ocorridas a partir de meados dos anos 1990 contribuíram para tais melhorias, “ou seja, a centralização jurisdicional na União propiciou as

mudanças no *status quo* federativo brasileiro, mudanças importantes para a promoção de avanços políticos, econômicos e sociais” (SOARES; MACHADO, 2018, p. 84).

O que se pode concluir é que, no Brasil, há uma forma de Estado federativo distante do modelo norte-americano. O Estado brasileiro se apresenta formalmente como uma federação formada pela união indissolúvel dos estados, municípios e DF, sendo que a inserção destes dois últimos são um significativo diferencial em relação a outros modelos federativos (RAMOS, 2012).

Resta evidente que o país possui um texto constitucional dentro do qual estão previstos vários centros de poder político ligados por um laço indelével, associado ao ideário democrático que possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Assim, diante de uma “análise meramente formal, o Brasil passa nos primeiros testes quanto ao ser uma federação” (RAMOS, 2012, p.34).

Esse modelo se compromete em assegurar para a população um leque de direitos sociais — entre eles, o direito à saúde. No entanto, por ser um direito complexo, a sua distribuição equitativa, por óbvio, não se dá de maneira simples.

Por conta disso, foi necessária uma engenharia cooperativista com a finalidade de obtenção de esforços comuns que possibilitassem o melhor acesso e maior alcance possível das políticas públicas de saúde aos indivíduos, como se verá a partir do próximo ponto.

3.3 Políticas públicas sociais e federalismo cooperativo sanitário

Antes de retratar o que seria o federalismo sanitário cooperativo, é necessário demonstrar a relação entre o modelo federalista e as políticas públicas, considerando o viés da presente pesquisa.

Em seus estudos, Soares e Machado (2018) afirmam que há, dentro e fora do Brasil, um grande volume de estudos cujo objetivo principal são as políticas públicas, aspectos inerentes da sua implementação ou resultados aos condicionantes inerentes do Estado federativo. Nada obstante, não há ainda consenso sobre a direção impressa pelo federalismo ou sobre sua relevância explicativa. Os autores então explicam:

Parte significativa dos pesquisadores acredita que federações produzem efeitos peculiares na dinâmica da formulação e implementação das políticas públicas e, nesse sentido, defendem a pertinência de tomá-las como variável independente. Porém, há também uma parte significativa que nega que o federalismo produza efeitos em uma única direção ou mesmo que possa ser tomado como um conjunto homogêneo, do que decorre em alguns casos a proposição de classificar as federações em diferentes tipos

aos quais se poderia atribuir efeitos próprios sobre as políticas públicas (SOARES; MACHADO, 2018, p. 55).

Respostas mais recentes, no entanto, apontam no sentido de que, considerando a variedade institucional e diferentes graus de descentralização, o federalismo não seja tomado isoladamente como uma variável independente, mas como um dos componentes institucionais que devem ser analisados de forma combinada a outros fatores, a fim de demonstrar a sua importância para o desenvolvimento das políticas públicas. Para melhor compreender essa afinidade, imprescindível demonstrar quais seriam os atributos institucionais mais relevantes do federalismo e outros atributos do sistema político ou elementos constitucionais com que possam interagir (SOARES; MACHADO, 2018).

Conforme brevemente trabalhado no capítulo anterior, as políticas públicas podem ser compreendidas enquanto um conjunto de disposições, medidas e procedimentos formalizadas, legitimadas, implementadas e controladas pelo poder público com a finalidade de regular atividades governamentais relativas ao interesse público — no tocante ao presente trabalho, especificamente relacionadas à saúde (SCHNEIDER, 2005). As políticas sociais baseiam-se, portanto, na premissa de que os direitos garantidos são parte da cidadania em dimensão nacional, ao passo que o federalismo busca resguardar a diversidade decisória relacionada aos assuntos de governo (SOARES; MACHADO, 2018).

Em outras palavras, as políticas sociais ou redistributivas supõem prerrogativas decisórias, a fim de que o governo central possa “tomar decisões de tirar de uns e dar a outros sem que esses, necessariamente, estejam em concordância” enquanto o federalismo limita o poder unilateral do governo. Ou seja, em ambos os casos “a realização de políticas sociais ou redistributivas tende a gerar tensões no arranjo federativo, podendo muitas vezes requerer mecanismos ou estratégias que viabilizem sua realização” (SOARES; MACHADO, 2018, p. 56).

Seguindo esse contexto, é possível identificar quatro dimensões institucionais às quais se podem atribuir variações entre sistemas federativos e estabelecer conexões causais com as políticas públicas: o grau de centralização jurisdicional da União; o federalismo partidário; o poder de revisão e arbitramento dos conflitos federativos em uma Suprema Corte de Justiça e o federalismo fiscal (SOARES; MACHADO, 2018), que serão sinteticamente apresentadas a seguir.

A primeira dimensão, centralização jurisdicional (ou legislativa), relaciona-se à capacidade do governo central de legislar temas que tratam dos interesses subnacionais, incluindo “matérias relativas ao funcionamento da administração, formação das receitas e

despesas ou obrigações para alocação e utilização dos recursos em determinadas políticas públicas”, por exemplo (SOARES; MACHADO, 2018, p. 60). Em outras palavras:

[...] diz respeito à presença de recursos institucionais para a construção de mecanismos de coordenação federativa baseados na coerção constitucional ou legal sobre as unidades constituintes ou, mesmo, na constituição de estruturas de incentivos que venham a induzir escolhas locais convergentes com objetivos nacionais. São recursos que permitiriam contornar o potencial de dispersão de poder decisório ou veto no processo decisório, próprios ao federalismo como forma de organização do Estado (SOARES; MACHADO, 2018, p. 60).

Nota-se que a configuração da centralização jurisdicional favorece a formulação e, até mesmo, a implementação de políticas públicas nacionais. Maior centralização jurisdicional é, ao mesmo tempo, maior poder da União na formulação, coordenação e direção de implementação das políticas públicas em território nacional (SOARES; MACHADO, 2018).

A segunda dimensão seria o federalismo partidário. Estados democráticos federados caracterizam-se pela existência de, pelo menos, dois níveis autônomos de poder, organizando-se e atuando com vistas à conquista de poder. Essa forma de organização e atuação caracteriza o federalismo partidário, podendo ser mais ou menos centralizado a depender do grau de nacionalização do sistema partidário; do grau de fragmentação partidária; dos níveis de coesão ou disciplina partidária na arena parlamentar e da abrangência territorial das clivagens que organizam o sistema partidário.

Assim, quando descentralizado, os partidos que disputam e ocupam os cargos de governo no nível subnacional são independentes em relação aos que disputam e ocupam cargos nacionais, fortalecendo a autonomia provincial. Quando centralizados, as lideranças ou partidos nacionais influenciam as eleições para os Executivos e Legislativos, alinhando forças políticas subnacionais a forças nacionais (SOARES; MACHADO, 2018).

A terceira dimensão seria o poder de revisão e arbitramento por uma Corte Suprema de Justiça, cuja atuação no arbitramento e regulação dos conflitos federativos verticais e horizontais seria uma das características constitucionais típicas do Estado nacional que se adequa ao modelo federal. “Mais que isso, essa atuação pode afetar decisivamente a relação entre os federalismos e as políticas públicas de diversas formas” (SOARES; MACHADO, 2018, p. 62), entre elas:

Em primeiro lugar, ao processar conflitos de competência envolvendo quaisquer esferas de poder ou níveis de governo – Executivo e Legislativo nacionais, o Executivo e o Legislativo de instâncias subnacionais, a União e os entes subnacionais ou litígios entre os entes subnacionais –, **a suprema corte consolida nacionalmente uma determinada interpretação sobre os limites da própria centralização**

jurisdicional ou dos graus de autonomia dos governos subnacionais para decidir sobre suas próprias políticas públicas. Em segundo lugar, numa federação, **a suprema corte de justiça pode atuar como instância máxima de decisão judicial, subordinando os tribunais inferiores às suas decisões, de modo a produzir um tratamento jurídico homogêneo entre governos subnacionais em questões pertinentes à diversidade de procedimentos sobre temas como tributação ou modos de desempenhar funções governamentais.** Em terceiro lugar, ao decidir sobre o direito do cidadão e sobre as correspondentes obrigações do Estado, mesmo sob um pleito particular, **as supremas cortes terminam por afirmar normas ou direitos a serem cumpridos em caráter nacional** (SOARES; MACHADO, 2018, p. 63, grifo nosso).

Como se sabe, as supremas cortes dos países diferem-se em características diversas, podendo entre elas haver uma atuação mais ou menos centralizadora resultantes de seus efeitos institucionais decorrentes do exercício do seu poder de revisão constitucional e arbítrio nos conflitos federativos, inclusive quando da regulamentação das políticas públicas. Nesse sentido, centralização implica o fato de que a Suprema Corte atua mais favoravelmente aos interesses da União, em detrimento das unidades subnacionais, ou reconhece a todo país o caráter extensivo das decisões relativas a políticas públicas. *A contrario sensu*, a descentralização significa que a Suprema Corte pode atuar na proteção das unidades subnacionais em detrimento da União, ou reconhecer o caráter territorialmente restrito das decisões referentes a políticas públicas (SOARES; MACHADO, 2018).

A última dimensão seria o federalismo fiscal, amplamente entendido como um modo de distribuir receitas e gastos públicos entre o ente nacional e os entes subnacionais de governo em uma federação. Essa dimensão possui importantes efeitos para as políticas públicas, “principalmente para aquelas cuja oferta se proponha universal e equânime em todo o território nacional, como muitas vezes ocorre com políticas sociais”. Quer dizer, os mecanismos de financiamento das políticas sociais podem favorecer ou não a universalidade e a equidade de sua oferta em todo o território nacional. Explicam Soares e Machado que isso acontece pelo seguinte motivo (2018, p. 63-64):

A divisão das competências de arrecadar e gastar, as transferências intergovernamentais de recursos e, ainda, o endividamento público são aspectos fundamentais do federalismo fiscal que podem contribuir ou não para corrigir inequidades nas condições de vida dos territórios e, portanto, das pessoas.

Logo, a estrutura do federalismo fiscal favorece o desenvolvimento de políticas públicas nacionais ao centralizar a arrecadação de recursos na União, possibilitando distribuí-los através da minimização de inequidades verticais e horizontais entre os entes federados “de forma sustentável, o que significa ter mecanismos mais perenes de distribuição de recursos e ainda,

de responsabilização fiscal” (SOARES; MACHADO, p. 64). Vale dizer que expor a proposição dessas dimensões não tem a pretensão de gerar uma tipologia exaustiva, mas de destacar aspectos importantes na análise das políticas públicas em estados federativos.

Mantendo o foco nas políticas públicas sociais, que se baseiam na igualdade de direitos em dimensão nacional, supondo a definição centralizada acerca de quais objetivos perseguir na definição desses direitos, o federalismo termina por resguardar um certo nível de diversidade decisória territorial em relação aos assuntos de governo (SOARES; MACHADO, 2018).

Isso porque os objetivos nacionais fixados para políticas sociais, no caso concreto, poderão ter sua realização condicionada a que também sejam assumidos enquanto objetivos regionais ou locais por entes governamentais autônomos, condicionando a isso sua realização, principalmente em se tratando de políticas que propõem a realização de garantias sociais plenas a todos os cidadãos. Essa variação decisória local poderia gerar distintos padrões de ofertas de benefícios ou serviços sociais — a exemplo da saúde (SOARES; MACHADO, 2018).

Isso explica o objeto deste estudo ser o contraste entre supostos efeitos restritivos do federalismo sobre as maiorias nacionais, ainda que variando entre os diversos países, e o caráter de exigência e urgência das políticas públicas em termos de equidade, homogeneidade e abrangência em todo o território. Há, na literatura pertinente, pontos de vista divergentes acerca do papel do federalismo como condição suficiente para bloquear, atrasar ou exercer qualquer outra forte influência nas políticas públicas ou restringir sua generosidade, levando maior heterogeneidade a estas (SOARES; MACHADO, 2018).

Em consequência disso, é comum encontrar autores para quem a fragmentação institucional produzida pelo federalismo, além de limitar a expansão inicial do Estado de bem-estar social, reforça a heterogeneidade social e inibe a formação de grupos de interesses nacionais, sendo prejudicial para a formação de compromisso com políticas sociais universalistas. Ao revés, também é possível encontrar autores que defendem que políticas redistributivas cabem ao governo nacional porque a descentralização das políticas sociais para os estados cria uma situação insustentável para quem disponibiliza programas efetivos (SOARES; MACHADO, 2018).

Considerando as especificidades das políticas sociais e as dimensões institucionais supracitadas, é possível destacar, resumidamente, alguns possíveis efeitos.

No que diz respeito ao grau de centralização jurisdicional, quanto mais abrangentes forem as prerrogativas da União para legislar e quanto menores os recursos de veto dos estados sobre as iniciativas legislativas do governo central, mais essas políticas sociais poderiam assumir esse caráter nacional. Quanto ao federalismo partidário, sua inexistência ou coalizões

dificultam a construção de políticas sociais de caráter nacional. No tocante ao poder de revisão e arbitramento por uma Corte Suprema, esta pode atuar no favorecimento às políticas sociais quando assume um papel centralizador e se posiciona de modo favorável à União na interpretação sobre suas prerrogativas de atuar nas políticas sociais ou posicionar-se diretamente nas questões relativas a elas. Por último, no que tange ao federalismo fiscal, o desenvolvimento de políticas sociais depende da centralização da arrecadação de recursos na União e dos mecanismos de distribuição estabelecidos para minimizar equidades verticais e horizontais entre os entes federados de forma duradoura, sendo assim, quanto maiores as desigualdades regionais do país, mais desafiador o arranjo do federalismo fiscal para garantir direitos sociais em perspectiva nacional (SOARES; MACHADO, 2018).

Os efeitos do federalismo sobre as políticas públicas não são unidirecionais, mas dependem de configurações institucionais específicas e das combinações dessas com outros elementos contextuais, tais como a “existência de clivagens étnicas de base territorial, da presença ou não de elevados níveis de desigualdade de desenvolvimento entre as unidades constituintes da federação, entre outros” (SOARES; MACHADO, 2018, p. 104).

Então, é possível que, sob determinadas configurações institucionais, ocorram restrições de interesses territoriais à formulação, desenvolvimento e, até mesmo, aos resultados territorialmente uniformes de políticas públicas de abrangências nacionais em países que adotam o sistema federativo, principalmente quando relacionadas às políticas sociais universais e equitativas (SOARES; MACHADO, 2018).

Isso, entretanto, não corresponde a todas as federações, e Soares e Machado (2018) afirmam que estudos empíricos apontam para diversos efeitos do federalismo sobre as políticas públicas, de modo que este importa de formas variadas a depender da conformação institucional do Estado, que não se limita à conformação constitucional. Destacam também que políticas sociais universais e equitativas tendem a ser favorecidas por federações cujo recursos legislativos e fiscais são centralizados, induzindo comportamentos subnacionais na oferta dessas políticas, a exemplo do Brasil.

A CF/88 ampliou a quantidade e a qualificação das matérias constitucionalizadas, remetendo à legislação complementar da União a normatização de muitos de seus dispositivos. Além disso, tornou as regras poucos custosas e expandiu matérias de competência privativa da União. Como resultado, os poderes Executivo e Legislativo nacionais concentram a determinação das preferências futuras sobre políticas públicas (SOARES; MACHADO, 2018).

Destaca-se, para fins da presente pesquisa, que o reconhecimento do direito à saúde no Brasil é recente, pois, até a promulgação da CF/88, nenhum texto constitucional se referiu

explicitamente à saúde como integrante do pacto social. Até então, os tratamentos relacionados à saúde eram considerados serviços públicos prestados pelo governo central, restritos a ações preventivas e ao exercício do poder de polícia sanitária. As atividades assistenciais só passaram a integrar a esfera de atuação do Estado a partir do século XX, e apenas como benefícios disponíveis aos trabalhadores que contribuía com o sistema previdenciário (DALLARI, 1995; DOURADO, 2010).

Atualmente, essa saúde é prestada por meio do SUS, que tem suas diretrizes consagradas no *caput* do artigo 198:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3 (BRASIL, 1988, p. 1).

A Constituição ainda estabelece entre matérias comuns da União, dos estados e dos municípios, conforme o artigo 23, II, “cuidar da saúde e assistência pública”, reforçando o papel de principal provedor aos Municípios, quando dispõe, no artigo 30, VII, que a estes cabe “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, serviços de atendimento à saúde da população” (BRASIL, 1988, p. 1).

Para Dourado (2010), no que tange às competências legislativas na área da saúde, há a explícita disposição de “proteção e defesa da saúde” entre as matérias de competência concorrente (artigo 24, XII), o que torna claro a prevalência do princípio da predominância do interesse. Assim, a União deve estabelecer normas gerais (artigo 24, §1º), “que devem ser complementadas por normas supletivas fixadas pelos estados (artigo 34, §2º), cabendo aos municípios expedir normas sanitárias suplementares e de interesse local (artigo 30, I e II)” (DOURADO, 2010, p. 81).

Vê-se que, de acordo com a Constituição, todos os entes federativos têm o dever de atuar na prestação dos serviços públicos de saúde. É inevitável concluir dessa atribuição de

competência que nenhum ente está isento da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde, que é dever do Estado e responsabilidade da União, estados, DF e municípios (DALLARI, 1995).

No mesmo sentido, as Leis nº 8.080/1990 e nº 8.142/1990, que dispõem acerca do SUS, ambas componentes da Lei Orgânica de Saúde (LOS), reafirmam os princípios constitucionais corroborando com o fato de que esse modelo institucional delimita a expressão do federalismo brasileiro na área da saúde, “reproduzindo sua disposição tríplice”. Desse modo, pode-se afirmar que “a definição das três esferas autônomas de gestão sanitária correspondentes aos entes federados estabelece uma forma de organização política que pode ser adequadamente designada *federalismo sanitário brasileiro*” (DOURADO, 2010, p. 83, grifo do autor).

Além disso, a organização sanitária brasileira segue os princípios do federalismo cooperativo a partir do momento em que exige uma atuação conjunta de todas as esferas de governo em campos específicos, de forma articulada e harmônica (DOURADO, 2010). Para Reis (2017), nesse ponto há uma clara relação entre a justiça distributiva de Rawls e os fundamentos do federalismo financeiro de cooperação, considerando que tal modelo se baseia em mecanismos de distribuição de recursos públicos fundados na solidariedade, fraternidade, liberdade e igualdade entre todos os cidadãos.

Em âmbito federal, o ideal de igualdade, na dimensão financeira, relaciona-se ao federalismo na medida em que busca a garantia da distribuição equânime de recursos públicos entre os entes federados, sem discriminações ou garantias de privilégios. Isso porque decorre da ideia de compromisso com a coletividade e de reciprocidade entre as unidades componentes da Federação, considerando que os entes políticos devem colaborar entre si para a concretização progressiva dos objetivos fundamentais do Estado. Esse princípio possui grande relevância por nortear a igualdade federativa, que pode reduzir as desigualdades sociais — por isso, deve ser efetivado nas suas máximas possibilidades. O fim último dessa cooperação é o bem de todos (REIS, 2017).

Na atual conjuntura histórica, em que os Estados nacionais têm o seu papel preponderante de promoção do bem-estar social, a colaboração mútua entre as unidades federadas para alcançar os objetivos sociais e econômicos tem sido um dos principais instrumentos de ação das federações (DOURADO; DALLARI; ELIAS, 2012). Então, importa salientar que tanto o federalismo cooperativo quando a teoria de Rawls decorrem da ideia-núcleo de fidelidade com a dignidade humana, igual cidadania, e da exigência de que seja concebida uma sociedade pautada em um sistema equitativo de cooperação social, que as

relações intergovernamentais se fundem na solidariedade, reciprocidade e fraternidade (REIS, 2017).

Pela teoria de Rawls, ao conceber a sociedade enquanto um sistema equitativo de cooperação social, acredita-se que cada pessoa deva ser tratada com igualdade para fins de acesso aos benefícios sociais, convergindo, portanto, para o próprio federalismo cooperativo, que, de maneira geral, é a adoção de um sistema equilibrado de distribuição de recursos entre os Estados-membros. O objetivo dessa distribuição é “proporcionar meios suficientes ao atendimento das necessidades coletivas, que devem ser satisfeitas pelos serviços públicos” (REIS, 2017, p. 117).

Logo, a teoria rawlsiana se mostra compatível com o perfil do Estado brasileiro que se configura nos moldes constitucionais para promoção da justiça social. É o que se pode concluir da leitura do Preâmbulo, artigo 1º, 3, e III, IV, artigo 170, *caput*, entre outros, como demonstra Reis (2017, p. 117), no seguinte trecho:

Nesses dispositivos constitucionais, aparecem expressões como “igualdade”, “justiça social”, “sociedade fraterna”, “solidariedade”, dignidade da pessoa humana, “promover o bem de todos”, “desenvolvimento nacional”, “direitos sociais”, “redução de desigualdades sociais e regionais”, “erradicação da pobreza”, “função social da propriedade”, “progresso/inclusão social”, a confirmar a compatibilidade do ideal político do estado federal brasileiro com os postulados da teoria rawlsiana.

Essa concepção da cooperação se origina da identificação de que a execução de determinadas funções públicas não pode ser atribuição exclusiva ou hegemônica de apenas um dos entes federados, por implicarem interdependência e interesses comuns (DOURADO; DALLARI; ELIAS, 2012). Nessa acepção, nem a União nem qualquer um dos entes federados pode atuar de maneira isolada, pois todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais (BERCOVICI, 2002).

Assim, na repartição de competências, a cooperação se revela dentro das competências comuns (artigo 23), por meio das quais todos os entes da Federação devem colaborar para a execução das tarefas determinadas pela Constituição. Isso é dizer que:

Não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução dessas tarefas, todas as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos entes da federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo (BERCOVICI, 2002, p. 17).

A cooperação parte do pressuposto da estreita interdependência que existe em diversas matérias e programas de interesse comum, dificultando ou impedindo a sua atribuição exclusiva

ou preponderante a um determinado ente, diferenciando as competências comuns das que são concorrentes e exclusivas (BERCOVICI, 2002).

Esse interesse comum possibilita a existência de um mecanismo unitário de decisão composto por todos os integrantes da Federação. Para Bercovici (2002), há dois momentos de decisão na cooperação. O primeiro momento se dá em âmbito federal, quando são determinadas, conjuntamente, as medidas a serem adotadas, uniformizando-se a atuação de todos os poderes estatais competentes em determinada matéria; enquanto no segundo momento, que ocorre em âmbito estadual ou regional, cada ente federado adapta a decisão tomada em conjunto às suas características e necessidades.

De modo geral, na cooperação, que tem como fonte a própria Constituição, a decisão é conjunta, mas a execução é realizada separadamente, ainda que haja a possibilidade de ser realizada conjuntamente, especialmente quando se tratar do financiamento de políticas públicas (BERCOVICI, 2002). Especificamente no Brasil, a CF/88 instituiu o federalismo cooperativo com a novidade do ingresso definitivo dos municípios como figura integrante “da estrutura federativa trina peculiar do país” (DOURADO; DALLARI; ELIAS, 2012, p. 15).

Como explicam Ramos e Miranda Netto (2017), da conjunção de ambos os modelos, federalismo sanitário e federalismo cooperativo, se originou o federalismo cooperativo sanitário, que consiste em um conjunto integrado de ações e serviços públicos de saúde oferecidos, conjuntamente, pelos diversos níveis de poder da Federação com o objetivo constitucional de garantir o direito à saúde gratuito e universal. Essa articulação visa superar o cenário de conflitos federativos.

Convalidando esse entendimento, Barata (2009, p. 107, grifo nosso) afirma que:

Além do sistema nacional de saúde com acesso universal, **é preciso que exista distribuição adequada de serviços e de equipamentos no território**, para que os mesmos possam ser utilizados pelos indivíduos que deles necessitam independentemente das condições socioeconômicas, gênero, etnia e outras particularidades.

No entanto, há fortes percalços para esse federalismo cooperativo no âmbito do direito sanitário, principalmente no tocante às desigualdades entre os entes e a dependência da transferência de recursos advindos da União.

Nesse sentido, Bercovici (2002) defende que há um grande problema derivado dessa falta de coordenação e cooperação entre os entes. O autor levanta a necessidade da discussão acerca de qual modelo de descentralização deve ser implementado, afirmando que a

descentralização das políticas públicas deve se dar de forma gradativa, a fim de evitar a ocorrência de rupturas e prejuízos para a população.

Isso é dizer que a descentralização deve ser implementada “de maneira articulada, não conflitiva” (BERCOVICI, 2002, p. 22), como vem ocorrendo na Federação brasileira. O desequilíbrio existente nos dias atuais deve ser solucionado através de uma política planejada entre os entes federados, com o objetivo de desenvolver e promover a igualdade nas condições de vida (BERCOVICI, 2002; RAMOS; MIRANDA NETTO, 2017).

É necessário reconhecer as desigualdades em saúde, e mais do que isso, compreender os processos que as produzem, identificando os diferentes aspectos que estabelecem a mediação entre os processos macrossociais e o perfil epidemiológico de diferentes grupos para que seja possível buscar formas de enfrentamento tanto no âmbito das políticas públicas quanto na vida cotidiana (BARATA, 2009).

São muitas as abordagens acerca dessa mesma temática, isso porque os problemas derivados das desigualdades em saúde são muitos, podendo refletir, por exemplo, nas questões relativas ao financiamento e à organização dos serviços de saúde (BARATA, 2009). Um dos problemas que têm refletido essa desigualdade é o aumento das demandas de saúde no Poder Judiciário, o qual tem sido utilizado como um instrumento de garantia de acesso à saúde, tema do próximo capítulo.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

Impulsionados pelas falhas do sistema público de saúde e de assistência farmacêutica no Brasil, o Judiciário, o Executivo, o Legislativo, o Ministério Público, a Defensoria Pública e diversos outros atores sociais não estatais foram mobilizados e envolvidos na judicialização da saúde, gerando respostas institucionais diversas (OLIVEIRA, 2019). Nesse sentido, o objetivo deste capítulo é, após reconstituir os caminhos da judicialização da saúde, ao longo de cinco anos, no HUUFMA, propor a mediação sanitária como um significativo instrumento para a redução das demandas judiciais.

4.1 A judicialização do direito à saúde

Ao se tratar da judicialização de políticas públicas no Brasil, a primeira associação feita relaciona-se com o direito à saúde, e, embora seja difícil precisar o início da judicialização em cada área de política pública, pode-se afirmar que, no caso da saúde, a instauração se deu com a redemocratização e a promulgação da nova CF/88 (OLIVEIRA, 2019).

Retomando as informações dos capítulos anteriores, resta claro que a saúde é parte de outros direitos, a exemplo do direito do trabalho e seguridade social, assim como é limite para o exercício de determinados direitos, tais como o direito de locomoção e associação; por fim, o direito propriamente dito é reconhecido no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CURREA-LUGO, 2005).

Mas, apesar de sua importância, a CF/88 foi a primeira a balizar a saúde em seus artigos 6º e 196, estabelecendo-a enquanto fundamental e exigindo a assunção desses deveres pelo Estado. Fato esse que representou um grande avanço social, uma vez que se trata de um fator indispensável na garantia de uma vida digna (DINIZ, 2015). Isto é, a CF/88 foi o primeiro texto constitucional no Brasil que considerou a saúde como direito pautado no acesso universal — diferente da previdência, de caráter contributivo, e da assistência social, que leva em conta situação de necessidade.

Rompendo, portanto, com um paradigma de conceito de saúde simplista, a Carta Magna, em seu artigo 196, eleva esse conceito a “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988, p. 1).

Com o abandono da perspectiva da saúde enquanto coibição da propagação de doenças, coube ao Estado a obrigação de garantir a formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação, pautados na universalidade e nos demais princípios já abordados (PRADO, 2012).

Ainda na CF/88, o artigo 197 estabeleceu o SUS enquanto o sistema responsável pela promoção das ações e serviços públicos de saúde, devendo fazê-lo diretamente ou por meio de terceiros. Porém, para que essa política de saúde seja efetiva, é necessário que o esforço cooperativo, disposto no artigo 23 da Carta Magna, seja cumprido.

Por isso, a importância de se observar a tendência constitucional ao chamado federalismo cooperativo, que sugere a efetiva conjugação de forças e recursos por parte dos entes federados para fomentar interesses e alcançar objetivos atribuídos pela Constituição ao Estado. Na cooperação, que se revela nas competências comuns, os entes não podem atuar isoladamente, mas devem exercer sua competência conjuntamente com os demais. Isso porque, considerando que não há supremacia de nenhuma das esferas na execução dessas tarefas, as responsabilidades também são comuns, de modo que nenhum dos entes pode se eximir de implementá-las, visto que o custo político recai sobre todas (BERCOVICI, 2002).

Nada obstante, apesar dos esforços da Constituição, o que se percebe na realidade brasileira são problemas que impossibilitam ou embaraçam o acesso adequado aos programas e serviços de saúde, tais como a capacidade econômica dos indivíduos para arcar com os custos dos medicamentos ou procedimentos e intervenções cirúrgicas apontados por médicos especialistas como algo necessário.

Essas desigualdades sociais de acesso à saúde vêm sendo documentadas há muito tempo, desde o século XIX, pois:

As condições políticas e sociais que surgiram com o capitalismo, em sua fase de produção industrial, foram favoráveis ao tema, seja pelas péssimas condições de vida da classe trabalhadora, seja pelo ideário político associado às revoluções burguesas. A contradição entre os valores de igualdade, fraternidade e liberdade, e a dura realidade de vida da maioria da população nos países industrializados possibilitou, aos chamados reformadores sociais, socialistas utópicos e comunistas, farto material para denunciar as injustiças sociais em vários campos inclusive no da saúde (BARATA, 2009, p. 13).

Logo, o que se nota é que se trata de uma situação complexa que possui fortes bases na estrutura social. Nas palavras de Bobbio, crê-se que o respeito e a proteção ao direito à vida e saúde sejam obrigações morais e legais simples de serem cumpridas, quando a verdade é que se trata de algo “terrivelmente complicado” (BOBBIO, 1992, p. 24). Isso porque a expressão

genérica, abrangente e heterogênea desses direitos permite uma relativização que, na teoria e na prática, tornam difícil a sua realização em diversas ordens: filosóficas, políticas, jurídicas, sociais e econômicas, culturais e técnico-científicas. Assim, as dificuldades de articulação entre esses elementos, o estabelecimento de acordos necessários sobre o conteúdo e o modo de garanti-los têm evidenciado o distanciamento entre o direito vigente na lei e o vivido na prática (VENTURA *et al.*, 2010).

Como consequência, resta claro que, considerando essas dificuldades enfrentadas pelo Estado, principalmente relacionadas “ao subfinanciamento crônico de um sistema de saúde eminentemente universal, a Administração Pública não tem logrado êxito em atender às diretrizes constitucionais e legais, permanecendo em mora perante os cidadãos” (LOPES; ASENSI; SILVA JUNIOR, 2017, p. 292).

A alta intensidade de demandas judiciais relativas à saúde reflete essa busca pela efetividade do acesso aos meios materiais para o seu alcance, resultando na possibilidade de tomada de decisões pelo judiciário sobre matérias que, geralmente, não lhe competem. A esse fenômeno de transferências de poder de decisão para o judiciário tem se atribuído a designação “judicialização da política”.

Especificamente em relação ao direito à saúde, pode-se afirmar, conforme Duarte (2017), que a questão ganhou maiores proporções porque, ao disciplinar essa matéria, a Constituição acolheu o princípio da universalidade em sua dimensão objetiva, atendimento integral e proteção contra todos os riscos; e subjetiva, direito de todos e dever do Estado. Desse modo, além de novas obrigações jurídicas, o Estado teve que organizar a estrutura e recursos públicos para respeitar, proteger e implementar a saúde através de redes de serviços públicos.

Em outros termos, o reconhecimento do direito de todos à proteção integral se tornou um dos fatores de maior contribuição para o impulso da judicialização, pois, em caso de omissão, o direito poderia agora ser exigido de forma judicial (DUARTE, 2017). A redemocratização do Brasil, que trouxe consigo uma ressignificação do conceito de cidadania, estabeleceu um direito mais amplo à saúde (SILVA; SCHULMAN, 2017).

Para Tate e Vallinder (1995), essa judicialização ocorre quando o Poder Judiciário é provocado a se manifestar sobre um determinado conflito que envolve decisões de um poder político, dirimindo o litígio de forma resolutiva. Nota-se, a partir disso, uma significativa expansão desse poder em relação aos demais. A judicialização, então, pode ser compreendida através de dois significados centrais.

Em primeiro lugar, a judicialização relaciona-se ao processo pelo qual os tribunais e os juízes passam a dominar a formulação de políticas públicas que, via de regra, competem ao

Executivo e Legislativo; em segundo lugar, pode ser entendida como o processo mediante o qual a negociação não judicial e a tomada de decisão passam a ser dominadas por regras legalistas e procedimentais (TATE; VALLINDER, 1995).

Para Alves, Delduque e Dino Neto (2015), a judicialização no contexto brasileiro trata-se de uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado, que permite um acoplamento estrutural entre os diferentes sistemas, oferecendo respostas ao corpo social quando demandado.

O conceito de “judicialização” possui diversas definições que variam conforme o local e a época. No entanto, tratando-se de judicialização da política na América Latina, o termo é utilizado para expressar a presença do Judiciário para lidar com as mais diferentes questões que, inicialmente, caberiam aos outros poderes. Trata-se da expansão do poder judicial nas democracias recentes enquanto característica generalizada (VERONESE, 2009).

Ainda Tate e Vallinder (1995) elencam em seus estudos oito condições que facilitam a expansão do poder judicial: a democracia, a separação de poderes, a política de direitos, o uso corporativo das cortes, o uso da corte pela oposição, a ineficiência das instituições majoritárias, as percepções das instituições políticas e a delegação voluntária por instituições majoritárias.

Inicialmente, abordam que é difícil imaginar um governo arbitrário que convidasse ou permitisse que os juízes nominalmente independentes aumentassem sua participação na formulação das principais políticas públicas ou tolerassem decisões que colocassem a adesão às regras processuais legalistas e direitos acima da obtenção rápida de resultados substantivos desejados. Por isso, os autores afirmam que a presença de democráticos no governo parece “uma condição necessária, embora certamente não suficiente, para a judicialização da política³” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 29).

Nesse mesmo sentido, considerando a noção de democracia, outra condição que parece favorecer as perspectivas de judicialização da política é a separação de poderes, pois parece plausível que os tomadores de decisão em um ramo constitucionalmente independente estariam em uma boa posição para se afirmar na formulação de políticas contra ou em uma competição de encontro ao Legislativo e ao Executivo, devendo-se considerar que o dever formal atribuído aos juízes é de sempre interpretar, e não de fazer as leis (TATE; VALLINDER, 1995).

Conforme Tate e Vallinder (1995), colaboram também as políticas de direitos. A aceitação de que os indivíduos ou minorias possuem determinados direitos que podem ser aplicados contra a vontade de supostas maiorias pode, provavelmente, aumentar a importância

³ No original: “The presence of democratic government thus appears to be a necessary, though certainly not a sufficient, condition for the judicialization of politics” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 29).

política dos juízes, cuja localização institucional facilita a criação de regras. Nesse sentido, quando se confere legitimidade a uma política de direitos, os procedimentos utilizados para assegurá-la tornam-se arquétipos disponíveis para uso em “diversos fóruns não judiciais penetráveis pela política de direitos”⁴ (TATE; VALLINDER, 1995, p. 30).

Em relação ao uso corporativo das cortes, os autores afirmam que o desenvolvimento e a expansão de uma política de direitos podem ser vistos mais apropriadamente enquanto a realização de grupos de interesse, no sentido de que, à medida que os grupos descobrem a utilidade potencial dos tribunais na realização de seus objetivos, “eles podem ser capazes de expandir o entendimento de ‘direitos’ para incluir interesses que podem parecer para alguns estar remotamente conectados a qualquer fundamento constitucional em um projeto de lei formal de direitos”, o que tornaria a política de direitos distinguível da política de interesses apenas em seu discurso “relativamente mais legalista”⁵ (TATE; VALLINDER, 1995, p. 30).

Quanto ao uso da corte para oposição, os autores concordam que as oposições políticas frequentemente judicializam a política ao tentar usar tribunais como meio de fiscalizar e obstruir os governos, independentemente desses tribunais terem ou não a ferramenta de revisão abstrata, pois há ligações entre a judicialização e os sistemas políticos nacionais (TATE; VALLINDER, 1995).

Também facilitaria a expansão do Poder Judiciário a ineficiência das instituições majoritárias, pois o Judiciário encontra espaço para agir mediante a paralisia dos demais poderes; as percepções das instituições políticas, uma vez que o público, líderes dos grupos de interesse e das principais instituições econômicas e sociais veem as instituições majoritárias como imobilizadas ou corruptas e passam a concordar com a formulação de políticas pelo Judiciário baseado na reputação de especialistas e de retidão; e delegação voluntária por instituições majoritárias, pois essa judicialização se dá, também, quando as instituições majoritárias decidem que há certas questões que elas não desejam ter o peso de decidir. Nas palavras dos autores, “às vezes, parece que os custos políticos de lidar seriamente com a questão

⁴ No original: “With their new legitimacy, these procedures then become archetypes available for use in the many nonjudicial forums into which the politics of rights penetrates” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 30).

⁵ No original: “As groups increasingly discover the potential utility of the courts in the achievement of their objectives, they may be able to expand the understanding of “rights” to include interests that may appear to some to be only remotely connected to any constitutional foundation in a formal bill of rights. The politics of rights may become distinguishable from the politics of interests only in its relatively more legalistic discourse” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 30).

são grandes demais para serem arriscados, que a questão é uma proposta sem saída para os tomadores de decisão eleitos⁶” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 32), resultando na delegação.

Para Bucci (2017), essa multiplicação no número de demandas é também influenciada pela falta de articulação dos gestores, na medida em que o usuário que demanda um medicamento ou uma providência não está em contato com as abstrações da política pública, mas apenas com as medidas concretas que satisfazem, ou não, as suas demandas por atendimento, o que também é consequência da complexidade do sistema federalista brasileiro em sua dispersão de responsabilidades para a execução de uma política.

Esse leque de competências — legislativas e materiais, comuns e concorrentes — reclama um nível de organização federativa elevado que, se ausente ou debilitado, dificulta a execução das ações de longo prazo em que se traduzem as políticas. Desse modo, o fenômeno da judicialização envolve estudos que lhe são favoráveis e estudos que lhe são negativos. Ao tratar do tema, Oliveira (2019) elencou, conforme suas pesquisas, argumentos enfatizados em cada um desses pontos de vista.

Nesse sentido, são argumentos que sustentam a judicialização da saúde enquanto algo negativo: a elitização do acesso à saúde pela via judicial, pois a maioria das ações se concentra nas áreas centrais e de menor exclusão social; o fato de que o processo de judicialização decorre, em certa medida, do *lobby* exercido pela indústria farmacêutica; a não observância, pelo Judiciário, do planejamento elaborado pelos poderes Legislativo e Executivo, necessários para o cumprimento das exigências legais estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal; as limitações técnicas dos juízes para decidir sobre políticas públicas específicas; o caráter individual das demandas acolhidas pelas cortes; por fim, os impactos financeiros gerados pela não observância do Poder Judiciário dos princípios do SUS (OLIVEIRA, 2019).

Por outro lado, são argumentos que sustentam a judicialização enquanto algo positivo: o primeiro deles trata-se da própria garantia do direito constitucionalmente previsto, mas não cumprido pelo Estado; a capacidade de alteração da atuação do Executivo por meio de reiteradas decisões similares; o fato de que a judicialização pode colocar alguns temas na agenda governamental; o fortalecimento de estruturas administrativas para garantir o acesso ou incorporar rapidamente os medicamentos; as parcerias interinstitucionais com o objetivo de diminuir as demandas judiciais (OLIVEIRA, 2019).

⁶ No original: “At times the reason appears to be that the political costs of dealing seriously with the issue are too great to risk, that the issue is a no-win proposition for elected decision makers” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 32).

Compreende-se, a partir disso, que a judicialização da saúde se trata de um fenômeno complexo, no entanto, nas palavras de Bucci (2017, p. 44):

Evidentemente, o Judiciário não pode se furtar a decidir sobre direitos cuja aplicação é instado a julgar, ainda que esses se insiram em medidas de concretização integrantes de políticas públicas. Mas, enquanto não se desenvolver uma abordagem apropriada à escala ampla dos programas governamentais, para que essa seja adequadamente percebida e processada, levando em conta a concorrência com outros direitos e os interesses de outros beneficiários, é possível que o avanço da judicialização continue a ser visto mais como problema ou expressão de um problema do que como progresso na efetiva proteção coletiva dos direitos sociais.

Como analisado por Oliveira (2019), grande parte das ações levadas à apreciação do Judiciário acarretou em fortes impactos orçamentários imprevistos, que têm refletido na ampliação dos gastos públicos necessários à efetivação do direito à saúde no país.

Para Duarte (2017), isso representa uma situação irregular, na medida em que não é o Poder Judiciário o órgão a decidir de modo abrangente quanto e como a administração pública deve gastar, principalmente porque questão relativa a políticas públicas ultrapassam significativamente a esfera individual (também relevante), não sendo possível compreender e dar conta da complexidade das políticas públicas sem considerar o ponto de vista macro.

Não se pode ignorar que o direito à saúde não se resume ao somatório de prestações de natureza individual, dependendo também da criação de instituições estatais capazes de implementar programas voltados à realização de uma finalidade de interesse público (DUARTE, 2017).

Nesse cenário, cabe ao Judiciário exercer a função interpretativa no sentido de dar a máxima efetividade possível a essa categoria de direitos. Afinal, o reconhecimento do direito de ação judicial (individual e coletiva) constitui um importante instrumento de inclusão político-jurídica, funcionando como uma ferramenta de controle dos abusos e omissões dos poderes públicos no cumprimento de suas tarefas. Mas, é preciso ter em mente que a efetivação dos direitos fundamentais e as decisões sobre gastos em matéria de direitos sociais dependem da consideração de inúmeros fatores e elementos, muitos deles fora da esfera do Judiciário (DUARTE, 2017, p. 99-100).

Desse modo, constata-se que a judicialização — que mobilizou diferentes poderes e instâncias — representa um desafio para o sistema de justiça, ressaltando a necessidade de promoção de uma reengenharia institucional para manejá-lo (OLIVEIRA, 2019).

4.2 Tratamento dos dados do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão de 2014-2019

O HUUFMA é um órgão da Administração Pública Federal que tem como finalidade assistência, ensino, pesquisa e extensão na área de saúde e afins. Por conta de suas características de natureza pública, presta atendimento a todos de maneira indistinta, respeita os princípios éticos e integra, mediante convênio, o SUS, conforme disposto no artigo 45 da Lei nº 8.080/1990. É formado por duas unidades hospitalares: Unidade Materno Infantil, com atendimento voltado ao público infantil, e Unidade Presidente Dutra, sendo este último o foco da pesquisa (por tratar de homens e mulheres adultos).

São objetivos do HUUFMA:

Prestar assistência à comunidade na área de saúde em todos os níveis de complexidade, em especial na Alta complexidade, de forma universalizada e igualitária harmonizada com o Sistema Único de Saúde – SUS; ser campo de ensino, pesquisa e extensão na área de saúde e afins, em estreita relação e sob orientação das Coordenadorias e dos Departamentos que nele efetivamente atuam; aprimorar a qualidade acadêmica e científica dos profissionais, contribuindo para o fortalecimento e expansão da pós-graduação (BRASIL, 2020, p. 1).

Nota-se, a partir disso, que mais do que um hospital de assistência, o HUUFMA tem o dever de servir enquanto campo de ensino, colaborando significativamente para a colocação de profissionais bem qualificados no mercado. Logo, o hospital possui como principal objeto o ensino, que tem por consequência a assistência. Apesar disso, o hospital tem sofrido os efeitos da judicialização, especialmente sendo impactado no que se refere ao orçamento público destinado ao SUS.

Conforme dados apresentados pelo setor jurídico do HUUFMA no II Encontro Nacional dos Advogados da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), que ocorreu de 06 a 08 de novembro de 2019, no período de 2014 a 2019 foram 4.541 demandas judiciais e extrajudiciais respondidas pelo hospital, havendo entre elas pedidos de internação e leito de Unidades de Terapia Intensiva (UTI), cirurgias, próteses ou órteses, medicamentos e tratamentos médicos em geral.

Nesse sentido, o objetivo inicial da presente pesquisa foi verificar, dentro do recorte de 2014 a 2019, como se deu a judicialização dentro do HUUFMA, com foco na Unidade Presidente Dutra. Partiu-se do pressuposto de que o hospital recebe, em grande quantidade, pedidos que se originam de demandas processuais que o obrigam a fornecer o atendimento mediante a responsabilidade solidária da saúde para a população em geral, resultando na existência de um privilégio para um determinado grupo de pessoas, ferindo, portanto, a noção de justiça.

A fim de confirmar a presente hipótese, buscou-se utilizar várias técnicas científicas

para garantir maior rigor metodológico, eficácia, menor custo, rapidez e veracidade de informação. Considera-se que a metodologia é um caminho do pensamento e o que deve ser exercido na prática para “reconstruir teoricamente os processos, as relações, os símbolos e os significados da realidade social” (MINAYO, 2009, p. 14), devendo, portanto, estar bem estabelecida visto que constitui uma versão do real a partir de uma leitura orientada por conceitos.

O estudo em questão será conduzido através de uma abordagem qualitativa. Isso porque serão buscados os significados existentes em determinado fenômeno encontrado na realidade social, ou seja, a análise da judicialização da saúde dentro do HUUFMA (Unidade Presidente Dutra) no período de cinco anos.

É, ainda, do tipo exploratório-descritivo. Será exploratório considerando que tem por finalidade aprofundar os estudos de uma realidade específica, isto é, o cenário da judicialização no HUUFMA, buscando a maior verossimilhança possível entre os fatos e fenômenos estudados a serem descritos; e tem caráter descritivo na medida em que os dados coletados foram analisados em cada elemento, com foco nos procedimentos cirúrgicos feitos em homens e mulheres adultos, primando pela triangulação da realidade dos dados, conteúdo dos textos e sentido da teoria para consolidar as conclusões a respeito da judicialização (TRIVIÑOS, 2013).

Nesse ponto de abordagem qualitativa, foi utilizado o método preconizado por Bardin (2016), análise de conteúdo, definido por um conjunto de técnicas de análise de comunicações, visando obter indicadores que permitam a interferência de conhecimentos relativos às condições de produção. O objetivo é que, através desse método, sejam analisados os atores da judicialização da saúde no HUUFMA.

A análise de conteúdo seguiu três etapas: pré-análise, exploração do material e a interpretação dos dados. Considera-se pré-análise a fase de leitura flutuante do material coletado, a escolha dos dados a serem analisados e a formulação das hipóteses e objetivos que se pretende alcançar. Trata-se da preparação do material.

Conforme Bardin (2016), é necessário saber a razão por que se analisa e explicitá-la para que se possa saber como analisar — por isso, a necessidade de especificar as hipóteses, conforme feito no início desse tópico. Trata-se de codificação, transformar os dados brutos por meio de recorte, agregação e enumeração, permitindo apresentar o conteúdo e sua expressão com a finalidade de servirem de índices.

Assim, o recorte trata-se aqui da análise de solicitações (judiciais e extrajudiciais) de cirurgias em homens e mulheres adultos do período de tempo de 2014 a 2019; a enumeração, isto é, a regra de contagem, foi organizada em tabelas que trabalham os anos em pares, ou seja,

2014/2015, 2016/2017, 2018/2019, e os dados serão analisados conforme a frequência (a importância de uma unidade de registro aumenta com a frequência da sua aparição); e a classificação e agregação correspondentes aos dados descritos em cada gráfico.

Em relação à categorização, esta comporta duas etapas: o inventário, que isola os elementos; e a classificação, etapa em que são repartidos (BARDIN, 2016). Os dados aqui analisados, recebidos através do setor jurídico do HUUFMA, foram repassados para essa pesquisa por meio de uma planilha em *Excel* após solicitação presencial, em que constavam os seguintes descritores: interessado (nome da parte que solicita), tipo de documento (ofício, judicial, extrajudicial, solicitação por e-mail, requerimentos, nota técnica), número do documento (número do processo, ofício ou s/n), data do documento, origem (de onde surgiu o documento, qual instituição pleiteou), demanda (procedimento solicitado), responsável pela demanda (nome e cargo), número do documento resposta e, por fim, a data do documento resposta.

O objetivo desta etapa é fornecer a condensação, uma representação simplificada dos dados brutos coletados. Para a análise de conteúdo, essa passagem de dados brutos a dados organizados dá a conhecer índices invisíveis (BARDIN, 2016).

Para a classificação, utilizou-se o método da pertinência, de modo que foram utilizadas na pesquisa as categorias consideradas pertinentes, sendo estas aquelas adaptadas ao material de análise escolhido e que possibilitam a descoberta de informações relevantes para o conteúdo pesquisado.

Conforme Bardin (2016), nesse ponto, o sistema de categorias deve refletir as intenções da investigação. Dessa forma, para elaborar o material aqui apresentado, foram consideradas as seguintes categorias assim delimitadas: período de tempo (2014/2015; 2016/2017; 2018/2019); origem (instituição, p.ex. Defensoria, Justiça Federal, advogado particular, entre outros); documentos (ofícios, requerimentos, nota técnica, judicial, solicitação por e-mail) e demanda (apenas solicitações de cirurgias para homens e mulheres adultos).

Da organização dos dados colhidos, foi possível incidir a interpretação controlada na análise de conteúdo, isto é, a inferência. Isso porque a análise de conteúdo é um eficaz instrumento de indução para se investigarem as causas a partir dos efeitos (BARDIN, 2016).

Segundo já mencionado, para a presente pesquisa, fez-se um recorte temporal de 2014 a 2019, período em que foram analisadas as quantidades de demandas diretamente relacionadas a pedidos de cirurgias propostas contra o HUUFMA. Foram consideradas “cirurgias” para fins de análise do presente estudo apenas as demandas judiciais e extrajudiciais que fizeram as seguintes solicitações:

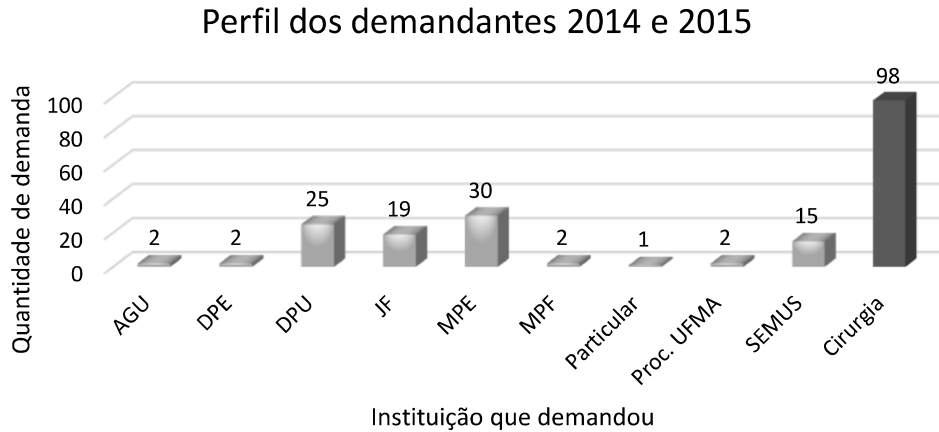
- a) datas previstas para marcação de cirurgia;
- b) possibilidade de realização da cirurgia pelo HUUFMA;
- c) fornecimento de material para a realização de cirurgia;
- d) providenciar aquisição de prótese cirúrgica;
- e) informar acerca da demora da realização da cirurgia;
- f) informar custo unitário do insumo cirúrgico;
- g) informar a disponibilidade do leito cirúrgico;
- h) informar a disponibilidade da prótese e material para cirurgia;
- i) informar o custo total do procedimento;
- j) informar motivos acerca da recusa do HUUFMA na realização da cirurgia;
- k) informar a posição do paciente na lista de espera da cirurgia;
- l) informar se o tratamento e a prótese são fornecidos pelo SUS;
- m) cotação de material necessário para a cirurgia;
- n) indicar um médico com especialidade em determinada cirurgia.

A partir desse filtro, pôde-se identificar quais eram os objetivos das demandas e quem demandava. O estudo também possibilitou a interpretação das inferências a serem apresentadas. Conforme explicitado na metodologia, a análise foi feita a cada dois anos, de modo que serão, assim, dispostos os gráficos: 2014 e 2015, 2016 e 2017 e 2018 e 2019.

4.2.1 Biênio 2014/2015

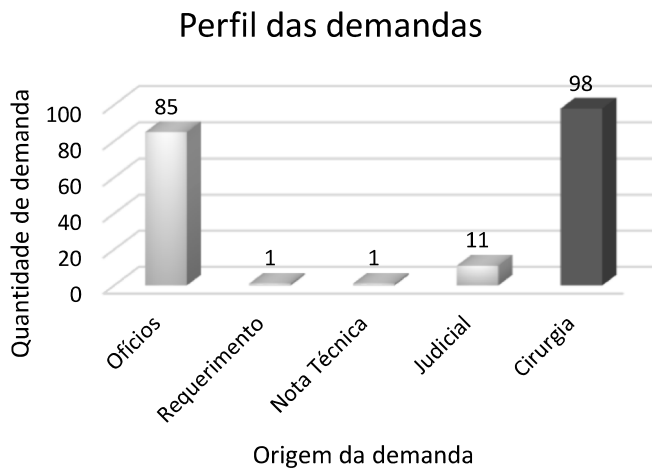
Conforme os dados coletados através do setor jurídico do HUUFMA, no período de 2014 a 2015, foram recebidas 98 (noventa e oito) solicitações relacionadas a cirurgias de homens ou mulheres adultos, representados por 8 (oito) atores diferentes.

Em relação ao perfil dos demandantes (Gráfico 1), são estes atores (ou instituições): Ministério Público Estadual (MPE), com 30 (trinta) solicitações; Defensoria Pública da União (DPU), com 25 (vinte e cinco); Justiça Federal (JF), com 19 (dezenove); Secretaria Municipal de Saúde de São Luís (Semus), com 15 (quinze); Advocacia Geral da União (AGU), com 2 (duas); Defensoria Pública do Estado (DPE) do Maranhão, com 2 (duas); Ministério Público Federal (MPF) com 2 (duas); Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Maranhão (Proc. UFMA), com 2 (duas); por fim, 1 (uma) solicitação feita por advogado particular.

Gráfico 1 – Perfil dos demandantes no biênio 2014/2015

Fonte: elaboração própria.

Em relação ao perfil das 98 (noventa e oito) solicitações referentes à cirurgia, estas foram feitas mediante 85 (oitenta e cinco) ofícios, 11 (onze) processos judiciais, 1 (uma) nota técnica e 1 (um) requerimento — conforme se verifica no gráfico abaixo:

Gráfico 2 – Perfil das demandas no biênio 2014/2015

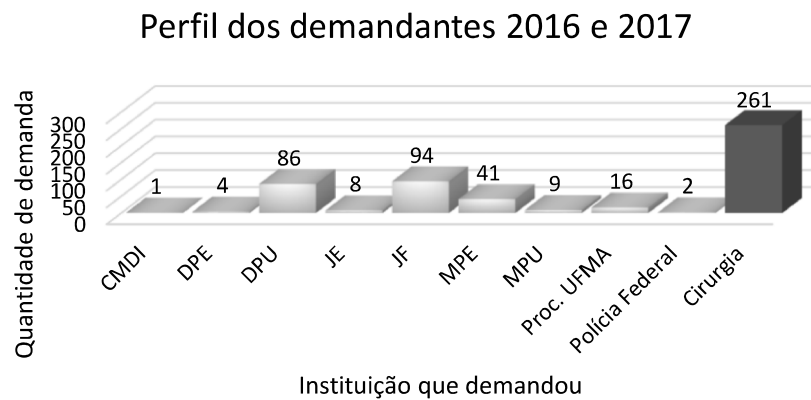
Fonte: elaboração própria.

O que se nota a partir da leitura dos gráficos acima é que há, claramente, 3 (três) instituições do sistema de justiça que fazem solicitações ao HUUFMA com maior frequência: o MPE, a DPU e a JF. Também é imperioso ressaltar que, durante esse biênio, a quantidade de ofícios supera, significativamente, o número de demandas judiciais requerendo cirurgias ou informações sobre assuntos a elas relacionados.

4.2.2 Biênio 2016/2017

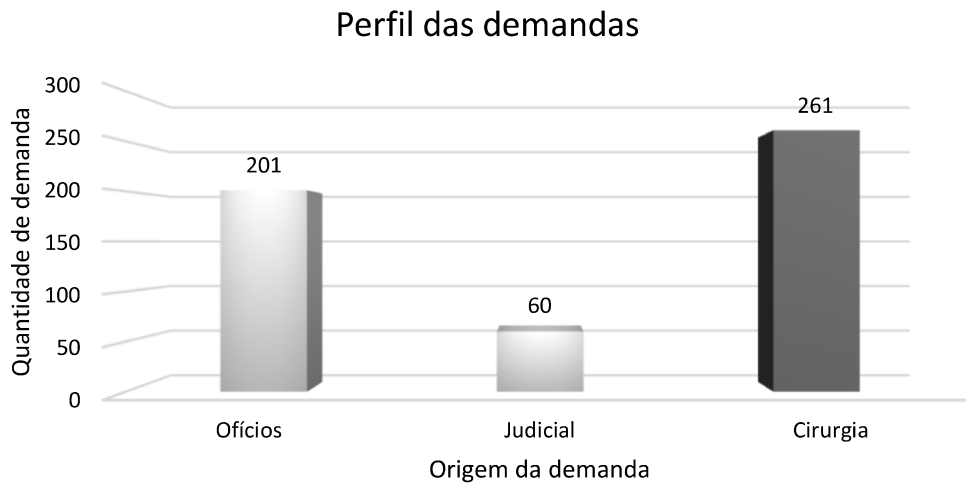
No período de 2016 a 2017 (Gráfico 3), foram 261 (duzentas e sessenta e uma) solicitações relacionadas a cirurgias de homens e mulheres adultos, isto é, houve um aumento considerável em relação ao biênio anterior. Entre estas, figuraram como solicitantes: a JF, com 94 (noventa e quatro) solicitações; a DPU, com 86 (oitenta e seis); o MPE, com 41 (quarenta e uma); a Procuradoria da UFMA, com 16 (dezesesseis); o MPU, com 9 (nove); a Justiça Estadual (JE), com 8 (oito); a DPE do Maranhão, com 4 (quatro); a Polícia Federal, com 2 (duas) e o Conselho Municipal dos Direitos do Idoso de São Luís (CMDI), com 1 (uma) solicitação.

Gráfico 3 – Perfil dos demandantes no biênio 2016/2017



Fonte: elaboração própria.

Em relação ao perfil das demandas, conforme os dados expostos no Gráfico 4, entre as 261 (duzentas e sessenta e uma) solicitações relacionadas à cirurgia, 201 (duzentos e uma) se deram por meio de ofícios e 60 (sessenta) se deram por meio de processo judicial.

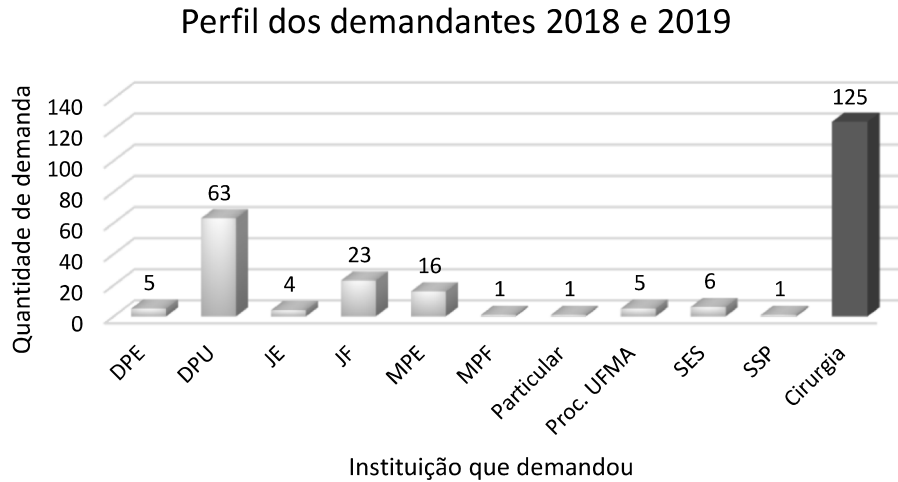
Gráfico 4 – Perfil das demandas no biênio 2016/2017

Fonte: elaboração própria.

A partir do Gráfico 3, nota-se que as instituições mais atuantes foram a JF, a DPU e o MPE. De acordo com o Gráfico 4, a origem dessas demandas ocorre, significativamente, através de ofícios (201) e, em menor frequência, por meio de demandas judiciais (60).

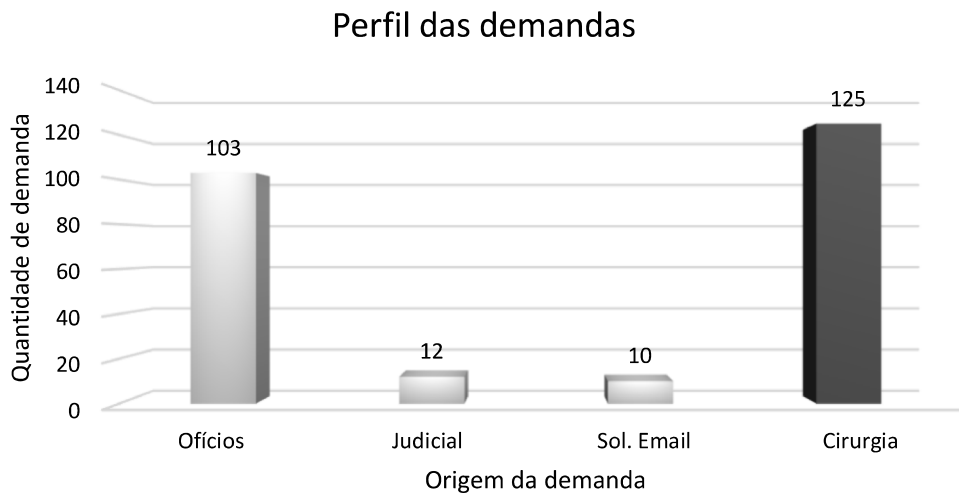
4.2.3 Biênio 2018/2019

No último biênio analisado (Gráfico 5), tem-se os seguintes atores com as seguintes quantidade de solicitações referentes à cirurgia: a DPU, com 63 (sessenta e três) solicitações; a JF, com 23 (vinte e três); o MPE, com 16 (dezesesseis); a Secretaria de Estado da Saúde (SES), com 6 (seis); a Procuradoria da UFMA, com 5 (cinco); a DPE, com 5 (cinco); a JE, com 4 (quatro); o MPF, com 1 (uma); a Secretaria de Segurança Pública (SSP), com 1 (um) processo; e 1 (uma) solicitação feita mediante advogado particular. No total, de 2018 a 2019, foram 125 (cento e vinte e cinco) solicitações.

Gráfico 5 – Perfil dos demandantes no biênio 2018/2019

Fonte: elaboração própria.

Quanto ao perfil das demandas, do total de 125 (cento e vinte e cinco) solicitações, 103 (cento e três) foram feitas mediante ofícios, 12 (doze) mediante processos judiciais e 10 (dez) através de e-mail, como ilustrado no gráfico abaixo:

Gráfico 6 – Perfil das demandas no biênio 2018/2019

Fonte: elaboração própria.

De 2018 a 2019, as instituições que mais demandaram foram a DPU, a JF e o MPE. Além disso, mais uma vez o número de solicitações feitas por meio de ofício foi maior do que o de solicitações feitas mediante ações judiciais ou e-mail., havendo significativa redução do uso da via judicial em relação ao biênio anterior.

Em todos os gráficos, fica evidente o protagonismo de algumas das instituições do sistema de justiça em detrimento de outras, principalmente em relação aos advogados

particulares. A DPU, a JF e MPE estão sempre entre as 3 (três) instituições mais ativas.

Além disso, em nenhum momento confirma-se a hipótese de que há uma quantidade exacerbada de processos judiciais buscando a condenação do hospital. Antes, nota-se a comunicação entre os órgãos por meio de ofícios. Nesse sentido, é possível afirmar estar havendo um processo de desjudicialização da saúde dentro do HUUFMA, especialmente na Unidade Presidente Dutra.

Embora se compreenda que as instituições de justiça, especialmente o Ministério Público e a Defensoria Pública, enfrentam diversos obstáculos para atingir os mais necessitados, o que agrava as condições de desigualdade no acesso à saúde (OLIVEIRA, 2019), entende-se que, apesar de o Hospital Universitário não possuir a função de hospital de atendimento, vê-se nele um grande contribuinte para um acesso justo de saúde.

Isso fica latente, também, quando se analisa a quantidade de processos judiciais em comparação às comunicações ocorridas via ofício. Assim, é possível inferir que a comunicação entre as instituições e o HUUFMA tem resolvido essas questões de maneira administrativa, sem haver a necessidade de movimentação da máquina estatal na maioria dos casos.

Daí ser possível pensar que a criação de Câmaras de Mediação e Arbitragem teriam um papel fundamental para o HUUFMA, podendo até mesmo ser expandida posteriormente para outros hospitais que possuam alta demanda judicial. Deve-se considerar que o recorte da presente pesquisa trata apenas dos casos de cirurgias, especificamente no tocante a homens e mulheres adultos, de modo que não se exclui a possibilidade de que o número de processos que o hospital receba seja relevante, o que revela ainda mais importante a possibilidade de trabalhar com a implementação da mediação sanitária.

4.3 A mediação sanitária como instrumento de justiça consensual

Conforme os capítulos anteriores, nota-se que há uma lacuna entre o exercício do direito à saúde e os meios que não são disponibilizados pelo Estado de maneira adequada. O direito não se esgota na lei, de modo que algumas decisões judiciárias se tratam de produtos da fragilidade gerada pelo próprio sistema, ou seja, os atuais modelos de resolução de conflitos tornaram-se insuficientes, e isso tem resultado em tribunais sobrecarregados, evidenciando a urgência por novas maneiras de assegurar o direito à saúde (POLAKIEWICZ; TAVARES, 2017).

Como consequência, o fenômeno da judicialização da saúde tem se dado em todo o país, provocando verdadeira crise no Judiciário, que não soluciona os conflitos com a celeridade

e eficiência que se espera nas demandas de saúde. A partir disso, surge a necessidade de meios eficientes para a solução de conflitos, e é nesse ponto que surge como forte instrumento de desjudicialização a mediação sanitária (OLIVEIRA *et al.*, 2016).

De modo geral, a mediação é um meio extrajudicial alternativo de resolução de conflitos no qual se chama um terceiro para auxiliar as partes a chegarem a uma solução ou acordo. É um meio de se exercer a cidadania e obter efetivo acesso à justiça. Tal a sua importância que em 26 de julho de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.140, que define o instituto como “uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015; OLIVEIRA *et al.*, 2016).

Essa técnica não é recente, tendo sido utilizada para solucionar conflitos e construir consensos em várias culturas no mundo, tais como judaica, cristã, islâmica, hinduísta, budista, confucionista e indígenas. Consiste em um mecanismo pelo qual um terceiro desinteressado, ou parte neutra, tenta que as partes discutam o conflito para construir, entre elas, a solução da disputa, que pode se dar no âmbito judicial ou extrajudicial. Não pode ser imposta, e a recusa em participar do procedimento deve ser livre de qualquer sanção a todas as partes envolvidas (D’ANTONIO, 2016).

No Brasil, a prática da autocomposição começou a ganhar forma com o Código de Processo Civil de 1973, com a previsão de audiência de conciliação quanto ao procedimento sumaríssimo; e a partir das Leis dos Juizados (Lei nº 9.099/1995) devido à possibilidade de transação no âmbito penal. Dada a sua importância, a normatização legal da mediação se deu com o Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), que trouxe para o direito brasileiro o princípio da cooperação que incentiva o diálogo e a colaboração das partes entre si e delas com o juiz (D’ANTONIO, 2016).

O que se nota é que a resolução de conflitos mediante a jurisdição contenciosa muitas vezes não agrada a nenhuma das partes envolvidas e demora excessivamente, gerando gastos e transtornos excessivos para os indivíduos. Além disso, em uma sociedade desejavelmente evoluída, o contencioso deveria ser o último degrau galgado, sendo uma opção apenas a partir do insucesso dos meios apropriados, adequados ou amigáveis. Nesse sentido, a mediação demandará, necessariamente, um ambiente de cooperação e colaboração (PINHO; ALVES, 2015).

Conforme visto, a Lei nº 13.140/2015 permite o uso da mediação para a resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública, daí porque ser vista como uma alternativa viável para a resolução de conflitos relativos ao direito à saúde. Isso porque a mediação seria a forma

de solução pacífica escolhida pelo Poder Público na busca da maximização das soluções que satisfaçam aos envolvidos (BRASIL, 2015).

Em decorrência da alta demanda por bens e serviços de saúde, é necessária a adoção de uma nova prática e nova cultura no âmbito do sistema de saúde, e é nesse ponto que surge a mediação sanitária (OLIVEIRA *et al.*, 2016; DELDUQUE; CASTRO, 2015). Nessa matéria, a jurisdição por vezes não é capaz de oferecer a solução adequada a certos tipos de conflito, por desconhecer o campo posto a julgamento ou por apenas aplicar a lei ao caso concreto. Nas palavras de Delduque e Castro (2015, p. 507):

O acesso a bens e serviços de saúde pela via judicial, no Brasil, vem evidenciando que o exercício do direito à saúde, pelos cidadãos, positivado em nosso ordenamento jurídico pela Carta Magna de 1988, traz à tona a desordem de nossos sistemas político e jurídico com relação à garantia de direitos sociais.

Dessa forma, o poder Judiciário, ao garantir esse bem ou serviço integrante do direito à saúde, ultrapassa os limites das suas funções — aplicar a lei ao caso concreto e interferir de maneira reflexa nas políticas públicas — e prejudica a equidade em saúde. Esses conflitos demonstram que os sistemas político, jurídico e médico-sanitário atingiram seu esgotamento, de modo que o Judiciário já não responde mais eficazmente à pacificação dessa controvérsia, até mesmo por desconhecer o campo do conhecimento do tema posto a seu julgamento.

Tem-se, pois, no exercício de um direito fundamental dos cidadãos uma consequência de sérios prejuízos políticos. A judicialização das políticas públicas de saúde não é razoável para o sistema sanitário nem para o sistema de justiça. A mediação, enquanto método pacífico de gestão de conflitos, pretende evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso, pondo fim aos iniciados ou mesmo reduzindo seu alcance (DELDUQUE; CASTRO, 2015). Isso é dizer que:

[...] os Modelos Alternativos de Resolução de Conflitos representam a adesão à cultura da pacificação, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a controvérsia possa ser resolvida. Isso porque a solução pacífica é sempre preferível, inclusive economicamente, deixando, por derradeiro, a busca do aparato Judicial (DELDUQUE; CASTRO, 2015, p. 511).

Tal mecanismo é primordial porque as relações de saúde transcendem a ótica bilateral do médico com o paciente e envolvem muitos outros atores presentes em um sistema de saúde. Por conta disso, advém muitos conflitos de variadas ordens, internos ou externos ao sistema que “criam condições para a judicialização” (DELDUQUE; CASTRO, 2015, p. 511).

A mediação sanitária, especificamente, parte do pressuposto de que a atuação solitária

de qualquer ator envolvido não contribui para a necessária efetivação do direito à saúde. Desse modo, é um instrumento que busca garantir a participação de todos que formam o sistema de saúde — setor público, sociedade, órgãos do Judiciário e auxiliares da justiça — na concretização do acesso justo (SAMPAIO; ALVES, 2019). Espera-se, então, por meio da mediação sanitária, realizar uma lenta transformação da sociedade brasileira para a criação da cultura do consenso e cooperação na composição das disputas, aceitando-se um conceito de justiça polissêmico (RIBEIRO, 2018).

Para Delduque (2015, p. 6), trata-se de um modelo alternativo de resolução de conflitos na área da saúde, de ordem interna (assistenciais, organizativos e entre profissionais) e externa (conflitos sociais e legais), que criam condições para a judicialização. Por essa lógica de vigilância permanente, a mediação sanitária também pode antever os conflitos, possibilitando a prevenção de seus efeitos através da construção e constante atenção ao mapa dos conflitos, viabilizando que o sistema de saúde opere de maneira mais eficaz (DELDUQUE; CASTRO, 2015).

A mediação sanitária enquanto instrumento de solução de conflitos de saúde possui uma “proposta reformadora, moderna, democrática e solidária e de necessidade evidente na construção do direito à saúde, de forma integral, universal, igualitária e humanizada” (ASSIS, 2013, p. 471).

Conforme se notou dos dados demonstrados a partir do tópico anterior, a possibilidade de se estabelecer núcleos de mediação sanitária com o objetivo de responder às demandas do hospital é uma opção viável. Isso porque resta evidente que há forte comunicação entre o setor jurídico do HUUFMA e demais instituições do sistema de justiça — principalmente no que tange à DPU, JF e MPE.

Embora os órgãos do Poder Judiciário estejam em constante esforço para diminuir a litigância na saúde (DELDUQUE; CASTRO, 2015), ainda há latente necessidade de uma nova postura para lidar com as resoluções de conflito de saúde, pois são urgentes. O modelo tradicional que direciona questões a serem discutidas através do Poder Judiciário tem levado ao crescimento do número de processos na justiça.

Essa busca por soluções sanitárias mediadas confere maior legitimação social e maior probabilidade de acerto na organização dos serviços, pois deve envolver a participação de juizes, promotores de justiça, defensores públicos, prefeitos, secretários, e demais órgãos a fim de deliberarem sobre a responsabilidade coletiva na execução do direito à saúde (ASSIS, 2013).

Essa transformação, no entanto, não deve ser realizada de maneira generalizada, mas

acompanhada de criteriosa fiscalização por instituições imparciais e comprometidas com a realização e o acesso à justiça, pois é de inquestionável importância a implementação e respeito aos direitos sociais (RIBEIRO, 2018). Diante disso, a mediação sanitária traz vastos benefícios, principalmente por conta da promoção de diálogo entre os atores envolvidos, pois proporciona relações menos adversariais e mais colaborativas, e por priorizar a construção de soluções que buscam, conjuntamente, pelo aperfeiçoamento do sistema como um todo (CRUZ; NEZ, 2017).

Nas palavras de Cruz e Nez (2017, p. 11):

O contato mais próximo que se estabelece entre as partes ao participarem da mediação faz com que se tenha não só um viés satisfativo quanto ao fornecimento da prestação individualizada, mas também se proporcione a redução e prevenção de demandas, graças à relação que se desenvolve entre todos os envolvidos (médicos, usuários, gestores).

Em outras palavras, a proximidade desenvolvida entre as partes, por meio das reuniões e busca conjunta por soluções, é uma característica da mediação que permite a compreensão do universo das partes, proporcionando menos litigiosidade e mais cooperação à medida que o outro deixa de ser visto como inimigo a ser vencido e passa a ser entendido enquanto sujeito de direitos e deveres que colabora para a busca de uma solução justa para todos (CRUZ; NEZ, 2017).

Seguindo essa lógica, é impossível não associar a mediação ao pensamento rawlsiano. Ora, a ideia norteadora da teoria de justiça é que seus princípios estruturadores da sociedade são objetos do consenso original. Isso representa a igualdade entre os seres humanos, trata-se do equilíbrio que associa princípios e opiniões, na medida em que o objeto da justiça é a estrutura social, um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos (RAWLS, 2003).

Nesses termos, é possível considerar a mediação enquanto espécie do gênero justiça consensual, que facilita a expressão do dissenso, definindo um veículo capaz de administrar a discordância e chegar a um entendimento democrático através da comunicação e do diálogo. Nisso, nota-se a promoção da igualdade democrática e a minoração da diferença social existente, mediante o restabelecimento das relações sociais tal qual previsto na concepção igual de justiça. Em outros termos:

Com efeito, a mediação é uma forma de concretização dos princípios da justiça, vez que é considerada um método justo no tratamento dos litígios, porquanto não se trata da imposição de uma decisão por uma terceira pessoa, como acontece no processo judicial com a figura do juiz, mas sim a construção de uma solução baseada na igualdade, autonomia e cidadania. O mediador,¹² por sua vez, é figura essencial para auxiliar na comunicação dos conflitantes, qualificado como tradutor que deve ficar no

meio das linguagens diversas, conhecendo as duas linhas e servindo de trâmite entre uma e outra (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 23-24).

A possibilidade de se estabelecer a mediação como instrumento facilitador da comunicação entre as partes que geram demandas de saúde aproxima o acesso à saúde da noção de justiça, na medida em que se notaria a contemplação de mecanismos de regulação e ajuste contínuos das iniquidades, pois as instituições devem garantir com equidade a realização dos planos de cada indivíduo (RAWLS, 2003). Além disso, trata-se de um instrumento consensual de resolução de lides que possibilita o fortalecimento de relacionamentos de confiança e respeito entre os litigantes e encerra relações com o mínimo de custos e danos psicológicos (GHISLENI; SPENGLER, 2011).

O maior benefício da mediação é o fato de resolver o conflito existente de forma congruente, mantendo a relação social entre as partes mediante a construção do acordo, isto é, são os próprios litigantes que estruturam e indicam os termos pactuados. Seu caráter harmônico e defensor da igualdade e liberdade individual a torna uma forma de humanização e de concretização dos princípios da justiça idealizados por John Rawls, até porque os litigantes acabam tolerando intolerantes em determinadas situações para conseguir chegar a um consenso (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 24).

Como estudado no capítulo anterior, a saúde é um problema “resultado e causa das desigualdades sociais”, e a manutenção do funcionamento normal do indivíduo depende da satisfação das necessidades de saúde e condições básicas para a garantia da qualidade de vida, daí a necessidade de aplicação do princípio da diferença enquanto critério de regulação das desigualdades sociais e econômicas (RAWLS, 2003).

Logo, a sociedade não pode ignorar as desigualdades nas perspectivas de vida dos cidadãos decorrentes das contingências sociais, naturais e fortuitas. Antes, devem instituir regulamentações necessárias com a finalidade de preservar a justiça, uma vez que a saúde se trata de uma obrigação social (SILVA; RAMOS, 2017; RAWLS, 2003).

Nesse sentido, incluir instituições que tenham por objetivo assegurar serviços de saúde entre as instituições básicas responsáveis por garantir iguais oportunidades a todos condiz com a necessidade de redução das arbitrariedades originadas no nascimento e pela posição de cada um na sociedade (DE MARIO, 2013; RAWLS, 2003).

A implementação da mediação sanitária aproxima a realidade do cenário ideal em que profissionais saibam conversar com pacientes e familiares designadamente sobre danos, permitindo uma comunicação efetiva através de técnicas de facilitação, negociação e mediação (POLAKIEWICZ; TAVARES, 2017).

Em um primeiro momento, a judicialização parece ser a melhor opção para a efetivação de um direito ao potencializar o cidadão e gerar eficácia à norma jurídica constitucional, porém a mediação aproxima o dever do Estado sem a necessidade de um litígio processual capaz de efetivar a solicitação com maior celeridade e menores gastos ao poder público (POLAKIEWICZ; TAVARES, 2017).

Nesse ponto, cabe relatar brevemente a experiência da Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (Camedis), o SUS mediado e a Câmara de Resolução de Litígios em Saúde (CRLS). A Camedis se originou no âmbito do Comitê Executivo Distrital de Saúde, instituída em Portaria Conjunta da Secretaria de Saúde do DF e da Defensoria Pública do DF publicada em fevereiro de 2013.

Seu objetivo principal é realizar reuniões para conciliação e mediação entre os pacientes usuários do SUS que buscam assistência da Defensoria Pública e dos gestores da rede pública de saúde do DF, focando em oferecer atendimento rápido das demandas diretamente pela Administração Pública, evitando que conflitos sanitários migrem para o âmbito judicial (RIBEIRO, 2018).

Assim descreve Sant'Ana (2018, p. 204) em seus estudos acerca da mediação sanitária:

Nesse arranjo institucional criado, os usuários do SUS são assistidos pelos Defensores Públicos do Núcleo de Saúde da DPDF54, uma unidade especializada apenas no atendimento de demandas por serviços públicos de saúde. De outro lado, a Secretaria de Saúde (SES/DF) assume papel de órgão demandado, pois é responsável pela gestão do SUS e execução dos serviços públicos de saúde no âmbito do DF.

Esse arranjo institucional se volta para a apreciação de diversas espécies de demanda e possui como principais delimitadores o fato de oferecer apenas o que está previsto nas políticas públicas e não lidar com urgências (CRUZ; NEZ, 2017; RIBEIRO, 2018).

Então, a dinâmica de funcionamento se dá entre a Defensoria e a SES do seguinte modo: assim que as demandas chegam a Defensoria são encaminhadas através de ofício especificamente para tal Câmara para primeira apreciação pelo representante da SES, que deve apresentar resposta em três sentidos — atendimento integral à demanda pretendida, nos termos do pedido formulado no ofício; negar atendimento à demanda pretendida; ou atender parcialmente a demanda pretendida, formulando proposta a ser apresentada em sessão de mediação. Nas duas primeiras hipóteses, a resposta é fornecida por meio de ofício para comunicação de atendimento ou eventual ajuizamento de ação, mas, na terceira hipótese, a demanda é encaminhada para a realização de reunião de mediação, que deve ocorrer mensalmente para a apreciação de várias demandas (SANT'ANA, 2018).

Nessas reuniões, há diálogo direto entre o demandante (assistido pela Defensoria Pública) e gestores da SES, e o atendimento às necessidades dos pacientes se dá com a tentativa de aliar as suas expectativas às contingências de atendimento do SUS. Em caso de sucesso, o acordo entre as partes é expresso no “Termo de Mediação”, um instrumento próprio (SANT’ANA, 2018).

De acordo com as pesquisas feitas por Sant’Ana (2018), os resultados da Camedis permitem que esta seja considerada enquanto uma promissora estratégia extrajudicial. Para Cruz e Nez (2017, p. 13), “com a CAMEDIS, a Defensoria, ao invés de, via de regra, ingressar judicialmente com as demandas de saúde, passou também a buscar soluções extrajudiciais para os conflitos por meio da prática da mediação.”.

Outro significativo arranjo institucional é o SUS mediado, que surgiu da cooperação entre as Defensorias Públicas do Estado do Rio Grande do Norte e da União, a Procuradoria do Estado, Secretarias Estadual e Municipal (Natal) de Saúde, com o objetivo de dar efetividade às políticas públicas de saúde, evitando o ajuizamento de ações, facilitando o acesso do cidadão ao SUS. Ou seja, “envolve um conjunto mais amplo de instituições” (SANT’ANA, 2018, p. 205).

Ainda nas palavras de Sant’Ana (2018, p. 205-206):

A prática tem local destinado ao atendimento dos cidadãos na sede da Defensoria Pública estadual e a dinâmica se assemelha àquela descrita acerca da CAMEDIS. O atendimento inicial se dá pela Defensoria Pública, que encaminha aos setores responsáveis a demanda para avaliação e atendimento. O rol de demandas recebido também é amplo, pois inclui medicamentos, realização de exames, cirurgias de média e alta complexidade, fornecimento de próteses, órteses e outros materiais. Quando o atendimento não pode ser de pronto realizado, é encaminhado para mediação. O formato da mediação realizada mantém a característica importante de valorizar a participação do usuário, que se faz presente, juntamente a um técnico indicado pela gestão do SUS (farmacêutico e/ou médico do setor de regulação), um defensor público e um procurador do Estado. Os casos não atendidos ou de elevada urgência são objeto de ações judiciais promovidas pela Defensoria Pública.

Nota-se que o SUS mediado possui avanços quando comparado com o Camedis, como a presença da Procuradoria do Estado, que permite maior segurança em relação à formatação e cumprimento dos acordos. Além disso, permite também o encaminhamento das demandas a setores específicos e as reuniões são mais frequentes (semanais) (SANT’ANA, 2018).

Tal modelo apresentou diversos avanços: reduziu o número de ações propostas em razão do encaminhamento administrativo dado às demandas; direcionamento das demandas conforme as competências dos entes federativos; divulgação mais positiva do SUS junto aos usuários; atendimento imediato e individualizado às demandas dos cidadãos e elevado índice de

resolução das demandas em âmbito administrativo (40%) (SANT'ANA, 2018).

Por fim, tem-se a CRLS, composta por diversas instituições no estado do Rio de Janeiro, através de Convênio de Cooperação celebrado em 2012: DPE e DPU; Procuradores do Estado e do Município; Equipes de Apoio Técnico das Secretarias de Estado e Municipal de Saúde, que tem por objetivo promover atendimento aos usuários do SUS que buscam a Defensoria Pública para demandar acesso aos serviços de saúde (SANT'ANA, 2018).

Também adota princípios de atuação muito semelhantes aos descritos em relação às experiências da Camedis e SUS mediado, estimulando a busca de soluções administrativas para as necessidades de saúde dos usuários do SUS e sua inserção na dinâmica das políticas públicas estabelecidas. “Nesse processo, ao mesmo tempo em que se almeja reduzir o número de ações judiciais, busca-se a especialização e a personalização do atendimento do cidadão nas demandas relativas à saúde” (SANT'ANA, 2018, p. 206). Espera-se, por meio disso, viabilizar um acesso mais célere e resolutivo, diminuindo o número de novas ações.

É mais avançada em relação aos outros dois instrumentos por três motivos: possui sede própria, funciona de forma permanente e atende em grande escala. Desse modo, possibilita-se que o “acolhimento aos usuários do SUS, a avaliação das demandas pelos gestores, a orientação jurídica e o encaminhamento de soluções administrativas ou de confecção de ações judiciais se deem todas no mesmo espaço” (SANT'ANA, 2018, p. 207).

Entre setembro de 2013 até setembro de 2016, foram feitos aproximadamente 31 mil atendimentos com altos índices de consenso entre os usuários e os gestores do SUS, havendo também o crescimento de 35% de resolução administrativa extrajudicial das demandas no primeiro ano e para mais de 53% em 2016, um número significativo (SANT'ANA, 2018).

Experiências como essa permitem analisar os números do HUUFMA no mesmo sentido. Isto é, conforme demonstrado há, mesmo sem a estrutura para mediação, uma quantidade maior de ofícios em comparação com a de processos judiciais. Isso demonstra que há a possibilidade de se estabelecer diálogos com as instituições antes mesmo de judicializar as questões de saúde.

A urgência em se atender com efetividade as demandas de saúde requer iniciativas institucionais que busquem viabilizar o melhor acordo entre as necessidades dos cidadãos e os recursos à disposição no HUUFMA, o qual, antes de ser um hospital de atendimento, é um hospital de ensino. É, principalmente, nesse sentido que se nota a necessidade pela busca de um acesso à saúde justo, baseado na equidade.

Assim, resta evidente que estabelecer uma Câmara de Conciliação ou instrumento semelhante dentro do HUUFMA traria boas experiências, tendo em conta a disponibilidade do hospital na comunicação com as instituições do sistema de justiça. Considerando que a estrutura

básica da sociedade é o objeto primário da justiça, é indispensável um mecanismo que auxilie na manutenção da paz social, evitando e prevenindo conflitos que a desestremem ou a desorganizem (GHISLENI; SPENGLER, 2011).

Deve-se considerar que mediação pode proporcionar um espaço de melhor atendimento ao indivíduo que necessita de um procedimento relativo à sua saúde, garantindo um ambiente que responda às demandas conforme a competência de cada órgão federativo, evitando um conflito judicial, contribuindo para um sistema que distribui direitos, obrigações e assegura as liberdades básicas aos cidadãos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de propor quaisquer conclusões definitivas acerca do tema, a presente pesquisa teve como escopo estudar a hipótese de judicialização em São Luís através de um estudo feito no HUUFMA, no período de 2014 a 2019. Isto é, partiu-se do pressuposto que, diante do crescente protagonismo do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde, houve um significativo aumento de demandas judiciais.

Para atingir esse objetivo, fez-se uma exposição acerca do direito à saúde em âmbito nacional e internacional, relacionando-o com o conceito de justiça como equidade desenvolvido por John Rawls e aspectos específicos definidos por Norman Daniels. Através disso, restou demonstrada não só a possibilidade, mas também a importância de uma saúde fundamentada na justiça. Isso porque os cuidados em saúde têm o papel de proteger liberdades e o leque de oportunidade de vida de cada indivíduo, tratando-se de um bem valioso que influencia na concretização dos planos racionais de vida, protegendo a igualdade justa de oportunidades.

Logo, as instituições devem proteger a saúde, não sendo suficiente apenas eliminar as barreiras formais ou legais, se fazendo imprescindível a busca pelo aumento de oportunidades daqueles que estão em desvantagem por fatores sociais. A liberdade plena de cada indivíduo deve ser garantida de forma igualitária, cabendo a ele a possibilidade real de escolher e buscar uma vida adequada, desde que observados os limites dos demais indivíduos.

Ainda, abordou-se o impacto do federalismo para a efetivação das políticas públicas de saúde antes da análise do conceito de judicialização. Para tratar do fenômeno, o marco teórico estabelecido foram os estudos de Tate e Vallinder, utilizados como lente enquanto analisados os dados coletados através do HUUFMA. Por meio dessa análise, foi possível destacar que um grande problema se origina da falta de coordenação e cooperação entre os entes, por isso a descentralização das políticas públicas deve ser dar gradativamente — de maneira articulada e não conflitiva — e sem prejuízo para a população.

Em relação aos dados coletados acerca do HUUFMA (Unidade Presidente Dutra), tem-se que, no período de 2014 a 2019, foram 4.541 (quatro mil quinhentas e quarenta e uma) demandas judiciais e extrajudiciais respondidas pelo hospital, havendo entre elas diversos pedidos, tais como internações, próteses, órteses, medicamentos, tratamentos em geral e cirurgias, sendo estas últimas o recorte principal da presente pesquisa.

Outros dados especificados no terceiro capítulo, recebidos diretamente do HUUFMA, foram aqui utilizados. Para tratá-los adequadamente, garantindo a seriedade da pesquisa, o trabalho foi conduzido através de uma abordagem qualitativa, sendo também exploratória, pois

tem por finalidade aprofundar os estudos de uma realidade específica e descritiva, considerando que os dados coletados foram analisados em cada elemento.

Nesse sentido, foi aplicado o método de análise de conteúdo, a fim de que fossem obtidos indicadores que permitissem a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção, o que possibilitou a análise dos atores da judicialização da saúde no HUUFMA.

Da organização desses dados, pôde-se incidir a interpretação controlada, considerando que a análise de conteúdo é um eficaz instrumento de indução para se investigarem as causas a partir dos efeitos. Dentro dessa organização, foram consideradas “cirurgias” as seguintes solicitações: a) datas previstas para marcação de cirurgia; b) possibilidade de realização da cirurgia pelo HUUFMA; c) fornecimento de material para a realização de cirurgia; d) providenciar aquisição de prótese cirúrgica; e) informar acerca da demora da realização da cirurgia; f) informar custo unitário do insumo cirúrgico; g) informar a disponibilidade do leito cirúrgico; h) informar a disponibilidade da prótese e material para cirurgia; i) informar o custo total do procedimento; j) informar motivos acerca da recusa do HUUFMA na realização da cirurgia; k) informar a posição do paciente na lista de espera da cirurgia; l) informar se o tratamento e a prótese são fornecidos pelo SUS; m) cotação de material necessário para a cirurgia e n) indicar um médico com especialidade em determinada cirurgia. Assim, restaram claros os objetivos da demanda e quem demandava.

Os gráficos foram organizados em biênios: 2014 e 2015; 2016 e 2017; 2018 e 2019. Da análise do primeiro biênio, notou-se que, em relação às 98 (noventa e oito) solicitações recebidas, há 3 (três) instituições do sistema de justiça que fazem solicitações ao HUUFMA com maior frequência: o MPE, a DPU e a JF. Além disso, a quantidade de ofícios supera, significativamente, o número de demandas judiciais requerendo cirurgias ou informações sobre assuntos a elas relacionados, de modo que foram 85 (oitenta e cinco) ofícios, 11 (onze) processos judiciais, 1 (uma) nota técnica e 1 (um) requerimento.

Em relação ao segundo biênio, 2016 e 2017, entre as 261 (duzentas e sessenta e uma) solicitações, figuraram entre os principais demandantes a JF, a DPU e o MPE. Também entre eles, ocorreu maioria por meio de ofícios em comparação a processos judiciais, sendo aqueles 201 (duzentos e um) e estes 60 (sessenta).

Por fim, de 2018 a 2019, foram 125 (cento e vinte e cinco) solicitações: 103 (cento e três) por meio de ofícios, 12 (doze) por meio judicial e 10 (dez) através de solicitações de e-mail. De mesmo modo, prevaleceram como demandantes nesse biênio a DPU, a JF e o MPE.

Após essa apreciação, notou-se o protagonismo de três instituições em detrimento de outras, principalmente em relação aos advogados particulares. Ainda, não ficou evidente e

confirmada, em nenhum momento, a hipótese de que há uma quantidade exacerbada de processos judiciais em busca da condenação do hospital, pelo contrário, o que se infere por meio dos dados é um processo de desjudicialização da saúde.

Essa desjudicialização se faz notória, sobretudo, quando se confronta a quantidade de ofícios e a de processos judiciais. Com a comunicação existente entre as instituições e o HUUFMA, a solução das solicitações é resolvida de maneira mais ágil e eficaz. Isso torna possível pensar na fundamentalidade da criação de uma Câmara de Mediação e Arbitragem, que pode ser expandida até mesmo para outros hospitais.

Com a mediação, um meio extrajudicial alternativo de resolução de conflitos, há a facilitação do dissenso, pois se trata de um veículo capaz de administrar a discordância e permitir um entendimento democrático por meio da comunicação e do diálogo. Nesse sentido, fica clara a promoção da igualdade democrática e a minoração da diferença social existente, mediante o reestabelecimento das relações sociais, assim como previsto na concepção igual de justiça.

Essa noção de mediação enquanto instrumento facilitador da comunicação entre as partes que geram as demandas de saúde aproxima o acesso à saúde da noção de justiça, na medida em que se notaria a contemplação de mecanismos de regulação e ajustes contínuos das iniquidades, uma vez que as instituições devem garantir, com equidade, a realização dos planos de cada indivíduo. Para demonstrar a viabilidade desse instrumento, foi brevemente relatada a experiência da Camedis, SUS mediado e da Câmara de Resolução de Litígios em Saúde (CRLS).

Finalmente, por meio da presente pesquisa, considera-se que a mediação proporciona um melhor espaço de atendimento à saúde do indivíduo, garantindo um ambiente que responda melhor às demandas conforme a competência de cada órgão federativo, evitando conflitos na justiça, ao mesmo tempo que coopera para o fortalecimento de um sistema que distribui direitos, obrigações, assegurando as liberdades e o leque de oportunidades de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (org.). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília, DF: Escola Superior do Ministério Público da União, 2015. 4 v.
- AÑÓN, Lema Carlos. **Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social**. Madrid: Dykinson, 2009.
- ARRETCHE, Marta. Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 11, n. 31, p. 44-66, jun. 1996.
- ARRETCHE, Marta. Federalismo e democracia no Brasil: a visão da ciência política norte-americana. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 23-31, out./dez. 2001.
- ARRETCHE, Marta. Quando instituições federativas fortalecem o governo central? **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 95, p. 39-57, mar. 2013.
- ASSIS, Gilmar de. A ação institucional de mediação sanitária: direito, saúde e cidadania. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 460-471, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.17566/ciads.v2i2.98>. Acesso em: 2 jan. 2021.
- ASSIS, Marluce Maria Araújo; JESUS, Washington Luiz Abreu de. Acesso aos serviços de saúde: abordagens, conceitos, políticas e modelos de análise. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 11, p. 2865- 2875, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n11/v17n11a02.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2020.
- ASSIS, Marluce Maria Araujo; VILLA, Tereza Cristina Scatena; NASCIMENTO, Maria Angela Alves do. Acesso aos serviços de saúde: uma possibilidade a ser construída na prática. **Ciência Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 815-823, 2003. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S1413-81232003000300016>. Acesso em: 18 jul. 2020.
- BARATA, Rita Barradas. Epidemiologia social. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 7-17, mar. 2005.
- BARATA, Rita Barradas. **Como e por que as desigualdades sociais fazem mal à saúde**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Edições 70, 2016.
- BARROS, Fernando Passos Cupertino de; DELDUQUE, Maria Célia; SANTOS, Alethele de Oliveira. O direito à saúde e a proposta de cobertura universal. **Anais do Instituto de Higiene e Medicina Tropical de Lisboa**, Lisboa, v. 15, p. S51-S55, 2016. Supl. 1.
- BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 13-28, mar. 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1891.

BRASIL. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. **8ª Conferência Nacional de Saúde**: 17 a 21 de março de 1986: relatório final. Brasília, DF: MS, 1986. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

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

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação de saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 127, n. 182, p. 1, 20 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 121, p. 4, 29 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Educação. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. **Hospital Universitário da UFMA**: histórico de competência e referência. [Brasília, DF: MEC; Ebserh, 2020]. Disponível em: <http://www2.ebserh.gov.br/web/hu-ufma/apresentacao>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde**: a visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

CRUZ, Marco Túlio Thomé da; NEZ, Brunna Agostini de. A contribuição da mediação sanitária para a desjudicialização do direito à saúde. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA, 5.; MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 5., 2017, Ijuí. **Anais** [...]. Ijuí: Unijuí, 2017. p. 1-19. Disponível em: <https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8658>. Acesso em: 15 jan. 2021.

CURREA-LUGO, Víctor de. **La salud como derecho humano**: 15 requisitos y una mirada a las reformas. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005. (Cuaderno Deusto de Derechos Humano, n. 32).

D'ANTONIO, Suzete de Souza. Mediação sanitária: diálogo e consenso possível. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 8-22, abr./jun. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. "Apresentação". *In*: CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1992.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334. 1988.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário. *In*: DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília-DF: Ministério da Saúde, 2003. (Coletânea de textos, v. 1). Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/34304/1/LIVRO_direito_san_v1.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34. 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>. Acesso em: 13 jul. 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes republicanos e a defesa do direito à saúde: evolução da proteção do direito à saúde nas constituições do Brasil. *In*: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília, DF: Escola Superior do Ministério Público da União, 2013. p. 21-44.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DANIELS, Norman. **Just health care**: studies in philosophy and health policy. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

DANIELS, Norman. **Just health**: meeting health needs fairly. New York, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DE MARIO, Camila Gonçalves. **Saúde como questão de Justiça**. 2013. 350 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013.

DELDUQUE, Maria Célia. Saúde: um direito e um dever de todos. **Boletim da Saúde**, Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 93-97, jul./dez. 2010.

DELDUQUE, Maria Célia. A mediação sanitária como novo paradigma alternativo à judicialização das políticas de saúde no Brasil. *In*: CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **Direito à saúde**. 1. ed. Brasília: Conass, 2015. p. 1-8. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/43049>. Acesso em: 2 jan. 2021.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A mediação sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde. **Revista Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr./jun. 2015.

DINIZ, Isadora Moraes. **Direito à saúde e judicialização**: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça no aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde. 2015. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2015.

DOURADO, Daniel de Araujo. **Regionalização e federalismo sanitário no Brasil**. 2010. 182 fs. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

DOURADO, Daniel de Araújo; DALLARI, Sueli Gandolfi; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. Federalismo sanitário brasileiro: perspectiva da regionalização no Sistema Único de Saúde. **RDisan**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 10-34, nov. 2011/fev. 2012.

DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico: a experiência do Grupo de Pesquisa em Direitos Sociais e Políticas Públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde**: a visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-62.

ESCOREL, Sarah. **Reviravolta na saúde**: origem e articulação do movimento sanitário. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.

ESCOREL, Sarah. Histórias das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. *In*: GIOVANELLA, Lígia *et al.* (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. p. 323-363.

FABRIZ, Daury Cesar. Federalismo, municipalismo e direitos humanos. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 28, v. 77, n. 4, out./dez. 2010.

FERREIRA, Patrésio Camilo. **Federalismo brasileiro**: considerações sobre a evolução e desenvolvimento do município no Brasil. 2010. 51 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Ciências Administrativas e Econômicas, Universidade Vale do Rio Doce, Governador Valadares, 2010. Disponível em: <http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Federalismobrasileiroconsideracoessobreavolucaoedesenvolvimentodomunicipiobrasil.pdf>. Acesso em: 4 set. 2020.

FLEURY, Sônia. **Saúde e democracia**: a luta do CEBES. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

FLEURY, Sônia; OUVÉNEY, Assis Mafort. Política de saúde: uma política social. *In*: GIOVANELLA, Lígia *et al.* **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. p. 25-57.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A justiça como equidade na teoria de John Rawls: a mediação enquanto política pública de sua concretização. **Desenvolvimento em questão**, Ijuí, ano 9, n. 18, p. 5-29, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2237-6453.2011.18.5-29>. Acesso em: 3 jan. 2021.

GIOVANELLA, Lígia; FLEURY, Sônia. Universalidade da atenção à saúde: acesso como categoria de análise. *In*: EIBENSCHUTZ, Catalina. (org.). **Política de saúde**: o público e o privado. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996. p. 177-198.

KUGELMAS, Eduardo; SOLA, Lourdes. La construcción del federalismo democrático en Brasil. **ICE Revista de Economía**, [s. l.], n. 810, p. 105-122, nov. 2003.

LIMA, Júlio César França. O Banco Mundial, a Organização Mundial de Saúde e o “novo universalismo” ou a “cobertura universal”. In: PEREIRA, João Márcio Mendes; PRONKO, Marcela (org.). **A demolição de direitos**: um exame das políticas do Banco Mundial para a educação e a saúde (1980-2013). Rio de Janeiro: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, 2014.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva; CARVALHO, Fabrício. Federalismo e centralização do Brasil: contrastes na construção da federação brasileira. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1483-1503, 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução para o espanhol de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

LOPES, Luciano Motta Nunes; ASENSI, Felipe Dutra; SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes da. A judicialização indireta da saúde: um estudo de caso sobre a experiência de Cachoeiro de Itapemirim/ES. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 285-320, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.19801>. Acesso em: 7 ago. 2020.

LUCCHESI, Patrícia T. R. (coord.). **Políticas públicas em saúde pública**. São Paulo: Bireme/OPAS/OMS, 2004.

MACHADO, Teresa Robichez. Judicialização da saúde e contribuições da teoria de justiça de Norman Daniels. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 52-76, jul./out. 2015.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. 33 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes *et al.* Mediação: um meio de desjudicializar a saúde. **Tempus, Actas de Saúde Coletiva**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 169-177, mar. 2016.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Caminhos da judicialização do direito à saúde. In: OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). **Judicialização de políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019. p. 177-200.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Genebra: OMS, 1946.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). **Mini-código de direitos humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008. p. 206-215.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo**: agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. [Nova York: ONU, 2015]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

PAIM, Jairnilson Silva. **Reforma sanitária brasileira**: contribuição para a compreensão e crítica. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

PARANHOS, Denise Gonçalves de Araújo Mello e *et al.* As teorias da justiça, de John Rawls e Norman Daniels, aplicadas à saúde. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 119, p. 1002-1011, out./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-1104201811917>. Acesso em: 12 jul. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. **Novos desafios da mediação judicial no Brasil**: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, p. 55-70, jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509924>. Acesso em: 19 jan. 2020.

POLAKIEWICZ, Rafael Rodrigues; TAVARES, Cláudia Mara de Melo. Judicialização, juridicização e mediação sanitária: reflexões teóricas do direito ao acesso aos serviços de saúde. **Revista Pró-UniversUS**, Vassouras, v. 8, n. 1, p. 38-43, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://editora.universidadedevassouras.edu.br/index.php/RPU/article/view/885/701>. Acesso em: 4 jan. 2021.

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito fundamental à saúde**: direito social tratado como direito individual no Brasil. 2012. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Sul de Minas, Porto Alegre, 2012.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. **Direito à saúde, direito à igualdade e universalidade**: uma análise de concepções de saúde e da atuação de organismos internacionais nas políticas públicas sanitárias para a Região das Américas. 2012. 258 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2012.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. **Universalidade do direito à saúde**. São Luís: EdUFMA, 2014.

RAMOS, Edith Maria Barbosa Ramos; DELDUQUE, Maria Célia. Argumentos dos atores processuais nas causas jurídicas sobre saúde no Estado da Bahia, Brasil. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 127-138, jan./mar. 2017.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; MIRANDA NETTO, Edson Barbosa de. O federalismo e o direito à saúde na constituição federal de 1988: limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico federalismo sanitário cooperativo no Brasil. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 49, p. 304-330, nov. 2017.

RAMOS, Paulo Roberto. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**: os sistemas do Brasil e da Espanha. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REIS, Iaci Pelaes dos. **Justiça distributiva e federalismo cooperativo**: igualdade federativa como critério norteador para promover partilha dos *royalties* petrolíferos do pré-sal. 2017. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

RIBEIRO, Wesllay Carlos. A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 62-76, fev. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROCHA, Luiz Carlos da. **O direito à saúde e o sistema suplementar**. 2015. 96 f. (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2015.

SAMPAIO, Amanda Inés Moraes; ALVES, Rebecca Falcão Viana. A mediação sanitária como alternativa à judicialização do direito à saúde. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 1-20, jan./jun. 2019.

SANCHEZ, Raquel Maia; CICONELLI, Rozana Mesquita. Conceitos de acesso à saúde. **Revista Panamericana de Salud Publica**, Washington, v. 31, n. 3, p. 260-268, mar. 2012.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: judicialização como instrumento de acesso à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 196-211, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i3.5726>. Acesso em: 2 jan. 2021.

SCANLON, Thomas Michael. Rawls' theory of justice. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 121, n. 5, p. 1020-1069, 1973.

SCHNEIDER, Volker. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. **Civitas**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 29-58, jan./jun. 2005.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis: Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007.

SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. The de-judicialization of health: mediation and interinstitutional dialogues. **Revista Bioética**, Brasília, v. 25, n. 2, p. 290-230, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422017252189>. Acesso em: 7 ago. 2020.

SILVA, Delmo Mattos da; RAMOS, Edith. Justiça social e direitos sociais em Rawls: direito à saúde e garantias de qualidade de vida com equidade. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 112-129, maio/set. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/9647>. Acesso em: 2 jan. 2021.

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. Direito à saúde: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 2, p. 4-22, jun. 2017.

SILVEIRA, Denis Coutinho. Justificação pública: a função da ideia de estrutura básica da sociedade em Rawls. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 52, n. 123, p. 197-211, jun. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2011000100011>. Acesso em: 7 ago. 2020.

SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. **Federalismo e políticas públicas**. Brasília: Enap, 2018. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3331/1/Livro_Federalismo%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas.pdf. Acesso em: 2 set. 2020.

SOUSA, Lidia Cunha Schramm de. **A eficácia das decisões judiciais no Maranhão: judicialização da saúde e o acesso às unidades de tratamento intensivo neonatal**. 2015. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2015.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 24, p. 105-121, jun. 2005.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. New York: New York University, 1995.

TRAVASSOS, Claudia; MARTINS, Mônica. Uma revisão sobre os conceitos de acesso e utilização de serviços de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 190-198, 2004. Supl. 2.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. 1. ed. 22. reimpr. São Paulo: Atlas, 2013.

VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Revista Escritos**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 3, p. 249-281, 2009. Disponível em: <http://escritos.rb.gov.br/numero03/artigo13.php>. Acesso em: 4 nov. 2019.