

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”

ROBERTA CARREIRA BARCAROLLO

**MOBILIZAÇÃO SOCIAL DO DIREITO E EFETIVAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

FRANCA – SP

2020

ROBERTA CARREIRA BARCAROLLO

**MOBILIZAÇÃO SOCIAL DO DIREITO E EFETIVAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Planejamento e Análise de Políticas Públicas da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do título de mestre em Planejamento e Análise de Políticas Públicas.

Linha de pesquisa: Instituições, Cidadania e Políticas Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Luís Alexandre Fuccille

B242m

Barcarollo, Roberta Carreira

Mobilização Social do Direito e efetivação do Direito Fundamental à Saúde / Roberta Carreira Barcarollo. -- Franca, 2020

139 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca

Orientador: Luis Alexandre Fuccille

1. Mobilização do direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Saúde. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

ROBERTA CARREIRA BARCAROLLO

MOBILIZAÇÃO SOCIAL DO DIREITO E EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Planejamento e Análise de Políticas Públicas da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de mestre em Planejamento e Análise de Políticas Públicas.

Linha de pesquisa: Instituições, cidadania e políticas sociais

Orientador: Prof. Dr. Luís Alexandre Fuccille

Data da defesa: 31/08/2020

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Prof. Dr. Luís Alexandre Fuccille
UNESP – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais

Membro Titular: Prof. Dr. Vinicius Modolo Teixeira
UNEMAT – Universidade do Estado de Mato Grosso

Membro Titular: Prof. Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério
USP – Universidade de São Paulo

Local: Universidade Estadual Paulista
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Campus de Franca

Agradecimentos

Concluir a redação de uma dissertação de mestrado durante uma pandemia mundial é um desafio. O ato de escrever é majoritariamente solitário, e adicionar a ele preocupações com crises sanitárias e políticas, bem como uma quarentena sem prazo para acabar, foi quase enlouquecedor. Não foi fácil, mas consegui concluir essa etapa.

Agradeço ao Programa de Planejamento e Análise de Políticas Públicas da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca – Unesp pela oportunidade de aprofundar meus estudos, magistral corpo docente e aulas transformadoras. Um muito obrigada vai em especial para o professor Agnaldo de Sousa Barbosa e ao assessor Erick Vivan, que me acolheram em momentos de dúvidas e dificuldades, e sem os quais eu certamente não teria terminado esse projeto.

Agradeço ao meu orientador, Doutor Luis Alexandre Fuccille, pelo profissionalismo, amizade e expertise que me foram dispensadas. Aos meus amigos e companheiros de mestrado, pessoas tão iluminadas e solidárias que eu acho que não encontraria em nenhum outro lugar. Obrigada pelas risadas, cervejas depois da aula, ombros, ouvidos e ajuda desinteressada, que foram tão importantes. Lari, Fernandinha, Bruno, Arnaldo, Gustavo, Lucas, Inácio, Eveline, eu nem sei como agradecer.

Agradeço à minha família por tolerar minhas crises de confiança, dúvidas e desespero. Aos meus pais, pelo apoio incondicional, e à minha irmã que foi companhia silenciosa enquanto eu escrevia. O apoio nesse momento tão exigente e complicado foi fundamental não apenas para a conclusão dessa pesquisa, mas também para a minha sanidade.

*Todo homem toma os limites do seu próprio
campo de visão como os limites do mundo.
(Arthur Schopenhauer)*

BARCAROLLO, Roberta Carreira. **Mobilização social do direito e efetivação do direito fundamental à saúde**. 139 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento em Planejamento e Análise de Políticas Públicas) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2020.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo analisar a relação entre o direito, os movimentos judiciais e o Poder Judiciário, investigando a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais, especialmente o direito à saúde, dentro de um cenário de mobilização social que busca validá-los com a submissão de questões que buscam mudanças sociais ao crivo dos tribunais, instrumentalizando o acesso ao Judiciário. A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um marco importante para movimentos de mobilização social, que se viram munidos com instrumentos de ação coletiva que definiram agendas, ofereceram aliados e facilitaram o acesso às cortes de uma forma anteriormente impensada. A luta pela efetivação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição, em particular o direito à saúde, é essencial para o rompimento com crenças e práticas antigas que não mais satisfazem uma sociedade consciente de suas disparidades e incongruências, com representantes dispostos a promover mudanças. O cenário é estabelecido com um panorama do enquadramento legal dos direitos fundamentais como norteadores da sociedade brasileira, e um diagnóstico do SUS e do Rename como políticas públicas consolidadas cuja cobertura se estende a todos os brasileiros. A partir daí se utiliza da análise do instituto da mobilização do direito, originada pela literatura norte-americana e incorporada recentemente à conjuntura acadêmica brasileira, afeita à judicialização, oferecendo uma nova visão e abordagem sobre a interface da ciência jurídica com a vida social e política, bem como a expansão do poder judicial na análise e resolução de antagonismos e mobilização do Judiciário em processos de conflito social e político, analisando que papel lhe cabe nessa nova configuração. Identificam-se as várias formas de mobilização do direito por grupos sociais. Por fim, a análise de alguns casos concretos demonstra o caminho e os diferentes resultados de ações de mobilização do direito dentro da mais alta corte do país, o Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Mobilização do direito. Direitos Fundamentais. Saúde.

BARCAROLLO, Roberta Carreira. Legal mobilization in the realization of the fundamental right to health. 139 f. Dissertation (Master's degree in Planning and Public Policies Analysis) – School of Humanities and Social Sciences, São Paulo State University “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2020.

ABSTRACT

This research objects to analyze the relation developed between law, social movements and the Judiciary Branch, investigating the effectiveness of fundamental rights, specially the right to health inside a legal mobilization background that seeks to validate them, submitting demands of social changes to courts of law. The enactment of the 1988 Federal Constitution represents an important landmark for social movements, that now have instruments of collective action that defined agendas, gathered allies and enabled access to courts in a way that was unheard of. The struggle to realize basic rights guaranteed by the Constitution, particularly the right to health, which is also a social right, is critical to break with old beliefs and actions that no longer tend to a society conscious of its disparities and inconsistencies, with members willing to promote innovations. The background is set with the outline of the legal framework of fundamental rights as guides to the Brazilian society, and a diagnosis of SUS and Rename as established public policies. From this point on, the legal mobilization, originated inside American literature and only recently incorporated by the Brazilian scholar situation, which is prone to judicialisation, offers a new approach to the interface of legal science, social and political life, considering the expansion of judicial power in the analysis and solution of opposite forces, as well as legal mobilization in political and social struggles, and which role it assumes in this new setting. Legal mobilization can happen in many ways. Lastly, screening of concrete cases will demonstrate how far legal mobilization has gone and what kind of results it achieved within the Brazil's highest court of law.

Keywords: Legal mobilization. Fundamental Rights. Health.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABIA	Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS
ABGLT	Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais
ABRAF	Associação Brasileira De Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar
ABRAFH	Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas
ABRAM	Associação Brasileira de Assistência À Mucoviscidose
ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
AIS	Ações Integradas em Saúde
ANADEP	Associação Nacional dos Defensores Públicos
ANIS	Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CAP	Caixa de Aposentadoria e Pensões
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CEME	Central de Medicamentos
CF	Constituição Federal
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CIT	Comissão Intergestores Tripartite
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.
CONASS	Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde
Conitec	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
CP	Código Penal
DALY	<i>Disability Adjusted Life of Years</i>

Dataprev	Equipe de Processamento de Dados da Previdência
DEA	<i>District Health Authorities</i>
DNPS	Departamento Nacional de Saúde Pública
DOU	Diário Oficial da União
DPU	Defensoria Pública da União
EUA	Estados Unidos da América
EC	Emenda Constitucional
GADvS	Grupo de Advogados pela Diversidade Social e de Gênero
GP	<i>General Practitioners</i>
HC	Hospital das Clínicas
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i>
IAP	Instituto de Aposentadorias e Pensões
IBDCivil	Instituto Brasileiro de Direito Civil
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICS	<i>integrated Care Systems</i>
INAMPS	Instituto de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional da Previdência Social
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
LOPS	Lei Orgânica de Previdência Social
MESP	Ministério da Educação e Saúde Pública
MS	Ministério da Saúde
NHS	<i>National Health Service</i>
ONG	Organização Não Governamental
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PAIS	Programa de Ações Integradas da Saúde
PCdoB	Partido Comunista do Brasil
PCT	<i>Primary Care Trust</i>
PIASS	Programa de Interiorização de Ações de Saúde e Saneamento

PNAUM	Pesquisa Nacional sobre Acesso, Utilização e Promoção do Uso Racional de Medicamentos
PNAF	Política Nacional de Assistência Farmacêutica
PNM	Política Nacional de Medicamentos
PSB	Partido Socialista Brasileiro
PT	Partido dos Trabalhadores
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PUC	Pontifícia Universidade Católica
RCL	Receita Corrente Líquida
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
RE	Recurso Extraordinário
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
SIMPAS	Sistema Nacional de Assistência à Previdência Social
STF	Supremo Tribunal Federal
SUDS	Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde
TPP	Teoria do Processo Político

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 ENQUADRAMENTO LEGAL: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO À SAÚDE	20
1.1 A Importância da Dignidade da Pessoa Humana	23
1.2 O Universo dos Direitos Fundamentais	25
1.3 Direito Fundamental à Saúde.....	31
1.3.1 Direito à Igualdade	32
1.3.2 Direito à Vida.....	34
2 INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PRECEITOS LEGAIS: O SUS E O RENAME COMO POLÍTICAS PÚBLICAS	39
2.1 Cenário Histórico e Origens do SUS	39
2.2 O National Health Service	45
2.3 Enfrentamentos do SUS enquanto Política Pública.....	49
2.4 Políticas Públicas de Distribuição de Medicamento.....	53
2.5 Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME	59
3 A PERSPECTIVA DA MOBILIZAÇÃO SOCIAL DO DIREITO E O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA CONTEMPORANEIDADE	66
3.1 Direito E Mobilização Pessoal	68
3.1.1 O Conceito de Lei.....	70
3.1.2 Movimentos Sociais	72
3.2 Mobilização Social do Direito	73
3.2.1 Teoria do Processo Político.....	81
3.3 Cenário Brasileiro.....	85
3.4 O Fenômeno da Judicialização	87
3.4.1 O Processo de Judicialização no Brasil.....	89
3.4.2 Judicialização da Saúde.....	92
4 A MOBILIZAÇÃO JURÍDICA EM FACE DA POLÍTICA DO “NÃO FAZER” EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	99

4.1 A Política do “Não Fazer”	101
4.2 Mobilização Jurídica na Efetivação de Direitos Fundamentais	108
4.2.1 Fornecimento de Medicamentos - RE 566471	109
4.2.2 Aborto de Fetos Anencéfalos - ADPF 54	111
4.2.3 Doação de Sangue pela Comunidade LGBT - ADI 5.543	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é uma das pedras fundamentais para o desenvolvimento dos temas constantes desse trabalho, e ressaltá-la com frequência é absolutamente inevitável. A Carta Magna foi a grande instituidora do Estado Democrático de Direito no Brasil, que havia saído há pouco de um período de ditadura militar iniciado em 1964, cujo poder estava nas mãos de um governo autoritário que promulgou atos institucionais que sistematicamente diminuíram as liberdades individuais e as garantias fundamentais da população em nome de uma suposta segurança nacional. Houve a normalização de censura, perseguição, exílio e morte, em um pedaço obscuro da história que deveria ilustrar claramente como é a vida longe da égide da liberdade em seus sentidos mais amplos.

O advento da Constituição Federal também consolidou os direitos civis, políticos e fundamentais dentro do universo jurídico brasileiro. Os direitos fundamentais são de suma importância em todas as esferas jurídicas e sociais, representando o que é essencial ao ser humano, estando muito próximos dos direitos humanos, que desfrutam de um nível de proteção global. Sua existência é essencial para a observação do princípio da dignidade da pessoa humana, e representa prerrogativas para que o direito positivo se concretize. Estes foram positivados no texto constitucional, havendo assim a necessidade de seu cumprimento por todas as esferas da sociedade, guiando as atividades e posturas de legisladores e governantes. Além disso, a regulamentação de regramentos que observem o princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e tratamento especial aos hipossuficientes, além do estabelecimento de direitos sociais, políticos e eleições diretas tornaram-se absoluta prioridade em nossa sociedade. Essas medidas proporcionaram o fortalecimento da democracia e das instituições democráticas. “Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissolúvelmente combinados” (FERREIRA FILHO, 1988, p.16).

Com a redemocratização surgiu o conceito de neoconstitucionalismo, que impõe uma nova realidade onde se busca a eficácia plena do texto constitucional, fazendo com que ele deixe de ser retórico para tornar-se ser efetivo, com destaque

para a validação das proteções trazidas pelos direitos fundamentais, já que estes protegem o indivíduo frente à ação estatal. A hierarquia entre as normas passa a ser de valores e não mais meramente formal, constituindo uma das ferramentas de implantação do estado democrático de direito. Este, por sua vez, é aquele em que se encontra qualquer Estado que promove e garante o respeito às liberdades civis, aos direitos humanos e garantias fundamentais descritas em seu texto constitucional, e devem ainda priorizar o cumprimento dessas mesmas regras ou sofrer consequências caso isso não ocorra. No Brasil, o Estado Democrático de direitos tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Neste cenário também é importante destacar a teoria da separação de poderes, que prevê a autonomia de Executivo, Legislativo e Judiciário como pressuposto de validade para o Estado Democrático, pressupondo que o poder seja controlado pelo próprio poder em um contexto de decisões interligadas, através do estabelecimento de uma divisão de competências onde a interdependência é mantida. Desenvolvida por Montesquieu em 1748, ela foi consagrada no art. 2º da Constituição, que estabelece que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Para a presente pesquisa, o Judiciário se destaca de seus pares e assume posição que se mostra fundamental na busca por uma sociedade justa e equilibrada.

A efetivação do direito à saúde, que também se encontra elencado no Título II da Constituição, que lista os direitos e garantias fundamentais, tem se mostrado um processo dos mais complexos e de difícil uniformização dentro de nossa sociedade, dadas as proporções do território e população brasileiros. Sua consagração como direito fundamental fez com que a saúde pública fosse estruturada de forma até então inédita no país, o que culminou com criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela lei 8.080/1990, uma das maiores políticas públicas de saúde do mundo. Este foi o marco para a legitimação do direito à saúde como tutelado e protegido pelo Estado, reforçado pelo SUS, cujo funcionamento deve se realizar de forma a garantir atendimento e cuidados universais a todos os cidadãos. Dentro desse universo de prestações também está o fornecimento de medicamentos.

Em momento posterior à criação do SUS foram instituídas a Política Nacional de Medicamentos (Portaria 3.916/98), a Política Nacional de Assistência

Farmacêutica (Resolução Conselho Nacional de Saúde nº 338/2004) e a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), atualizada periodicamente e cuja eficiência como política pública será explorada. Nenhum dos institutos consegue prever, entretanto, todas as drogas e tratamentos disponíveis para as mais variadas doenças, sejam estas comuns ou raras, visto que estão intimamente ligados à indústria farmacêutica e suas constantes inovações e desenvolvimentos em pesquisas. Por outro lado, as falhas de gestão do SUS também são bastante notáveis no cenário descrito, e é neste contexto que o acesso ao Judiciário se mostra como uma opção para movimentos sociais que representam grupos segregados, no processo da chamada mobilização social do direito.

Fomentando a discussão, o art. 196 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas. A insuficiência de cumprimento deste preceito dentro de políticas públicas omissas dá margem para que os cidadãos reivindiquem judicialmente este direito. Cabe lembrar que o surgimento da AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*/ Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) gerou um número altíssimo de demandas judiciais por medicamentos, com consequentes reflexos em políticas do SUS, ocasionando um novo entendimento sobre o tema dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A discussão judicial de direitos fundamentais dos cidadãos, notadamente o direito à saúde, também assegurado constitucionalmente no rol de Direitos Sociais do caput do artigo 6º, fez com que a doutrina buscasse compreender esse tipo de movimentação social, bebendo em fontes literárias norte-americanas. Foi constatada a ocorrência do fenômeno da judicialização, surgida primeiramente no campo político e depois expandida para a área de direitos, que se tornou foco da maior parte da produção acadêmica nacional, mas despreza nuances e desenvolvimentos sociais importantes, que são o foco do estudo da mobilização social do direito.

Posto isto, a presente dissertação se insere na agenda de estudos acerca do inovador relacionamento estabelecido entre o direito, movimentos sociais e o Poder Judiciário em nossa sociedade contemporânea. Busca-se compreender em linhas gerais qual o papel dos juízes e cortes judiciais na mobilização social do direito, promovida por esses grupos em busca de mudanças sociais efetivas, com especial atenção para ações que busquem a efetivação do direito à saúde.

A maior parte dos autores que tratam da mobilização social do direito fazem considerações do ponto de vista da movimentação dos grupos de mobilização social, qualificando-as com ações jurídicas como um dos recursos incluídos no conjunto de estratégias desses grupos, cuja utilização avalia diversos fatores e pretensões para cada caso. A literatura sobre o tema conta com alguns nomes relevantes, como McCann (2006, 2011), Sidney Tarrow (1988), Barclay, Bernstein e Marshall (2011) e Sandra Levitsky (2015), dentre outros, e buscou-se compreender e incorporar seus trabalhos nessa pesquisa de modo a melhor embasá-la.

Em meio a essa utilização estratégica de ferramentas legais estão os juízes de todas as instâncias, e reflexões sobre a forma com que eles devem se portar conforme se deparam com esse novo tipo de demandas jurídicas são parte importante da presente pesquisa. No sistema brasileiro, o desempenho dos ministros de tribunais superiores é acompanhado mais de perto tanto pela opinião pública quanto pela população, e suas decisões podem impactar de maneira definitiva os regramentos que regem e norteiam a vida em sociedade. Com isso, suas atuações ultrapassam a mera resolução de conflitos particulares e abrangem demandas coletivas que costumam ser negligenciadas e não encontram respostas junto a outras instituições públicas, e é neste cenário que as mudanças almejadas costumam encontrar campo fértil para germinar.

Desta feita, o protagonismo judicial tem se mostrado cada vez mais relevante para o desenvolvimento social, e evidencia a complexa relação entre os três poderes, a política e a sociedade, bem como mudanças nessa dinâmica nos últimos anos. A abordagem do aspecto da judicialização foi preterida no presente estudo em favor da análise da mobilização social do direito, e a validação de suas agendas e ações de modo a atingir seus objetivos de reformas.

Apenas recentemente a agenda de pesquisa da mobilização social do direito passou a ser incorporada pela doutrina nacional, com trabalhos importantes de Débora Maciel (2012) e Cristiana Losekann (2013), que os analisaram dentro de uma perspectiva de direito penal com a Lei Maria da Penha e no campo ambiental, respectivamente. A produção ainda é tímida, mas encontra-se em franco crescimento e cada vez mais inserida no contexto da mobilização social conforme definida pelos intelectuais americanos.

A expansão do Poder Judiciário é uma realidade, e uma das razões pelas quais ele vem se tornando tão fundamental e indispensável para o funcionamento de nossa sociedade é a maneira com que os demais poderes se conduzem e posicionam com relação à produção e direcionamento de políticas públicas para as áreas de maior necessidade social. Nesse cenário, as omissões do Executivo e Legislativo não deixam de constituir um tipo de política pública e os tribunais representam uma alternativa à população que busca a concretização dos direitos básicos que lhe foram asseguradas pela lei maior do país. Nesse sentido, as lutas dos movimentos sociais representam lutas pela igualdade, e a efetivação plena dos direitos fundamentais constitui seu objetivo histórico. Desta feita, o acesso facilitado ao judiciário representa uma via natural para conquistar avanços em seus objetivos, fortalecendo o debate democrático e envolvendo parcelas cada vez maiores da população em suas demandas e posicionamentos, como é necessário na luta por mudanças sociais profundas em um país marcado por tantas desigualdades.

Assim, fica contextualizado o cenário que representa o ponto de partida para a presente pesquisa, pretende-se analisar o papel da mobilização social do direito na efetivação do direito fundamental à saúde, esclarecendo suas premissas, sua utilização e seus possíveis resultados, ilustrados por análises sucintas de casos concretos que mudaram o cenário social brasileiro, além de colaborar com o debate sobre o tema da mobilização em nosso país.

O princípio de humanidade e dignidade está assinalado no preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) em 1948, bem como no art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. Apesar das inúmeras dificuldades em conceituá-lo, trata-se de um valor intrínseco e interno que não pode ser substituído por equivalentes. O princípio da dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos e deveres fundamentais que garante à pessoa as condições mínimas para uma vida saudável, bem como a proteção de qualquer ato degradante e desumano. A definição também abarca desigualdades sociais e a não exclusão de populações.

Em se tratando da atuação de membros do judiciário no julgamento de ações que envolvam direitos fundamentais, outro ponto que também exerce grande influência nas proposições são os entendimentos de ética da convicção e ética da realidade. Nos ensinamentos de Max Weber, a ética da convicção é o conjunto de

normas e valores que orientam o comportamento do político na esfera privada. Já o conjunto de normas e valores que orientam a decisão a partir de sua posição como governante e legislador representa a ética da realidade. Desta feita, as decisões judiciais envolvendo o direito fundamental à saúde expressam uma dualidade que gera reflexões e divisões de opinião. Por um lado, existem os pacientes em situação de necessidade de medicamentos e tratamentos considerados de alto custo, com suas vidas dependentes, muitas vezes, dessa decisão. São crianças, idosos, pessoas pobres e honestas que contribuem para a sociedade e de repente se veem em situações difíceis que despertam a compaixão humana. Do outro lado estão ordenamento jurídico, políticas públicas e um número muito maior de pessoas que precisam do SUS para uma multiplicidade de intervenções. O dinheiro do Estado é extremamente mal administrado, prioridades são estabelecidas de maneira nebulosa e acaba-se chegando a uma decisão cruel: quem merece ser atendido? Em análise mais detida, quem merece viver? O juiz deve fazer escolhas racionais para contribuir com o bom andamento do poder público e cumprimento das diretrizes orçamentárias e governamentais, mas por vezes é impossível separar a pessoa do profissional.

A maioria dos estudos sobre mobilização do direito mostra que a capacidade individual de cada cidadão de mobilizar a justiça é bastante desigual, e neste sentido a organização e atuação em grupos pode favorecer opções mais favoráveis. Ademais, a lei também funciona como instrumento de manutenção do *status quo* vigente, reforçando e destacando as relações desiguais que os cidadãos mantêm com instituições públicas há gerações.

Após essas considerações, o objetivo geral da presente pesquisa é investigar e avaliar a função do direito e do Poder Judiciário em relação à ação coletiva e mobilização política, considerando o cenário de busca da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, e as políticas públicas disponíveis para a população. Para isso, adota-se a teoria da mobilização social do direito e sua prioridade na observação das ações coletivas dos movimentos sociais.

Para melhor compreensão e assimilação do objeto de pesquisa, no primeiro capítulo é traçado um panorama do enquadramento legal dos direitos fundamentais, seu histórico e evolução até a posição que se encontram na legislação brasileira, começando pela constituição e permeando-se por todas as normas do ordenamento jurídico, suas características, classificações e alcance. Mais detidamente se estuda

o direito fundamental à saúde, suas premissas e como se posiciona, se desenvolve e se exige dentro da sociedade em um ideal legal.

No segundo capítulo o enfoque é na institucionalização dos preceitos legais, destacando o SUS e a RENAME como políticas públicas. A busca pela efetivação do direito à saúde levou à constituição do SUS, a maior política pública de saúde do país, que tem por objetivos concretizar os preceitos constitucionais que instam o fornecimento de acesso à saúde a todos, de maneira universal e sem nenhum tipo de discriminação. Destaca-se seu cenário histórico, a inspiração buscada no sistema de saúde britânico e algumas dificuldades vivenciadas pelo sistema. Levando-se em consideração que esta pesquisa considera o aspecto da distribuição de medicamentos como um dos pontos nevrálgicos do Sistema de Saúde, aborda-se a o desenvolvimento histórico desse tipo de política, a criação da PNM e a elaboração do RENAME de forma a melhorar o atendimento à população de maneira regionalizada e direcionada, e verificar, assim, se o direito à saúde é efetivado nessa frente de atuação.

O terceiro capítulo aborda a perspectiva da mobilização social do direito, associando-a ao papel dos tribunais na contemporaneidade. A investigação e conceituação da relação entre movimentos sociais, o direito e o Poder Judiciário é um fenômeno recente no Brasil, e constitui estratégia importante para grupos de mobilização social ao vindicar mudanças na sociedade de maneira coletiva. Para isso é abordado o conceito amplo de direito, o que se entende por lei e movimentos sociais, e de que forma estes se encontram e se unem de forma a alterar o status quo e trazer benefícios para pessoas que vivem à margem da sociedade e não possuem acesso pleno a seus próprios direitos.

Por fim, o quarto capítulo trata da mobilização jurídica em face da política do “não fazer” em busca da efetivação de direitos fundamentais. Aborda-se aqui o conceito de política pública, seu desenvolvimento e como a inércia e omissão dos responsáveis por sua elaboração e difusão conduz uma espécie de política baseada em “não fazer”, o que vincula ainda mais o Poder Judiciário à promoção de mudanças sociais que efetivem direitos fundamentais. Nesse sentido, são detalhados três casos concretos de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, cuja mobilização social do direito resultou em caminhos e resultados distintos, com profundas mudanças sociais.

1 ENQUADRAMENTO LEGAL: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO À SAÚDE

A garantia de acesso universal e igualitário aos serviços de saúde e ações deles oriundas, estabelecidas pela Constituição Federal (CF), encontram suas raízes nos princípios fundamentais da República, que se ramificam no estabelecimento de direitos e garantias fundamentais a serem observados na sociedade como um todo. Tais dispositivos encontram-se dispostos logo no início da CF promulgada em 1988, estando os princípios já no art. 1º da Carta Magna.

Semanticamente o termo “princípio” pode ter variados significados, mas um princípio constitucional, segundo Bandeira de Mello (2015, p.355) expressa o mandamento nuclear de um sistema, a disposição fundamental que se estende por diferentes normas e estabelecendo o critério para sua compreensão exata. Em outras palavras, os princípios organizam os sistemas de normas, priorizando valores e bens estabelecidos constitucionalmente. Como tal, os princípios são fontes primárias do Direito e devem ser os primeiros elementos considerados pelo legislador ou quem vai aplicar a lei ao caso concreto quando lidando com textos legais.

As raízes dos princípios como o alicerce de um sistema são profundas e sempre devem ser respeitadas. Bandeira de Mello assinala ainda que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento, obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio violado, porque representa insurgência a todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2015, p. 72)

Estabelecidos no Título I da CF, os princípios fundamentais são a matriz de todas as normas constitucionais, já que caracterizam a coletividade e norteiam as opções políticas, constituindo fundamento indispensável para a interpretação e aplicação do direito positivado. Na lição de Canotilho (1993, p.178), são os princípios que definem forma e estrutura de Estado, regime político, forma de governo e organização política. Trata-se, então, dos regramentos fundamentais dos quais derivam todos os outros, historicamente adotados e inseridos na consciência jurídica

e que são encontrados explícita ou implicitamente no texto constitucional. Resta óbvia, assim, sua função organizadora.

De acordo com José Afonso da Silva, existem duas categorias de princípios constitucionais. A primeira trata dos princípios político-constitucionais, que instituem decisões políticas fundamentais conformadoras do sistema constitucional e estabelecem a existência política da nação. Estes se encontram na CF nos arts. 1º a 4º do Título I; e a segunda categoria abrange os princípios jurídico-constitucionais, decorrentes dos princípios fundamentais informadores da ordem jurídica pátria, observados de maneira mais difusa pela CF, mais notadamente em seu art. 5º (SILVA, 2011, p. 93).

É justamente na categoria de princípio político-constitucional, positivado no art. 1º, inciso III, que se insere o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio-matriz de todos os direitos fundamentais e um dos mais importantes para o desenvolvimento do presente estudo. A dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, pois dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Assim, independe de merecimento pessoal ou social, é inerente à vida e também um direito pré-estatal (ROCHA *apud* PIOVENSAN, p.421).

Elevado a esta posição pelo legislador constituinte, o princípio está ao lado de outros importantes marcos democráticos tais como a soberania; cidadania; valores sociais do trabalho; livre iniciativa e pluralismo político; o princípio da separação dos poderes; objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que abrangem a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e redução de desigualdades, promoção do bem geral sem interferência de nenhuma forma de discriminação de origem, sexo, idade e cor; além dos princípios que regem as relações internacionais brasileiras, com prevalência de direitos humanos e igualdade entre os Estados.

O desenvolvimento desse posicionamento advém do liberalismo clássico, que destaca os valores da liberdade e igualdade para cada pessoa individualmente, exaltando seus direitos fundamentais enquanto ser humano livre para se desenvolver de maneira igualmente livre no campo moral e econômico. Esses direitos fundamentais foram considerados e acolhidos na redação de constituições liberais. Nesse sentido, Canotilho assevera que os direitos fundamentais constituem uma esfera própria e autônoma dos cidadãos, que ficam fora do alcance dos

ataques do poder e dele podiam se defender (1993, p. 256). Mais do que isso, a necessária correlação entre o Direito e a Moral, estreitando os laços entre a ciência jurídica, a ética e a justiça constituem as principais características do pós-positivismo jurídico, que busca aproximar a aplicação do direito no caso concreto às necessidades da realidade social.

Conforme leciona Ricardo Maurício Freires Soares (2010, p.122), o modelo pós-positivista consagra os direitos fundamentais apresentados pelos princípios constitucionais, incorporando definitivamente ao ordenamento jurídico representações de valores de liberdade, igualdade e dignidade para todos os seres humanos. Desta feita, a doutrina defende que o chamado neoconstitucionalismo é uma expressão do pós-positivismo no âmbito do direito constitucional, e assim ambos são intrinsecamente ligados.

O período pós-Segunda Guerra Mundial representa um marco histórico para o direito constitucional moderno, mais notadamente em se tratando de países como a Alemanha e a Itália, que iniciaram a reestruturação político-jurídica no continente Europeu, se estendendo até a segunda metade do século XX. No Brasil o processo de redemocratização protagonizado pela CF/88 tornou real a aproximação entre o constitucionalismo e a democracia, no desenvolvimento de organização política que conhecemos como Estado democrático de direito. Nele, as normas constitucionais deixam de ter aplicação meramente retórica para assumir uma atuação mais efetiva, com a concretização dos direitos fundamentais nela previstos – uma desejada consolidação do que foi legal e socialmente prometido.

Aduz-se, então, que o neoconstitucionalismo valoriza a utilização de princípios jurídicos no desenvolvimento do ordenamento jurídico, com seu correspondente emprego de valores morais no texto constitucional. Isso faz com que o Direito deixe de ser visto como atividade totalmente objetiva ou científica e passe a incorporar o elemento político em suas ações. Esse novo olhar percebe o constitucionalismo de maneira não contida pela ideia de poder político, possibilitando a liberdade da interpretação do texto de lei e objetivando sua eficácia, buscando-se o caráter axiológico.

Assim, as diversas concepções constitucionalistas convergem para o entendimento de que o direito é uma construção axiológica e teleológica, impondo a aplicação de princípios jurídicos constitucionais para que a realização da justiça seja

potencializada, o que se manifesta plenamente com a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (SOARES, 2010, p.127).

1.1 A Importância da Dignidade da Pessoa Humana

Na esteira do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, o princípio da dignidade da pessoa humana sagra-se um dos mais importantes do ordenamento constitucional porque a essência da aplicação de um direito considerado justo é o próprio homem. Seu valor e condição humana são um fim em si mesmo e impedem a sua degradação. Deste modo, a pessoa humana é racional, não pode ser coisificada e existe apenas em condição de autonomia, evidenciando que vive com dignidade e não possui um preço como as coisas.

Sendo assim, Soares define que:

O princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante (2010, p.128).

A dignidade sinaliza o valor intrínseco de cada ser humano, impedindo-o de transformar-se em mero instrumento para qualquer finalidade que não derive de sua própria vontade. Ingo Sarlet (2001, p. 60) destaca que a partir da dignidade o ser humano merece o mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, gerando o asseguramento de condições existenciais mínimas para uma vida saudável, bem como proteção contra todo e qualquer ato degradante.

Pode-se apontar que doutrinariamente o princípio em questão conta com duas dimensões a serem observadas: a subjetiva e a objetiva. A dimensão subjetiva implica no direito do titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual, enquanto, por outro lado, o Estado também possui a obrigação de implementar uma condição mínima de subsistência para os cidadãos. Já a dimensão objetiva indica que os direitos fundamentais são um conjunto de valores e direcionamento para que o Poder Público aja de maneira positiva, expandindo sua atuação para além de seus titulares (SARLET, 2001, p.82).

A relação entre princípios e valores, especialmente os princípios fundamentais com a dignidade, estabelece a Constituição como um sistema

normativo aberto à moralidade social, que por sua natureza é mutável. Todo o sistema jurídico é influenciado por esse sentido de justiça emanado pela conjunção dos princípios fundamentais com os direitos fundamentais (PARDO, 20013, p.197).

Considera-se a dignidade da pessoa humana como um valor que brota da própria existência e desenvolvimento humano desde os mais remotos tempos, alcançando destaque com a organização da vida em sociedade. Por essa mesma razão seu conceito e percepção são variáveis e se adaptam a cada cultura, abrangendo desde a posição social de cada indivíduo na Antiguidade Clássica até os valores cristão emanados da crença de que o homem é semelhante a Deus. A sua valoração e desenvolvimento fixaram o fundamento concreto do que se percebe como direito justo.

A ideia de justiça passa por ideais de proporção e igualdade que são característicos da dignidade da pessoa humana, que reconhece em cada homem uma pessoa. A dignidade liga-se necessariamente à justiça e ao direito para reger as relações humanas, e essa dinâmica também inspirou Miguel Reale ao falar do tridimensionalismo jurídico¹ (1972, p.300 *apud* SOARES, 2010, p.131). A justiça busca então concretizar cada vez mais o valor encerrado pela dignidade da pessoa humana, que se torna, assim, a condição de força-motriz dos demais valores e lhes assegura adimplemento.

Conforme anteriormente mencionado, o período pós-guerra fez com que a dignidade da pessoa humana voltasse a ter destaque, com sua inserção em instrumentos internacionais que promoveram a sua abrangência a nível global. Em 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), que logo em seu artigo 1º afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito”, e ressalta em seu art. 2º que os direitos podem ser invocados sem distinção alguma, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou qualquer outra situação². A internacionalização deu origem à constitucionalização e consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da civilização ocidental.

¹ O tridimensionalismo defendido por Miguel Reale indica a existência de três etapas que devem ser levadas em conta e estudadas em um caso jurídico: o fato, o valor e a norma.

²Universal Declaration of Human Rights. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=po>. Acesso em 31/05/2020.

Conforme já visto, o legislador da Constituição brasileira elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de princípio fundamental, alicerçando todo o sistema constitucional e norteando o rol de direitos fundamentais dispersados pelo texto constitucional. Além daqueles elencados no art. 5º, abrangendo os direitos individuais à vida, à liberdade, igualdade, segurança e propriedade, ele também orienta a ordem econômica (art. 170), a educação no art. 226, direitos relativos a crianças e adolescentes (art. 227) e ao idoso (art.230), dentre outros. Ademais, é importante ressaltar que por força do art. 5º, §2º da CF/88, o catálogo de direitos fundamentais se torna aberto, pois aqueles que foram elencados na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou advindos de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana vincula toda a atividade do Poder Público, que deve agir de modo a não interferir na esfera pessoal dos cidadãos e protegê-la da agressão de terceiros, consistindo em deveres de respeito e proteção que devem ser compostos por ações positivas que promovam uma existência digna. O princípio é o verdadeiro fundamento do estado democrático de direito e todas as normas infraconstitucionais o devem priorizar e dele se utilizar na condução de casos concretos.

Nota-se que existe uma relação de dependência mútua entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, visto que os últimos surgiram como uma exigência da dignidade e apenas através dos direitos fundamentais a dignidade pode ser promovida e respeitada.

1.2 O Universo dos Direitos Fundamentais

O Título II da CF/88 é intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, abrangendo os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos, direitos coletivos e solidários. Assim como a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais tiveram sua origem no pensamento cristão e na concepção dos direitos naturais que geraram as primeiras declarações de direitos, bem como as ideias de individualidade propiciadas pelo iluminismo e a incongruência entre o regime da monarquia, opressor e despótico, e as tendências sociais de expansão cultural e comercial.

Além disso, o surgimento de doutrinas marxistas, a doutrina social da Igreja, o intervencionismo estatal e a publicação do Manifesto Comunista³ serviram de inspiração à elaboração dos direitos fundamentais.

Apesar da terminologia constitucionalmente adotada, são empregadas várias expressões e termos para se referir a esses direitos, como “direitos naturais”, “direitos humanos”, “liberdades fundamentais”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas” e “direitos fundamentais dos homens”, dentre outros. Apesar da amplitude de terminologias, a expressão “direitos fundamentais do homem” é aceita pela doutrina como a mais adequada, por englobar princípios que se referem à concepção do mundo e informar a ideologia política de cada ordenamento jurídico, bem como designar prerrogativas e instituições que concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas (LUÑO *apud* SILVA, 2011, p.178). Estes direitos são, portanto, fundamentais, pois uma pessoa não convive sem eles em sociedade, e em alguns casos tampouco sobrevive. São de titularidade do homem e abarcam todas as pessoas, que igualmente deles dispõem, e sinalizam com clareza uma limitação aos poderes do Estado.

Os direitos fundamentais são dotados de algumas características que os qualificam. Neste sentido, são inalienáveis no sentido de que não são bens ou apresentam conteúdo econômico, não sendo possível se desfazer deles, pois foram conferidos a todos indiscriminadamente. Também são imprescritíveis, pois não são patrimoniais e não há nenhum requisito que importem sua prescrição, e também irrenunciáveis, visto que o indivíduo pode até não os exercer, mas jamais deles pode renunciar (SILVA, 2011, p.181).

A história dos direitos fundamentais coincide com o desenvolvimento do Estado constitucional e do constitucionalismo, mas como já foi sinalizado antes, seu surgimento é anterior às Constituições do direito moderno. Ingo Sarlet (2015, p. 264) adota o entendimento de Klaus Stern quanto à historicidade dos direitos fundamentais, destacando três fases distintas de evolução antes da inserção deles no ordenamento constitucional.

Primeiramente, a pré-história dos direitos fundamentais fundamenta-se com a aceção dos ideais da liberdade e igualdade dos homens, fruto da filosofia clássica advinda do pensamento greco-romano e cristianismo. No século XVI a doutrina do

³ De autoria de Karl Marx e Friedrich Engels, o Manifesto Comunista foi publicado pela primeira vez em 21 de fevereiro de 1848, é historicamente um dos tratados políticos de maior influência no mundo.

direito natural começa a ganhar contornos na Europa, e no século XVII desenvolveu-se a teoria dos direitos naturais inalienáveis dos homens, com a publicação de obras de autores como John Milton e Thomas Hobbes. Nesse diapasão, John Locke teve grande influência ao ser o primeiro a reconhecer uma eficácia oponível aos direitos naturais e inalienáveis do homem, mas foi apenas no século XVIII que a teoria dos direitos naturais atingiu seu apogeu com a publicação de obras de nomes como Rousseau e Kant, para quem todos os direitos são abarcados pelo direito à liberdade, inerente ao ser humano por sua própria humanidade e limitada pela liberdade dos demais homens (SARLET, 2015, pp.264-267).

Em termos de inserção na legislação, um dos marcos da evolução dos direitos fundamentais foi a *Magna Charta Libertatum* firmada pelo Rei João Sem-Terra em 1215. O documento, assinado em conjunto com bispos e barões ingleses, conferia privilégios feudais a nobres e de forma alguma incluía a população em geral, mas é referência para direitos e liberdades civis tais como o *habeas corpus*, a garantia de propriedade e o devido processo legal, ainda encontrados em nosso ordenamento jurídico nos dias de hoje. Apesar de ter surgido em uma época de opressão social e privilégios a poucos, o que foi nela estabelecido serviu como modelo para que os direitos fundamentais fossem posteriormente desenvolvidos e reconhecidos, tendo em vista seus dispositivos sobre a garantia de liberdade de locomoção e proteção contra a prisão arbitrária e o reconhecimento da liberdade como pressuposto fundamental para que as outras liberdades fossem exercidas (SARLET, 2015, p.267). A Reforma Protestante também foi fundamental nesse processo, assim como as Declarações de Direito da Inglaterra, com grande destaque para a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, a Declaração Francesa, de 1789, e a Constituição dos Estados Unidos, de 1791, e suas subsequentes emendas constitucionais.

Desde o seu reconhecimento e formalização, os direitos fundamentais sofreram transformações, e essa evolução no tocante a conteúdos, eficácia, titularidade e demais características é dividida pela doutrina em dimensões, que atualmente são compreendidas por alguns autores⁴ até a quinta. Cada dimensão mantém as proteções e conquistas da anterior ao mesmo tempo em que traz suas próprias inovações e conceitos, facilitando o entendimento do contexto adotado.

⁴ Nessa categoria destaca-se o entendimento de Paulo Bonavides, conforme será abordado nas próximas páginas.

Existem críticas sobre essa categorização de evolução, considerando que os direitos fundamentais e as constituições nas quais foram inseridos não experimentaram um desenvolvimento linear e uniforme e o conhecimento jurídico acerca deles também não. Com efeito, existem constituições que não contemplam direitos básicos, mormente direitos sociais, enquanto outras reconhecem direitos para vidas não humanas. Independente disso, os direitos fundamentais são tradicionalmente organizados em gerações e momento de reconhecimento, conforme se explica a seguir.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, os primeiros a serem reconhecidos, são marcados pela linha de pensamento do século XVIII, de viés liberal e individualista. Implicam a realização de uma abstenção por parte do Estado, e não uma conduta no sentido da realização de uma ação positiva. De titularidade individual, representam uma resistência à ação estatal e neles se enquadram os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Na mesma categoria estão as liberdades coletivas tais como de imprensa, de expressão, e de reunião, direitos de participação política e garantias processuais como o devido processo legal e o direito de petição. Estes direitos continuam sendo parte fundamental do texto constitucional nos dias de hoje, e se fixaram como conquistas incorporadas ao Estado Democrático de Direito.

Na segunda dimensão estão os direitos econômicos, sociais e culturais, estabelecidos no século XIX por acontecimentos como a Revolução Industrial e seus consequentes problemas sociais e econômicos, bem como o surgimento das doutrinas socialistas e a constatação de que o mero estabelecimento formal do direito à liberdade e à igualdade não era o suficiente para que seu efetivo gozo fosse garantido. Estes direitos se caracterizam pela adoção de uma postura positiva do Estado, que agora age e assegura prestações sociais que abrangem o direito ao trabalho, educação, assistência social e saúde. Verifica-se, portanto, a transação de liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas, concretizando o princípio da igualdade. Além dos direitos já citados, nesta geração também são categorizados a liberdade de sindicalização, o direito à greve e direitos dos trabalhadores como limitação da jornada de trabalho e salário mínimo – direitos coletivos ou da coletividade.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são também chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade e destinam-se a proteger não apenas o homem enquanto um indivíduo, mas toda uma coletividade, tendo, assim, titularidade transindividual. Mudanças na sociedade no século XX levaram à percepção da necessidade desses direitos, tendo-se em vista a disseminação da necessidade de preservação do meio ambiente, por exemplo. Paulo Bonavides (2004, p. 569) aponta que essa dimensão tem como destinatário o próprio gênero humano, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Encontram-se aqui o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, ao meio ambiente, à comunicação e a conservação do patrimônio histórico e cultural. Sua natureza difusa exige novas técnicas de garantia e proteção por parte do Estado, e demandam esforços em sentido universal para sua completa efetivação.

O fenômeno da globalização, experimentado mundialmente, possui uma vertente política que tem suas raízes nos direitos fundamentais e introduz, assim, os direitos de quarta dimensão, decorrentes dela e com a correspondente universalização no plano institucional. Segundo Bonavides, esta quarta geração é a que corresponde à última fase de institucionalização do Estado social. Inserem-se nesta dimensão o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Na concepção do ilustre jurista, esta dimensão não apenas culmina a objetividade das duas gerações antecedentes como também absorve a subjetividade dos direitos individuais (BONAVIDES, 2004, p. 573).

A paz é classificada por porção majoritária da doutrina como direito de terceira geração, entretanto Paulo Bonavides defende que tal direito constitua sua própria dimensão, a quinta, entendendo ser uma premissa da democracia participativa e direito supremo da humanidade.

No que tange aos ensinamentos acima sinalizados, é importante destacar que o estabelecimento de uma quarta e quinta geração de direitos fundamentais ainda não foi consagrado dentro da Constituição pátria e nem na esfera do direito internacional, tendo sido incluídos na presente pesquisa para fins de esclarecimento e enriquecimento.

Um ponto importante para compreensão dos direitos fundamentais é o estabelecimento da diferença entre um direito e uma garantia fundamental, já que o

reconhecimento de um direito não importa, necessariamente o seu cumprimento, e por isso ele precisa ser garantido para ser efetivado. A mais consagrada definição foi feita por ninguém menos que Rui Barbosa:

A confusão que irrefletivamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias deriva-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida, natural ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito é o requisito da legalidade, que o defende contra ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil (2004, p. 193).

O jurista português Jorge Miranda também se dedicou à elaboração de um conceito, e assevera que direitos representam certos bens por si, enquanto as garantias asseguram a fruição desses bens. Os direitos são os principais e as garantias os acessórios; os direitos declaram-se e as garantias estabelecem-se (2012, p. 88).

A Constituição Federal, apesar da nomenclatura adotada para seu Título II, não faz uma separação formal entre as duas categorias. A diferenciação é trazida pela doutrina, mas José Afonso da Silva (2011, p. 187) assinala que nem essa ferramenta fornece muito auxílio, já que emprega a expressão garantias constitucionais para: a) o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais; b) disposições que vedam determinadas ações do poder público para evitar violações; e c) recursos destinados a efetivar os direitos que assegura. O próprio autor estabelece então uma categorização das garantias dos direitos fundamentais em dois grupos. O primeiro, abrangendo garantias gerais, está destinado a assegurar a existência e eficácia dos direitos de modo a formar a estrutura de uma sociedade democrática que se torna o Estado Democrático de Direito. Já as garantias constitucionais abrangem os instrumentos e mecanismos através dos quais a própria Constituição garante a observância ou a reintegração desses direitos fundamentais.

Assim, é possível afirmar resumidamente que os direitos são os dispositivos que encerram bens e vantagens constantes do texto constitucional, enquanto garantias são instrumentos que visam assegurar o exercício dos direitos por seus destinatários, oferecendo aos seus titulares meios para tal, e que podem repará-los de maneira imediata caso estes não sejam observados ou restem violados. Estão, portanto, a serviço dos direitos fundamentais.

Além dos direitos fundamentais, uma parte da doutrina defende a existência de deveres fundamentais. Estes deveriam ser observados porque o direito de um indivíduo dependeria do dever de outro não violá-lo ou tentar impedir a sua concretização (DIMOULIS e MARTINS *apud* LENZA, 2013, p.1039). Os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins listam os deveres fundamentais como a obrigação de efetivação dos direitos fundamentais, que abrange a necessidade de uma atuação positiva do Estado e efetivar direitos; deveres específicos do Estado diante dos indivíduos, como no caso da indenização devida a um condenado por erro judicial; deveres de criminalização do Estado, quando a Constituição determina que o Poder Legislativo edite atos normativos para implementar comandos; deveres dos cidadãos e da sociedade, como serviço militar obrigatório e o fornecimento de educação; dever de exercício do direito de forma solidária e levando em consideração os interesses da sociedade, como no caso do direito de propriedade que deve ser exercido conforme sua função social; por fim os deveres implícitos que seriam aqueles não expressamente declarados, mas que correspondem ao fato de que todo direito existente pressupõe um dever de outras e do Estado (DIMOULIS e MARTINS *apud* LENZA, 2013, p. 1039).

Segundo o art. 5º da CF, os direitos e garantias fundamentais têm como destinatários tanto brasileiros quanto estrangeiros residentes no país, que sejam pessoas físicas. Apesar de este ser o texto expresso na Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem publicado decisões no sentido de que eles também se aplicam a estrangeiros não residentes, que possam estar no país em uma visita turística, além de apátridas e também pessoas jurídicas⁵.

1.3 Direito Fundamental à Saúde

Antes de adentrar no enquadramento legal e pormenores do direito à saúde, um dos pilares desta pesquisa, é preciso abordar alguns direitos fundamentais em espécie, dos quais o direito à saúde decorre e que o permeiam em sua essência. Desta feita, em primeiro lugar é preciso abordar o direito à igualdade.

⁵ Esse entendimento pode ser verificado em RE 215.267, Primeira Turma, relatora Ministra Ellen Gracie, DJU 25.05.2001; RE 161.243, Primeira Turma, relator Ministro Carlos Velloso, DJU 19.2.1997; (HC 97.147, Segunda Turma, relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, julgamento em 4.8.2009).

1.3.1 Direito à Igualdade

O direito à igualdade constitui um tópico essencial para o desenvolvimento da presente pesquisa e será abordado de maneira ampla, entendido no sentido de se anularem as desigualdades e se promoverem ações de igualdade. Como bem assinala José Afonso da Silva:

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa (2011, p. 211).

A CF inicia o caput de seu art. 5º estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza no que constitui o sentido jurídico-formal de igualdade perante a lei. A igualdade formal foi consagrada pelo liberalismo clássico e não deve ser único o tipo de igualdade almejado por uma sociedade, justamente por se distanciar da vivência real experimentada por seus cidadãos.

Do ideal liberalista houve uma necessidade da especificação do sujeito de direitos, exponenciada pelo advento dos regimes totalitários na Segunda Guerra, que se utilizaram de diferenças para justificar extermínios. Percebeu-se então a necessidade de proteger determinados grupos minoritários em face de sua própria vulnerabilidade, condicionando a diferença a promover direitos. No direito brasileiro esses valores foram incorporados à CF/88, com capítulos e dispositivos destinados a idosos, crianças, populações indígenas, pessoas com deficiência, entre outros, consagrando o valor da igualdade com o respeito à diversidade. Flávia Piovesan salienta que esse entendimento, ainda novo no ordenamento jurídico, apresenta duas vertentes básicas que visam à implementação do direito à igualdade: o combate à discriminação e a promoção da igualdade (2010, p. 243).

O conceito de discriminação abrange toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que vise prejudicar o exercício dos direitos e liberdades fundamentais em qualquer campo, fazendo predominar uma desigualdade. Percebe-se, então, que o combate a ela é necessário para o exercício pleno dos direitos civis, sociais, econômicos, culturais e políticos. A Constituição estabelece claramente que a lei

punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, destacando que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível em seu art. 5º, XLI. Dentro da legislação supraconstitucional existem, ainda, a lei número 7.716 de 19889, que define os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor e a lei número 9.459 de 19997, que altera a anterior (PIOVESAN, 2010, p. 244).

Segundo a autora, para que haja efetivação da promoção da igualdade é necessário o estabelecimento de medidas que facilitem esse processo, com estratégias capazes de estimular a inclusão de grupos socialmente vulneráveis. Não basta o emprego de ferramentas repressivas, mas também é necessária a utilização das chamadas ações afirmativas. Na legislação brasileira, além dos dispositivos espalhados pela CF/88, que promoveu a institucionalização dos direitos humanos no país, destacam-se também o Programa Nacional de Direitos Humanos (Decreto n. 1.904/96), o Programa Nacional de Ações Afirmativas de 2002, a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial de 2003.

A análise de realidades históricas fornece informações sobre parâmetros de marginalização e hipossuficiências, tornando necessária a criação de medidas de compensação que promovam a anulação dessa desigualdade e estabeleçam uma igualdade de oportunidades. Desta feita, podem-se apontar grandes ações afirmativas de âmbito nacional tais como a criação do Programa Universidade para Todos, PROUNI (Lei n. 11.096/05), criado para reduzir desigualdades sociais e promover a inserção social, e a Lei n. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que busca coibir a prática de violência doméstica e fornecer mais mecanismos de defesa a mulheres (PIOVESAN, 2010, p. 244).

Busca-se que a igualdade, além de formal, também seja material. Considerada utópica, ela é consagrada pela lição clássica de Aristóteles, que afirma que é necessário tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Apesar de idealista, este ainda é o objetivo que deve ser almejado na condução do Estado e sua aparelhagem.

Passadas as observações sobre o direito à igualdade e, conseqüentemente, o direito à diferença, abordaremos um dos mais importantes pilares do direito à saúde: o direito à vida.

1.3.2 Direito à Vida

A vida já era considerada um direito natural e inalienável do ser humano na obra de autores como John Locke, e a sua proteção direciona a organização social, política e jurídica da sociedade. Seu reconhecimento como direito fundamental está ligado ao surgimento do constitucionalismo moderno, e a primeira carta que o reconheceu desta forma foi a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776⁶.

Historicamente, no Brasil, o direito à vida foi reconhecido constitucionalmente pela primeira vez no âmbito da Constituição Federal de 1946, e foi expressamente contemplado pelo legislador constituinte em 1988, no *caput* do art. 5º. De maneira complementar e protetiva a esse direito é vedada a pena de morte no país, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”). Assim, de maneira genérica o direito à vida engloba o direito de não ser privado da vida, de continuar vivo e de viver dignamente. Dentro dessa esfera estão a garantia das necessidades básicas de um ser humano e a proibição de tratamentos indignos como tortura, bem como penas perpétuas, de trabalhos forçados ou cruéis.

Como não poderia deixar de ser, o direito à vida tem uma proximidade muito grande com o princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando o valor da vida para cada indivíduo e, conseqüentemente, para a sociedade. Ambos são complementares, mas não se confundem e mantêm sua autonomia dentro do ordenamento jurídico.

Por ser regida pelo princípio da universalidade, a titularidade do direito à vida é ampla e assegurada a qualquer pessoa, independentemente de nacionalidade ou residência no país. Existem vários debates acerca do início e fim da proteção jurídico-constitucional da vida humana, com alguns posicionamentos envolvendo o STF, mas o tema envolve polêmicas e seu aprofundamento nessa discussão não é o foco desta pesquisa.

Outro desdobramento importante do direito à vida envolve o direito à integridade física e psíquica. A CF/88, adotando uma perspectiva mais abrangente, não traz em seu bojo nenhum artigo que contemple expressamente esse direito, o

⁶ Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA VIRGÍNIA, 1776).

que não significa que ele não seja assegurado e constitua, inclusive, elemento essencial à dignidade da pessoa humana. O direito à integridade física não se confunde com o direito à vida, mas é nele que encontra o fundamento constitucional necessário para sua proteção, considerando-se que violações a ele podem ter como consequência a morte. As pessoas possuem o direito à vida independentemente de sua vontade, e o direito à integridade física protege a inviolabilidade da pessoa contra toda e qualquer intervenção em sua esfera corporal que aconteça sem o consentimento do titular do direito. A relevância da proteção fica destacada com a já mencionada proibição da tortura e penas cruéis, dentre outros institutos (SARLET, 2001, p.385).

Como apontado alhures, o direito à saúde é intrinsecamente ligado ao direito à vida. A partir dessa concepção, em ordenamentos jurídicos onde o direito à saúde não é legalmente previsto é o direito a vida que se torna o fundamento que impõe o reconhecimento de uma obrigação de promoção da saúde. Percebe-se, então, que esse relacionamento entre direito à vida com a saúde se estende também à seara dos direitos sociais.

A Constituição Federal de 1988 positivou os direitos sociais de maneira inédita, na condição de direitos fundamentais. O art. 6º estabelece que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”. Mais uma vez, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como o fio condutor dos direitos fundamentais que são complementados pelos direitos políticos, civis e sociais.

A busca pela justiça social é um dos compromissos da República Federativa do Brasil, disposto no já mencionado art. 3º, com suas boas intenções da construção de uma sociedade sem desigualdades sociais. O estabelecimento de direitos sociais dentro de seu próprio capítulo na CF/88, separado dos direitos econômicos, foi um grande passo dentro da legislação pátria.

Na definição de José Afonso da Silva:

Direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se liga ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao

afetamento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona a condição mais compatível com o exercício da liberdade (2011, p.287).

Os direitos sociais são regidos pelo princípio da universalidade, e toda pessoa pode deles ser titular, em regra. Não devem ser confundidos com direitos coletivos, pois não se referem apenas a situações coletivas e abrangem a pessoa individual, tendo como foco o respeito à dignidade da pessoa humana e atenção ao mínimo existencial. Segundo os arts. 6º a 11 da CF/88, os direitos sociais são aqueles que abrangem o trabalhador, educação e cultura, moradia, família, meio ambiente e seguridade social, onde se encontra o direito à saúde. A seguridade social engloba as ações e iniciativas do Poder Público no sentido de garantir os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social. São regidos pela universalidade de cobertura e atendimento, igualdade de benefícios, unidade de organização e solidariedade financeira, conforme estabelecido pelos arts. 194 e 195 da CF.

A Constituição Federal indica, ainda, que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”, conforme se lê no texto do art. 196 da CF, que o consagra definitivamente em conjunto com o já mencionado art. 6º.

É no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais contundente a vinculação de seu respectivo objeto, como prestações na esfera de assistência médica, hospitalar, dentre outras, com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, além de seu íntimo relacionamento com a proteção da integridade física (SARLET, p. 589). Aponta-se, novamente, a forte interdependência da saúde com outros direitos e princípios fundamentais, constituindo-se de camadas sobrepostas das quais não se podem abrir mão.

Por serem de extrema relevância pública, os serviços de saúde são providos, fiscalizados, controlados e regulamentados pelo Poder Público, que dispõe de extensa legislação infraconstitucional para tal, com destaque para a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), constituído por uma ampla rede regionalizada e hierarquizada criada pela Lei n. 8.080/1990, que regula o art. 198 da CF. As ações impostas pelo SUS são de responsabilidade das três esferas federativas, com a condução de ações segundo observância do princípio da descentralização, e atendimento integral, com especial foco em atividades preventivas, bem como

participação ativa da sociedade. O bloco de artigos do Título VIII, Capítulo II, Seção II da CF, que trata da saúde, compreende a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), cria as diretrizes do sistema único de saúde (art. 198), sinaliza a participação complementar da iniciativa privada (art. 199) e estabelece as atribuições do sistema único de saúde em caráter exemplificativo (art. 200). Além disso, também é através do direito à saúde que se realizam prestações de cunho sanitário e controle de substâncias utilizadas na área.

Doutrinariamente discute-se o alcance do objeto do direito à saúde e qual o limite da prestação solicitada pelo particular frente ao Estado, e quais padrões estes devem obedecer. Destes questionamentos surgem a possibilidade de judicialização e oportunidades de mobilização social do direito, que serão discutidos nos próximos capítulos. O fato é que, no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações materiais explicitamente inserido na Constituição assenta um direito irremovível da própria condição do direito à saúde como direito fundamental (SARLET, p. 591). O exercício do direito à saúde implica, então, na obtenção do direito de prestações e defesa concernente ao âmbito privado e público.

O direito à saúde é compreendido como essencial também pela noção de que a saúde é fundamental para a manutenção da vida humana e a garantia mais óbvia de fruição de todos os outros direitos legalmente previstos. Existe um consenso social indiscutido no sentido de que esse direito deve ser resguardado e promovido pelo Poder Público e seus agentes. Na atual ordem constitucional vigente no país, o direito à saúde desfruta de um regime jurídico de proteção reforçada que inclui hierarquia axiológica superior da qual gozam os direitos fundamentais; salvaguarda especial em caso de reforma constitucional e aplicabilidade direta e imediata das normas relativas à saúde (FIGUEIREDO, pp.222-223).

A estruturação do direito em questão passa, além de procedimentos curativos, pela promoção, prevenção e proteção da saúde, que atuam como diretrizes de atuação e desenvolvimento de políticas públicas para a área. Pelo próprio texto constitucional também se percebe a conexão do direito à saúde com outros direitos menos óbvios, mas ainda assim fundamentais, como meio ambiente, educação, cultura, saneamento básico e desenvolvimento científico e tecnológico. Deste modo, a tutela do direito à saúde é extensamente coletiva e abrange outras ações que se voltam para o benefício da população como um todo. A titularidade do

direito não se restringe a uma pessoa, um grupo ou a sociedade, mas engloba todos esses sujeitos de maneira individual coletiva.

As boas intenções do legislador constituinte estão claras e o processo de estabelecimento de princípios fundamentais e a constitucionalização de direitos fundamentais são ferramentas poderosas para atender a uma população que busca viver com dignidade e exercer sua cidadania em uma sociedade que a protege. No caso brasileiro, entretanto, tais intenções encontram obstáculos em sua concretização, e o direito à saúde tem dificuldades em estender sua necessária cobertura a toda à população de um país tão notadamente marcado pela desigualdade.

Por seu atrelamento à previdência social, os primórdios da implementação de uma assistência à saúde foram caracterizados pela segregação do público que tinha direito a atendimento, direcionado para classes trabalhadoras e anulando qualquer senso de equidade na questão. A transição desse cenário para a realidade atual, pós CF/88 e desenvolvimento do SUS exprime um inegável avanço, devido também a movimentos sociais e políticos, mas não trouxe imediata mudança nos costumes anteriores e tampouco evitou o surgimento de novas dificuldades.

Essencialmente, os setores mais periféricos e marginalizados da sociedade não têm acesso pleno ao alardeado no já mencionado art. 196, que diz ser a saúde um direito de todos, e encontram a prestação devida pelo Estado como mera assistência médica curativa, não sem dificuldades. Ademais, a já mencionada constitucionalização do direito fundamental à saúde pelo legislador brasileiro permitiu acesso mais facilitado ao Judiciário, transferindo a ele a decisão de muitas demandas na área, cujos números superlativos evidenciam os problemas da efetivação desse direito e do cumprimento daquilo que foi idealizado pela Constituição.

2 INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PRECEITOS LEGAIS: O SUS E O RENAME COMO POLÍTICAS PÚBLICAS

Ao se considerar o que foi constitucionalmente estabelecido e a correspondente necessidade de concretização e asseguramento do direito fundamental à saúde, foi imprescindível o desenvolvimento e implementação de políticas públicas que assegurassem esse fim. Desta feita, pode-se citar o Sistema Único de Saúde (SUS) como a maior e mais importante delas, pois é através dele que se viabiliza o direito à saúde no Brasil segundo os ideais de acesso universal e gratuito.

O SUS opera através de diretrizes produzidas pelo Ministério da Saúde (MS), que atuam de modo a orientar as configurações gerais do sistema em todo o território nacional, respeitando-se as especificidades de cada estado e município, e atrelando-as a recursos financeiros destinados à sua realização. Mas, antes de atingir esse patamar idealizado de planejamento e funcionamento e de se tornar um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo, um longo caminho foi percorrido.

2.1 Cenário Histórico e Origens do SUS

A Assembleia Constituinte, representante do Poder Constituinte Originário, possui o poder extraordinário de elaborar uma nova Constituição, dando à luz um novo ordenamento jurídico a partir da confecção do instrumento legal máximo de um país, rompendo com a ordem anterior. No caso de 1988, como abordado no capítulo anterior, essa nova ordem jurídica brasileira inseriu formalmente no ordenamento legal o direito fundamental à saúde, que foi posteriormente regulamentado em 1990 com o advento da Lei n. 8.080 que oficialmente estruturou o SUS.

As diretrizes estabelecidas na Constituição foram mantidas pela lei federal, que em seu artigo 2º determina que o Estado proveja as condições indispensáveis ao exercício da saúde, que é um direito fundamental do ser humano. Os objetivos, princípios e diretrizes do Sistema também são elencados nos artigos subsequentes, bem como sua organização, gestão, competências e atribuições. A sintonia com o

que foi estabelecido na Carta Magna é mantida, as providências para a efetivação e defesa do direito à saúde especificadas e aprimoradas.

A criação do SUS condiz com a organização do sistema federativo brasileiro, que tem como uma de suas mais importantes diretrizes a descentralização de gestão e ações, visando maior cobertura e alcance das medidas programadas. A simplicidade passa longe dessa concepção, considerando que o Brasil é um país que se estende por território físico de 8,5 milhões de quilômetros quadrados⁷, marcado por enormes discrepâncias em termos do número dos habitantes distribuídos nos vinte e seis estados, Distrito Federal e seus municípios. A ambição inicial do SUS em garantir acesso universal e igualitário à saúde acabou por expor desigualdades e exclusões sociais, já tão conhecidas em um país com mais de 210 milhões de habitantes segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em estudo publicado no Diário Oficial da União (DOU) em julho de 2019⁸.

Analisando-se apenas a esfera estadual, a concentração da população varia vertiginosamente de um estado para outro. O mesmo estudo do IBGE aponta pouco mais de 605 mil habitantes em todo o estado de Roraima, enquanto são quase 46 milhões apenas em São Paulo. Cada esfera de governo deveria prover de maneira adequada à sua população, mas o ideal platônico e bem-intencionado da universalidade proposta pela lei esbarra em enormes abismos geográficos e logísticos, visto que a ampla diversidade dificulta a implantação de ações e programas de abrangência nacional, já que se faz indispensável a consideração de diferentes necessidades e peculiaridades de cada região para uma maior efetividade.

Importante ressaltar que a criação do SUS foi um marco fundamental, e até hoje sua implantação é tida não apenas como a maior política pública governamental de saúde brasileira, mas também como uma das maiores políticas de inclusão social da população, inegavelmente. Antes dele, a saúde brasileira era focada em procedimentos curativos e atendia apenas as camadas superiores da população, deixando populações periféricas, ou seja, a maior parte do país,

⁷ Dados da Comissão Nacional de Classificação. Disponível em: <https://cnae.ibge.gov.br/en/component/content/article/97-7a12/7a12-voce-sabia/curiosidades/1629-o-tamanho-do-brasil.html>. Acesso em 28/08/2019.

⁸ Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-3-de-26-de-agosto-de-2019-212912380>. Acesso em 28/08/2019.

completamente desassistidas. Todas as ações e políticas desenvolvidas eram de titularidade do Ministério da Saúde, que as desenvolvia de maneira generalista e sem nenhuma especialização. O foco eram campanhas de vacinação e o controle de algumas doenças contagiosas.

Nos anos 1920, tanto assistência à saúde quanto aposentadoria eram concedidas a apenas algumas classes trabalhadoras, como, por exemplo, os ferroviários, através da Caixa de Aposentadoria e Pensões (CAP), criada pela Lei Eloy Chaves (1923). Neste modelo, organizado e financiado pelas próprias empresas com trabalhadores, sem participação do Estado que mantinha controle distante, não havia garantias de atendimento visto que nem toda empresa oferecia um CAP, e o serviço era destinado apenas a um número ínfimo de trabalhadores formais, firmando o elitismo que permearia a prestação da saúde. Pelo aspecto positivo, foi com a criação das Caixas que surgiram as primeiras discussões sobre a necessidade de se atender aos trabalhadores.

Pouco depois desse marco, movimentos em prol da disseminação do atendimento à saúde conquistaram, após muita negociação política, a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública (DNPS), que levou à criação do Ministério da Educação e Saúde Pública (MESP) em 1930, durante o governo Vargas. Durante este mesmo período, com a criação do Ministério do Trabalho, foram criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), que ampliaram o escopo da CAP e efetivaram o sistema de proteção social com extensão dos benefícios oferecidos a outras classes trabalhadoras e participação estatal na administração destes. A ação de movimentos sociais já mostrava sua capacidade de incorporar importantes mudanças à sociedade. Mais tarde houve aprimoramento em termos de organização e agenda para a consolidação do movimento sanitário, nos anos 1970.

Com o advento do MESP, mais uma vez os direitos eram destinados a poucos e apenas o trabalhador que contribuísse com a previdência estava protegido pelo sistema, que, por sua vez, excluía taxativamente trabalhadores liberais, rurais, e os que exercessem outras funções não formalmente reconhecidas pelo Estado. Algumas categorias profissionais, notadamente as que mais contribuíam no processo agroexportador, possuíam mais benefícios dentro desse sistema⁹.

⁹Disponível em: <https://cnts.org.br/noticias/saude-era-exclusividade-de-poucos-antes-do-sus-parte-1/>. Acesso em 06/10/2019.

Em 1960 o presidente Juscelino Kubitschek sancionou a Lei nº. 3.807, que instituiu a Lei Orgânica de Previdência Social (LOPS). O sistema previdenciário unificou o IAPs em 1966, aglomerando variadas categorias profissionais e transformando-o no Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), que trouxe uma padronização dos benefícios prestados. Em 1977 foi criado o Sistema Nacional de Assistência à Previdência Social (SIMPAS), e dentro dele criou-se o Instituto de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), atrelado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, substituindo o INPS e ainda mantendo benefícios restritos apenas a trabalhadores formais com carteira assinada e seus familiares. Através dele a assistência médica era realizada principalmente pela compra de serviços médico-hospitalares fornecidos pelo setor privado, e essa fórmula de prestação sobreviveu até a criação do SUS, mais de uma década depois.

Apesar do cenário excludente que oferecia proteção a poucos, nem todas as pessoas que possuíam carteira assinada desfrutavam do benefício, já que na época era comum que as pessoas pagassem por procedimentos médicos. Além disso, a maioria da população que compunha a classe trabalhadora era pobre¹⁰, e o serviço já apresentava falhas e atrasos latentes que ainda são vistos ainda nos dias de hoje. Por outro lado, os cidadãos que não possuíam carteira assinada contavam com algumas iniciativas e políticas públicas que disponibilizavam atendimento à população em geral, como hospitais universitários e o Programa de Interiorização de Ações de Saúde e Saneamento (PIASS), implantado em regiões como o norte de Minas Gerais, Pernambuco e Bahia¹¹.

A população passou a ser indiscriminadamente atendida a partir de 1974, em Postos de Atendimento de Emergência. Enquanto isso, nos planos de saúde, apenas pacientes conveniados eram admitidos e tratados. As dificuldades de atendimento se traduziam em doenças e epidemias que se alastravam pelo país¹², mas esses dados acabavam escondidos pelo governo autoritário da época, que mascarava e omitia dados da população.

¹⁰O pesquisador Luiz Eduardo Soares afirma que 56% dos brasileiros recebiam um salário mínimo ou menos e 19% entre um e dois salários mínimos na época. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=antes-do-sus>. Acesso em 20/06/2019.

¹¹ Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=antes-do-sus>. Acesso em 20/06/2019.

¹²A cidade de São Paulo sofreu uma epidemia de meningite entre 1970 e 1974. <https://cee.fiocruz.br/?q=antes-do-sus>. Acesso em 20/06/2019.

Em 1982 foi criado o Programa de Ações Integradas da Saúde (PAIS), que dava ênfase à atenção primária da rede ambulatorial e procurou promover a integração da prestação da saúde nas três esferas do governo. Entre suas propostas estava a priorização para a rede pública com possibilidade de complementação pela rede privada, descentralização da administração e recursos, racionalização do uso de medicamentos de custo elevado, e a celebração de convênios entre o MS, Ministério da Previdência e Assistência Social e Secretarias da Saúde. Parte desses ideais foi mantida na criação do SUS. Na mesma década surgiram os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS), que também objetivavam a universalização e equidade de acesso a serviços de saúde, bem como a descentralização de suas ações.

Apenas em 1986, com o término da ditadura militar e a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, em Brasília, que contou com ampla participação da população, estabeleceu-se o direito à saúde como direito universal e dever do Estado, uma definição plenamente incorporada à Constituição Federal. A realização da conferência foi um marco institucional da Reforma Sanitária, movimento social constituído por médicos e outros profissionais da área nascido no contexto de luta contra a ditadura, que se organizaram de modo a gerar debates e integrar discussões políticas sobre a saúde pública brasileira na época¹³. As propostas debatidas na conferência foram contempladas não apenas na elaboração da CF pouco depois, mas também nas leis fundamentais do SUS.

Em se tratando de regramentos concernentes à saúde inseridos no ambiente constitucional, a Constituição de 1969 colocou iniciativas estatal e privada lado a lado na área econômica, o que acarretou a disseminação de privatizações no setor da saúde, uma vez que médicos do trabalho passaram a abrir suas empresas e desfrutar de demandas garantidas pelo INPS e, posteriormente, pelo INAMPS, tendo-se em vista que o funcionamento deles era fortemente baseado em convênios com a rede privada. Dessa forma, a maior parte dos recursos públicos da Previdência Social era transferida diretamente para o setor privado sem entraves burocráticos ou fiscais, e os investimentos não chegavam à população em geral. Paralelamente a isso foi criada a Empresa de Processamento de Dados da

¹³Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria#:~:text=O%20movimento%20da%20Reforma%20Sanit%C3%A1ria,necess%C3%A1rias%20na%20%C3%A1rea%20da%20sa%C3%BAde>. Acesso em 18/04/2020.

Previdência (Dataprev) para controle das contas hospitalares e ligadas à previdência, de modo a monitorar os déficits financeiros e buscar a redução de fraudes no sistema.

Foi nesta época que sanitaristas começaram a lutar por mudanças dentro de suas cidades, especialmente em regiões periféricas, e o modelo inicial de postos de saúde começou a ser instalado e gerido por Prefeituras, atendendo a toda a população sem estabelecer nenhum critério de diferenciação entre quem tinha carteira assinada de quem não possuía um emprego formal – um pequeno passo rumo à universalização almejada. Os serviços cresceram, passaram a agregar mais profissionais e geraram o programa Ações Integradas em Saúde (AIS), convênio dos municípios com a Previdência Social concretizado nos anos 1980.

O caminho foi longo e por vezes tortuoso, mas todo esse percurso levou à concretização do SUS na década de 1990, obedecendo aos princípios constitucionais anteriormente estabelecidos e por tanto tempo almejados, como a universalização de prestação e atendimento à população, tendo ela emprego formal ou não. A primeira lei orgânica do sistema, a de n. 8.08/90 detalha os objetivos; as atribuições; os princípios e diretrizes; a organização, direção e gestão; a competência e atribuições de cada nível, seja ele municipal, estadual ou federal; a participação complementar do sistema privado; recursos humanos; financiamento e gestão financeira; planejamento e orçamento. Promulgada no mesmo ano, a lei n. 8.142 instituiu Conselhos de Saúde no nível estadual com o Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS), e no âmbito municipal com o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS). O diploma também dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e as transferências intergovernamentais de recursos financeiros, instituindo, assim, a estrutura jurídica do SUS.

Além das demandas e lutas protagonizadas por movimentos sociais, cujas reivindicações foram fundamentais para o estabelecimento do Sistema Único de Saúde como o conhecemos hoje, os legisladores também se inspiraram no que vinha dando certo na Europa, especialmente tomando como modelo o *National Health Service* (NHS) britânico.

2.2 O *National Health Service*

O Reino Unido estabeleceu com sucesso um dos sistemas de saúde pública mais revolucionários para sua época, e também um dos mais bem-sucedidos do mundo.

As raízes do NHS se verificam na necessidade de intervenção do Estado no sentido de fornecer assistência de saúde à sua população, que lá ocorreu em 1601, muito antes de qualquer pensamento nesse sentido ser ainda que rudimentarmente desenvolvido no Brasil. A chamada lei dos pobres estabeleceu um sistema simplificado de atendimento para aqueles depauperados que não conseguiam pagar pela visita de um médico. O sistema enfrentou muitos problemas, impensáveis para o mundo de hoje, firmando-se em princípios como a dissuasão e a menor elegibilidade, mas sobreviveu até 1909.

Em 1929, após campanha dos sociólogos Sidney e Beatrice Webb e com o apoio massivo de médicos, foi promulgado o Ato de Governo Local, que unificou as instituições criadas pela lei dos pobres e lhes deu a oportunidade de conversão em hospitais municipais. Além disso, houve uma preocupação em tornar o atendimento médico mais acessível à população, e independentemente dessa maior amplitude em termos de abrangência e atendimento, ainda se esperava que aqueles que pudessem pagar pelo atendimento o fizessem. (HONIGSBAUM, 1990, p. 695).

O NHS britânico foi oficialmente fundado em 1948, sendo parte de um grande pacote de reformas implementadas no período pós-Segunda Guerra, reflexo do reconhecimento dos direitos humanos e adoção do Estado do bem-estar naquele país. No momento de sua criação o sistema possuía como sua principal diretriz o mote de que os serviços oferecidos à população deveriam oferecer acesso universal e gratuito, firmando-se nos princípios da equidade e integralidade.

Inicialmente, o sistema funcionava em um esquema tripartite, incluindo serviços hospitalares regionalizados, cuidado primário prestado por *General Practitioners* (GP), médicos que prestavam atendimento primário e funcionavam como centro de triagem para a prestação de serviços não emergenciais, e serviços comunitários como maternidades, vacinação e ambulâncias. Destaca-se que nos pacotes oferecidos não estavam incluídas a distribuição de medicamentos,

tratamento dental ou oftalmológico, que nos dias de hoje já são entendidos como integrantes do leque de sistemas de saúde.

Todos os GP possuíam atenção hospitalar garantida, e as autoridades distritais sanitárias, *District Health Authorities* (DHA) repassavam os recursos financeiros disponibilizados para os hospitais regionalizados e serviços locais, cujo cálculo era realizado individualmente, considerando fatores demográficos e epidemiológicos (BARROS, 2015. p. 4).

Com o passar do tempo, o surgimento de falhas em termos de investimentos, aumento nos custos da manutenção do sistema e o enfrentamento de crises econômicas fizeram com que o NHS passasse forçosamente por reformas. Uma das mais significativas aconteceu em 1991, com a introdução de sistemas de gerência e competição típicos de mercados, de modo a torná-lo mais eficiente, efetivo e adequado às necessidades da população¹⁴, além de focar na melhora da qualidade dos serviços oferecidos. Assim, a estrutura pública hierárquica foi substituída pelo sistema de *internal market*, regida por contratos celebrados entre prestadores de serviço, fontes pagadoras e clientes (AMORIM e PERILLO, 2014, p. 53). O *Patient's Charter* devolveu ao paciente o posto de figura central do NHS, com a implementação do direito à informação sobre a prestação dos serviços e tempo de espera, bem como a fixação de uma data para a realização de procedimentos e prazo máximo de dezoito meses de permanência na fila de espera.

Novas mudanças foram feitas no sistema no final da década de 1990, de modo a espalhar uma cultura de consciência de custos dentro do sistema do NHS e, assim, reduzir gastos. A atuação de GPs foi ajustada e desburocratizada, com maior monitoramento de valores, e a estadia de pacientes em hospitais foi reduzida para diminuir despesas. Além disso, aumentou-se a participação dos governos locais no sistema de decisões, com a estruturação de distritos sanitários e a efetivação da descentralização dos serviços.

A reforma tinha como alvo a gestão do sistema hospitalar, almejando a padronização dos procedimentos médicos realizados, adoção de procedimento de controle para compras, remuneração por desempenho, incluindo médicos, e maior

¹⁴Disponível

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/108650/E62043.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Acesso em 20/06/2019.

flexibilização na divisão do trabalho. (AMORIM e PERILLO, 2014, p. 53) Pelos novos parâmetros, instituições deficitárias passam a não receber financiamento público.

Assim como o SUS, o sistema público de saúde inglês é financiado em sua maior parte por impostos advindos de contribuições à Seguridade Social. Nos anos 1950, o Reino Unido investia 3,5% do Produto Interno Bruto (PIB) no NHS, o que em valores atuais considerando-se a inflação representam cerca de três milhões de libras ¹⁵, ou cerca de 15 milhões de reais em conversão atual. Na atual década, a porcentagem do investimento passou a ser de 7,5% ¹⁶, o que totaliza cerca de 27,6 milhões de libras, ou 139 milhões de reais. Apesar das oscilações durante as décadas decorrentes entre o intervalo, os números representam um crescimento de 820%.

No momento da destinação destes valores, a maior prioridade é a atenção primária, o *Primary Care Trust* (PCT), que recebe a maior parte do orçamento. É esse programa que gerencia o agendamento de consultas médicas, procedimentos cirúrgicos, serviços realizados pela equipe de enfermagem, exames, internações, bem como fornecimento de materiais e medicamentos de forma gratuita.

Nos dias de hoje o NHS dispõe de sete times regionais integrados que controlam os sistemas de atendimento locais, desenvolvendo parcerias de sustentabilidade ao NHS e *Integrated Care Systems* (ICS). Grande parte dos médicos e enfermeiros hospitalares são funcionários do NHS, enquanto outros profissionais de saúde, como dentistas, são profissionais autônomos prestadores de serviço.

O princípio da universalização de acesso e atendimento segue inalterado, e foi reforçado pela administração de desempenho para melhoria na prestação de serviços; a adoção de mecanismos de controladoria para que o sistema consiga assegurar o melhor valor para o serviço solicitado; e promoção de melhoramentos no uso e na qualidade das informações para que as unidades locais possam melhorar a prestação de serviços aos pacientes.

Tecidas todas essas considerações sobre o sistema de saúde inglês, fica claro o quanto é ingrata a tarefa de comparar o Reino Unido ao Brasil. As duas nações se diferenciam em inúmeros pontos: localização geográfica continental; um

¹⁵ Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/datablog/2009/nov/25/gdp-uk-1948-growth-economy>. Acesso em 06/10/2019.

¹⁶ Disponível em: <https://www.nuffieldtrust.org.uk/health-and-social-care-explained/nhs-reform-timeline/>. Acesso em 06/10/2019.

era país explorador enquanto o outro serviu como colônia; possuem sistemas de governo diferentes; economias muito distintas, cultura, história, desenvolvimento econômico, posição no cenário globalizado do mundo. Apesar disso, uma semelhança liga os dois sistemas atualmente: ambos enfrentam crises. No caso do NHS, problemas surgiram com o corte de gastos advindos da crise econômica que assolou a Europa em 2009 e lança reflexos nas economias do continente até hoje. No caso do SUS, o subfinanciamento crônico pode ser apontado como o maior culpado pelos problemas vivenciados no dia a dia da população que busca atendimento do sistema.

Em estudo publicado pela Fiocruz¹⁷, a economista Mariana Jansen, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC) avalia que em raras ocasiões a participação pública no gasto em saúde foi maior que 50% no Brasil. Já no Reino Unido esses valores ficam em 75% de todo o gasto em saúde. Os números brasileiros tornam difícil a manutenção de um sistema de saúde pública que se propõe universal e gratuito, mas tornam mais simples compreender porque o NHS britânico já ultrapassou seu septuagésimo ano de criação.

Como resta evidente, os sistemas se assemelham e se comparam ao ter objetivos em comum, visto que um foi inspirado no outro, mas as diferenças acabam por se tornar mais pungentes e distanciam o SUS do NHS. Ademais, o SUS enfrenta desafios com os quais o NHS jamais teve ou terá que lidar, especialmente aqueles ligados à economia e número de atendimentos.

Desde sua criação o SUS é regido por princípios que norteiam seu funcionamento e gerenciamento para melhor abrangência e atendimentos. O primeiro deles é a regionalização e hierarquização, que estipula que a prestação de serviços deve ser limitada a áreas geográficas determinadas através de planejamento epidemiológico, estabelecidos em níveis crescentes de complexidade, articulando os serviços existentes e os unificando. No âmbito da hierarquização, os níveis de atenção são divididos de forma a garantir o acesso a serviços compatíveis com a complexidade requerida em cada caso¹⁸.

Outro ponto norteador é a descentralização, que implica na distribuição de responsabilidades entre os três níveis de governo, que se organizam de acordo com

¹⁷ Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=os-sistemas-de-saude-publica-brasileiro-e-ingles-enfrentam-dilemas-no-ano-em-que-completam-30-e-70-anos>. Acesso em 06/10/2019.

¹⁸ Princípios do SUS. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>. Acesso em 06/10/2019.

seus objetivos e capacidades. Cada uma das esferas é autônoma e soberana em suas decisões, e a fiscalização na maior parte das vezes fica a cargo dos cidadãos, os destinatários de todo o sistema. Neste sentido, a participação popular é o terceiro princípio orientador do SUS, e através dele se almeja a participação da sociedade no funcionamento diário do sistema. O instrumento para isso é a criação de Conselhos e Conferências de Saúde, que terão como objetivo controlar e avaliar a execução de políticas de saúde, bem como a criação de estratégias para elas¹⁹.

2.3 Enfrentamentos do SUS enquanto Política Pública

As proporções do SUS são gigantes, o que é compatível com a análise do caminho traçado até sua criação, as reivindicações feitas, os princípios e objetivos estabelecidos em seu bojo, os processos desenvolvidos e o que foi conquistado até aqui. Trata-se verdadeiramente de um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, e para que seu funcionamento encontre menos problemas é necessário que suas diretrizes e procedimentos sejam padronizados e comuns a todo o país.

Como brevemente sinalizado no item anterior, os princípios doutrinários que regem o SUS são o da universalidade, onde o Estado deve garantir acesso a todos os serviços de saúde oferecidos a toda a população, sem qualquer critério de distinção ou impedimento; o da equidade, que visa diminuir as desigualdades de atendimento atendendo a necessidade de cada paciente em sua peculiaridade; e o da integralidade, que almeja assegurar a qualidade de vida dos cidadãos.

Os princípios organizativos do SUS também são marcantes em sua criação e gerenciamento, pois têm como objetivo concretizar os ideais que motivaram a criação do sistema. A participação popular, já mencionada, através de seus Conselhos e Conferências almeja avaliar as políticas de saúde adotadas e auxiliar na elaboração de novas estratégias; a descentralização distribui ações e responsabilidades entre os três níveis governamentais para que haja menos burocracia e conseqüente melhora nos serviços oferecidos; e o princípio da regionalização e hierarquização estabelece níveis crescentes de complexidade e

¹⁹Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em 06/01/20.

articulação entre os serviços necessários dentro de determinadas regiões de forma a atender as necessidades daquela população específica.

De acordo com dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), extraídos em março de 2020, pouco mais de 47 milhões de brasileiros possuíam planos oferecidos pela saúde suplementar, os planos de saúde privados²⁰. Esse valor representa aproximadamente 23% da população brasileira, e isso implica que mais de 75% dos brasileiros dependem exclusivamente do SUS. A importância do sistema público é imensurável. Nesse universo ainda é importante destacar que uma pessoa que possui plano de saúde privado não deixa de ter o direito de ser atendida pelo sistema público caso precise, o que acontece muito em tratamentos oncológicos, exatamente pela existência do princípio da universalidade.

O setor da saúde, por si só, foi palco de uma ampla reforma democrática do Estado, com a implementação dos princípios e objetivos do SUS e a efetiva descentralização com foco em municipalização. O guiamento das normas operacionais pactuadas por municípios, estados e União aprovadas pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS) foram os fios condutores da transformação. O médico Nelson Rodrigues dos Santos avalia os benefícios do desenvolvimento do sistema:

A inclusão social por meio do acesso aos bens de saúde prosseguiu com gigantesco esforço e eficiência, alcançando, em 2005, o volume de 1,3 bilhões de atendimentos básicos em 64 mil unidades ambulatoriais, 1,1 bilhão de procedimentos especializados, 600 milhões de consultas, 11,6 milhões de internações em 5.900 hospitais, 360 milhões de exames laboratoriais, 10 milhões de ultra-sonografias, 1,2 milhão de tomografias, 213 mil ressonâncias, 9 milhões de seções de hemodiálise, 23.400 transplantes de órgãos e tecidos, importantes avanços no desenvolvimento de conhecimentos e tecnologias em áreas críticas (imunobiológicos, fármacos, informação, gestão descentralizada e outras), 152 milhões de vacinas, controle da AIDS, ações de vigilância em saúde e outras (SANTOS, 2007).

Ainda assim, apesar dos avanços e esforços empreendidos nos últimos 30 anos, é bastante evidente que não são todos os princípios e diretrizes do SUS que estão sendo cumpridos. A pandemia mundial do covid-19 iniciada em 2020 expôs ainda mais alguns problemas de resolução simples que continuam surgindo, como a inacreditável falta de equipamentos de proteção individuais para profissionais de saúde em hospitais públicos. Em documento produzido pelo próprio Ministério da Saúde são apontadas algumas dificuldades experimentadas na condução e desenvolvimento do SUS. Um dos primeiros apontamentos é a política econômica

²⁰ Disponível em: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em 18/06/20.

vigente no país, eminentemente neoliberal, que privilegia o sistema financeiro, o mercado e um paradigma de Estado com pouco comprometimento com políticas públicas redistributivas e ações intersetoriais que visem qualidade de vida (BRASIL, 2003, p. 21).

Nesse diapasão, alguns desses desafios são facilmente identificados. Em primeiro lugar, o subfinanciamento crônico que mantém o per capita do SUS em nível cinco a seis vezes menor que o dos 15 países com sistemas públicos de saúde mais universalistas e civilizados, muito notadamente os europeus, deixando de acompanhar o crescimento populacional brasileiro, a inflação da área da saúde e a incorporação de novas tecnologias ao setor. Também é evidente o não cumprimento da porcentagem mínima de investimento na área definida por lei, especialmente a Emenda Constitucional (EC) 86/2015. Além disso, também se destaca a falta de investimento federal na parceria com Estados e municípios, levando a um número cada vez maior de compras de procedimentos e internações feitas no setor privado para suprimento de demanda pública; as enormes subvenções federais a empresas privadas e planos de saúde, bem como empréstimos subsidiados para ampliações e construções dessas empresas; descumprimento da lei 8.080/90 e lei complementar 141/2012, que obrigam o planejamento e orçamentação ascendentes do nível local ao federal e repasses federais regulares automáticos em rateio equitativo, atenção básica de qualidade, assistência de média e ações de alta complexidade oportunas ordenadas por redes integradas (SANTOS 2017).

As dificuldades também resvalam na construção da equidade, um dos princípios mais importantes do SUS, que consiste em investimentos na oferta de serviços para grupos populacionais com acesso e utilização insuficientes sem reprimir a demanda de serviços necessários a segmentos e grupos que já tem acesso garantido. Também não se conseguiu a adequação da oferta de serviços de saúde ao perfil das necessidades e prioridades da população, que deve ser feito a partir de informações epidemiológicas e demandas levadas por entidades representantes de usuários aos Conselhos de Saúde, a responsabilidade e atribuições na definição das necessidades da população por serviços no SUS, dentre outras que passam pela melhor estruturação da atenção básica, a racionalização dos serviços de média complexidade (BRASIL, 2013, p.22). Isso sem mencionar a demora na realização de atendimentos e agendamento de exames e

consultas, que resultam em filas, longo tempo de espera e muitos transtornos para quem precisa de algum serviço.

Fica perceptível que, apesar de o estudo do MS de onde se aduziu essas informações ter sido publicado há quase duas décadas, os desafios enfrentados pelo SUS continuam os mesmos, e sua solução definitiva parece cada dia mais distante, considerando-se o atual cenário da saúde pública frente uma das maiores pandemias da história somadas à instabilidade e inaptidão do Governo Federal e ausência de um Ministro da Saúde com qualificação e especialização necessárias para o cargo. As necessidades mais prementes e urgentes são de sobrevivência pura e simples, não de correção de problemas históricos e melhor planejamento, tão necessários. E isso faz com que a população seja, novamente, a grande prejudicada nesse cenário.

Existe uma dualidade bastante evidente no acesso à saúde como um todo no Brasil. Todos os problemas anteriormente citados, suas vultosas imposições e a consequente imprevisão e correções e implementações de melhorias faz com que outro sistema de saúde seja fortalecido e melhor estruturado: o dos planos de saúde privados. Segundo Santos (2017), os 75% da população mais pobre, usuários dependentes exclusivamente do SUS, são submetidos a um sistema com forte contenção de custos, atenção básica predominantemente focal compensatória e assistência ambulatorial e hospitalar com demandas reprimidas, enquanto os outros 25% com planos privados têm acesso a serviços de acordo com o valor da mensalidade do plano contratado, além de continuarem usuários do SUS e dirigirem a ele suas demandas judiciais individuais. Em suma, o recurso per capita total destinado à pequena fatia com acesso a planos de saúde é até seis vezes maior que o per capita destinado à grande maioria que tem acesso apenas ao sistema público. A discrepância é enorme e a lógica deveria ser inversa.

É possível, então, concluir que a institucionalização do que foi idealizado pelo legislador constituinte com a criação do SUS foi cumprido de maneira geral, e o sistema tornou-se a maior política pública de saúde do país, atendendo àqueles que antes não possuíam oportunidade. Mas a operacionalidade de um sistema tão grande traz muitos desafios e problemas, que ainda não foram superados. Infelizmente o passado recente e desenvolvimentos políticos atuais apontam para uma estagnação e, consequente, maior deterioração do Sistema Único de Saúde.

Seria necessária uma conscientização política para mobilização de forças necessárias para retomar o desenvolvimento do SUS e as reformas tão necessárias para ajustar sua capacidade e objetivos com as necessidades da população. Mas esse objetivo acaba sendo relegado a um plano distante quando a instabilidade institucional no país é tão grande que motive protestos em defesa de nosso sistema democrático. Ainda que seja no momento em que nunca se precisou tanto do SUS.

A própria estruturação de nosso sistema de saúde propicia os problemas que enfrentamos hoje:

Seria grande ingenuidade, desinformação ou omissão, concluir que o SUS constitucional simplesmente encontra-se nos seus 29 anos meramente inconcluso, só restando acelerá-lo. Na realidade política, social e institucional, outro sistema vem sendo estruturado, é excludente, hegemônico pelo lucrativo mercado Estado-dependente, autorregulado e espertamente denominado de “Cobertura Universal de Saúde”. Reconhecidas e profícuas pesquisas e estudos com base em evidências, vem demonstrando em vários países que esse formato de arranjo público-privado (como o brasileiro), contrapõe-se às diretrizes da equidade, integralidade e direitos humanos, enquanto os modelos universalistas são os que estimulam e asseguram a implementação dessas diretrizes. (SANTOS, 2017).

Não é difícil concluir que os maiores prejudicados são, como sempre, as populações mais carentes e periféricas, que não têm condições de pagar um plano de saúde particular e dependem exclusivamente da saúde pública, que deveria ser universal e acaba se perdendo em meio à falta de prioridades, estratégias econômicas elitistas e conjecturas políticas.

2.4 Políticas Públicas de Distribuição de Medicamentos

A compra e distribuição de medicamentos também estão inseridas dentro do universo de orçamento e receitas que compõe o SUS, e representam uma parcela importante de valores empenhados dentro do sistema de saúde, englobando insumos indispensáveis a tratamento de doenças, prevenção de problemas e garantia de melhor qualidade de vida a portadores de doenças crônicas e outras enfermidades.

Optou-se por tratar das políticas de distribuição de medicamentos nesta pesquisa por elas representam um ponto nevrálgico e vulnerável do SUS, sempre acompanhados de perto por movimentos sociais, e que dá margem ao ajuizamento

de muitas ações judiciais. A compra de remédios ainda pesa muito no bolso das famílias brasileiras, com a situação se tornando ainda mais dramática quando o medicamento necessário não consta na Rename e o valor deles ultrapassa o que a maioria das famílias consegue pagar sem comprometer sua subsistência. Muitos grupos sociais atuam nessa frente e muita discussão social já foi incitada sobre o assunto, que desponta com casos dramáticos. Recentemente, um Recurso Especial (RE) de repercussão geral envolvendo entidades de classe da sociedade civil, Defensorias e Procuradorias federais, grupos de mobilização social e vários outros, concernente à distribuição de medicamentos foi julgado pelo STF. O posicionamento da corte e demais detalhes que envolvem o caso serão detalhados no capítulo 5.

Doenças representam a manifestação mais óbvia da necessidade de um sistema de saúde, e o tratamento medicamentoso constitui a resposta mais simples e eficaz para uma demanda que pode atingir níveis bastante complexos. Assim, a observação mais detida dos sistemas de distribuição e dispersão de medicamentos, em especial a Rename, revela a efetividade de políticas públicas específicas de saúde, e como seu manejo colabora para concretização desse direito fundamental no dia a dia da população. Em outras palavras, busca-se compreender o alcance da política pública aplicada a um caso concreto e instrumentalizado, e como essas ações viabilizam a realização prática de um direito fundamental.

O conceito de medicamento foi estabelecido formalmente pela Lei 5.991, de 1973, e para a legislação brasileira a definição passa pela concepção de que remédios são “produtos farmacêuticos tecnicamente obtidos ou elaborados, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico” (art. 4, II). São, portanto, absolutamente indispensáveis na lida diária do universo da prestação de atendimento à saúde.

O desafio governamental na área de medicamentos é enorme, já que implica em lidar com um mercado que representa cifras bilionárias, estando entre os seis maiores do mundo²¹, e também a sustentabilidade do sistema com garantia de acesso a recursos farmacêuticos seguros, modernos e eficazes, bem como outros aspectos que incluem uso excessivo pela população e a judicialização da saúde (VIEIRA, 2018, p.7). As proporções são superlativas, e as cifras envolvidas também.

²¹ Pesquisa do IQVIA *Institute for Data Science*. Disponível em: <https://guiadafarmacia.com.br/materia/brasil-e-o-sexto-maior-mercado-farmacutico-do-mundo/>. Acesso em 30/06/2019.

A assistência farmacêutica faz parte do direito constitucional à saúde, garantido pela CF/88 e concretizada na criação do SUS. A definição foi feita pela Resolução nº 338 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que estabeleceu a Política Nacional de Assistência Farmacêutica da seguinte forma:

Art. 1º, III - O conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população (BRASIL, 2004).

Algumas diretrizes foram estabelecidas pelo Governo Federal para a execução da PNM. A primeira delas é a adoção do conceito de medicamentos essenciais, com a constituição de uma listagem de referência composta por produtos considerados básicos e indispensáveis para atender de forma generalizada os problemas de saúde da população, e realizar controle da maioria das doenças prevalentes em território nacional. A relação deve ser definida em níveis estaduais e municipais, apoiados pelo gestor federal e observando o contexto particular de cada local. Em segundo lugar, foi definida a regulamentação sanitária de medicamentos, com foco na Anvisa, que organiza questões relativas à autorização do funcionamento de empresas e estabelecimentos, registro de medicamentos e triagem de produtos, com eliminação dos que estejam em desacordo. Essa diretriz determina que as ações da Anvisa sejam descentralizadas e transferidas para as esferas particulares de Estados e municípios, que se responsabilizam diretamente por eles.

Na sequência acontece a reorientação de assistência farmacêutica, que passa a não realizar apenas aquisição e distribuição de medicamentos, mas promover o acesso da população aos medicamentos considerados essenciais, obedecendo a princípios como descentralização de gestão, uso racional, otimização do sistema de distribuição e iniciativas que visem a redução do preço dos produtos. Já a promoção racional do uso de medicamentos, além de alertar sobre o risco da automedicação, fornece informações sobre as repercussões sociais e econômicas da receita médica, com enfoque na prescrição e uso dos medicamentos genéricos.

O desenvolvimento científico e tecnológico também é uma das diretrizes desse tipo de política, incentivando a incorporação de tecnologias da indústria

farmacêutica, com promoção da dinamização de pesquisas na área. O desenvolvimento nacional da indústria também é incentivado, com aproveitamento de flora e fauna nacionais. Existe também a promoção na produção de remédios, com foco nas drogas constantes da Rename. Laboratórios oficiais são utilizados preferencialmente na produção destes medicamentos considerados essenciais, de modo a suprir as demandas da rede pública e do SUS. Consta também a manutenção da garantia, eficácia, segurança e qualidade dos medicamentos, visando o cumprimento da regulamentação sanitária, com fiscalização e inspeção realizadas pela vigilância sanitária, que deve se atentar para boas práticas de fabricação. Por fim, o desenvolvimento e a capacitação de recursos humanos, destinado a todo pessoal envolvido nos variados planos, programas e atividades que abarquem a política. A integração, educação continuada e formação dos profissionais envolvidos também são contempladas.

O governo brasileiro estabeleceu a primeira lista de medicamentos essenciais à população no ano de 1964, quando o Decreto 53.612 determinou a Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Materiais para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário. Em 1971 foi criada a Central de Medicamentos (CEME), que tinha como um de seus objetivos a distribuição de medicamentos para a população de baixa renda. Apenas nesse momento foram criadas as primeiras políticas para o setor farmacêutico, com a centralização da aquisição de remédios pelo governo. Na época a CEME obtinha recursos através de convênio feito com o INAMPS, abastecendo com medicamentos a rede de atendimento público ambulatorial (PASQUETI, 2016, p. 4).

Em 1973 foi criado o Plano Diretor de Medicamentos através do Decreto 72.552, estabelecendo regras para produção e comercialização de drogas farmacêuticas, incluindo apoio ao desenvolvimento de pesquisas científicas da área. Este marco é de extrema importância porque foi a partir do Plano Diretor que se criou a primeira Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), em 1975, que é atualizada periodicamente e utilizada até os dias de hoje para nortear a distribuição de remédios pelas esferas do governo. O Programa de Farmácia Básica foi criado em 1987, de modo a complementar o funcionamento da Rename. Através dele foi realizada uma padronização dos medicamentos mais amplamente utilizados no tratamento das doenças mais comuns no país. A diversidade regional

epidemiológica não foi considerada, o que constituiu uma falha grave, e o programa acabou encerrado após dois anos. (PASQUETI, 2016, p. 6)

Com a estruturação do SUS em 1990 e a conseqüente extinção do INAMPS, o CEME ficou sob a tutela do Ministério da Saúde e acabou extinto em 1997, dando espaço para a criação da Política Nacional de Medicamentos (PNM) em 1998, através da Portaria GM/MS nº 3.916, complementando o disposto no art. 6º da Lei 8.080/90 e orientando a assistência farmacêutica. Foram reforçadas a descentralização e a distribuição de responsabilidades entre as três esferas de poder. O diploma estabeleceu como campo de atuação do sistema a formulação de políticas de medicamentos de interesse para a saúde.

Em relatório publicado pelo Ministério da Saúde foi determinado que o PNM possui três diretrizes fundamentais: a adoção da relação de medicamentos essenciais, a regulamentação sanitária de medicamentos e a reorientação da assistência farmacêutica, fundamentando-se na já mencionada descentralização da gestão, na promoção do uso racional dos medicamentos, otimização e eficácia do sistema de distribuição no setor público e o desenvolvimento que visem a redução do preço dos produtos (BRASIL, 2001, p. 13). A PNM é medida consolidadora do SUS e possui o objetivo de garantir segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos colocados à disposição da população, bem como necessária redefinição e adequação de planos e projetos até então em vigor. Para tanto, sua implementação foi feita em níveis federal, estadual e municipal, com programas e atividades específicas. A responsabilidade de cada uma das esferas de gestão é determinada pelo documento

Como parte integrante do PNM, o CNS criou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) através da Resolução nº 338. Com vistas a cumprir as diretrizes da PNAF, a Lei 10.858 de 2004 instituiu o Programa Farmácia Popular. O objetivo é oferecer à população alternativa adicional de acesso a medicamentos considerados essenciais. Pelo Programa Farmácia Popular, funcionando atualmente sob a bandeira “Aqui tem Farmácia Popular” são oferecidos gratuitamente medicamentos para doenças como hipertensão, diabetes e asma, e 90% de desconto no valor de remédios para rinite, doença de Parkinson, glaucoma,

osteoporose e dislipidemia. Também são oferecidos anticoncepcionais e fraldas geriátricas²², atendendo a segmentos específicos da população.

Segundo as informações constantes do relatório, o investimento no Farmácia Popular cresceu 580% no período de 6 anos, um reflexo do esforço governamental em garantir acesso da população a medicamentos. Mas toda a movimentação é, na verdade, muito complexa. Segundo Bigdeli:

Defende-se que a análise do acesso a medicamentos sob a perspectiva do sistema de saúde envolve mudança de paradigma, o que inclui: visão global sobre as restrições do lado da demanda; consideração sobre as relações múltiplas e dinâmicas no sistema de saúde, especialmente sobre os recursos disponíveis para viabilizar a oferta de cuidados de saúde; e liderança e governança no sistema de saúde nos contextos local, nacional e internacional, incluindo análise da inovação, das forças de mercado e das agendas internacionais. Identificam-se como determinantes do acesso a medicamentos em países de baixa e média renda: as forças do mercado, que podem influenciar o financiamento do sistema público de saúde; a inovação, que afeta o desenvolvimento de novos medicamentos, formulações e vias de administração, podendo contribuir ou não para a redução da carga de doenças; a transparência sobre preços, fontes e qualidade dos medicamentos adquiridos, distribuídos e utilizados; e as agendas de doação e financiamento, que influenciam os auxílios, os planos e as políticas nacionais (BIGDELI,00202013, pp.692-704 *apud* VIEIRA, 2018, p, 20).

O atendimento proporcionado pelo SUS em termos de fornecimento de medicamentos é bastante significativo, especialmente em se tratando da população mais carente. De acordo com dados da Pesquisa Nacional sobre Acesso, Utilização e Promoção do Uso Racional de Medicamentos (PNAUM), realizada entre 2013 e 2014 (AKERMAN e FREITAS, 2017, pp.1-5) extraiu-se que em se tratando de medicamentos destinados ao tratamento de doenças crônicas, 47,5% dos entrevistados conseguiram todos os remédios gratuitamente, 20,2% conseguiram alguns gratuitamente, e 32,4% pagaram pelo tratamento. Ou seja, um universo de quase 70% dos entrevistados foi contemplado por alguma política pública de assistência farmacêutica. Importante ressaltar, ainda, que a prevalência de acesso gratuito foi maior entre os mais pobres. Os dados evidenciam a implementação do direito à saúde para aqueles que dele não desfrutavam, em um esforço de inclusão.

²²Disponível em: <http://www.saude.gov.br/acoes-e-programas/farmacia-popular/sobre-o-programa>. Acesso em 23/07/2019.

2.5 Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename

Conforme mencionado, a institucionalização do SUS levou à criação da assistência farmacêutica como estratégia de acesso a medicamentos através da PNM, em 1998. O programa foi um marco, mas logo foi necessário promover maiores avanços dentro da política de forma a ampliar o acesso da população a medicamentos, bem como a melhor articulação e integração dessas ações específicas dentro do SUS. Esses esforços resultaram na criação da PNAF em 2004.

A PNAF indicou a assistência farmacêutica como uma política norteadora de ações setoriais, e a conceituou como um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual quanto coletiva, tendo o medicamento como insumo essencial e visando ao acesso e ao seu uso racional (BRASIL, 2018). As prioridades da política estão em seu art. 2º, que firmam a assistência farmacêutica como a garantia de acesso e equidade às ações de saúde; manutenção dos serviços de assistência farmacêutica na rede pública de saúde considerando a articulação e observância de prioridades regionais definidas nas instâncias gestoras do SUS; qualificação dos serviços de assistência farmacêutica existentes em articulação com gestores nos diferentes níveis de atenção; descentralização das ações com definição das responsabilidades das diferentes instâncias gestoras, de forma pactuada e visando a superação da fragmentação em programas desarticulados; e promoção do uso racional de medicamentos, por intermédio de ações que disciplinam a prescrição, a dispensação e o consumo.

Percebe-se que houve a busca por uma otimização das ações destinadas à distribuição de medicamentos através da rede pública. Os esforços devem ser constantes, já que a estruturação da assistência farmacêutica em um país continental como o Brasil implica um enorme desafio, e as ações não se resumem a apenas estabelecer processos logísticos de distribuição de medicamentos, mas promover cuidados com o paciente, bem como a definição de responsabilidades e planos para cada esfera do governo e seus objetivos.

O acesso a medicamentos considerados essenciais é um dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, que constitui a Agenda 2030, adotada em 2015 pelos Estados membros da ONU, incluindo o Brasil, e monitorado no país pelo

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Em nosso país, a meta 3.8 do objetivo número 3, denominado de “Saúde e Bem Estar” é assegurar, por meio do SUS, a cobertura universal de saúde, o acesso a serviços essenciais de saúde de qualidade em todos os níveis de atenção e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes e de qualidade que estejam incorporados ao rol de produtos oferecidos pelo SUS²³. Mais uma vez, é evidente que o acesso a remédios é um dos pontos fundamentais no acesso à saúde.

Em termos de medicamentos considerados essenciais, a Organização Mundial de Saúde (OMS) define que:

Medicamentos essenciais são aqueles que satisfazem as necessidades de assistência à saúde primária da maioria da população. São selecionados de acordo com a as doenças prevalentes e relevância na saúde pública, evidência sobre sua eficácia clínica e segurança de uso, e estudos comparativos de custo e efetividade. Os medicamentos essenciais devem estar disponíveis no contexto de sistemas de saúde a todo o momento em quantidades adequadas, nas dosagens adequadas com qualidade assegurada, e a preços que tanto indivíduos quanto a comunidade possam pagar (OMS, 2015).

Com esse conceito busca-se satisfazer necessidades coletivas prioritárias, com o emprego de perspectivas epidemiológicas e utilização de estudos de carga global de doenças para identificação de problemas de saúde da população. A carga global de doenças usa o indicador *Disability Adjusted Life of Years (DALY)*, ou anos de vida perdidos ajustados por incapacidade, que soma os anos de vida perdidos devido à morte prematura e anos vividos com incapacidade. Com essa equação ele indica o peso relativo de uma determinada doença em termos de anos de vida perdidos, ou seja, em relação à expectativa de vida, ajustado por incapacidades, identificando, assim, doenças que não levam ao óbito, mas são incapacitantes (FIGUEIREDO, PEPE e SCHRAMM, 2014). São dados importantes na elaboração de uma listagem essencial de medicamentos.

O período posterior à criação do SUS, na década de 1990, foi bastante marcante para a criação de uma listagem de medicamentos essenciais por vários motivos. Com o estabelecimento recente do direito constitucional à saúde não havia acesso fácil a medicamentos através de uma lista nacional, a assistência farmacêutica era desarticulada e o abastecimento ocorria de maneira irregular e pouco qualitativa ou eficiente, já que não se conheciam as maiores necessidades da

²³Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods3.html>. Acesso em 22/06/2020.

população e quais medicamentos poderiam ser considerados indispensáveis. Essas discussões impulsionaram a formulação da PNM e a consequente elaboração da lista dos medicamentos considerados essenciais para os brasileiros.

A Rename é uma das maiores diretrizes e prioridades da PNM, sendo um dos eixos estratégicos da PNAF e um instrumento imprescindível dentro do SUS. Através dela se pretende elencar as drogas necessárias para tratamento e controle da maioria dos problemas de saúde que acometem a população brasileira, além de oferecer diretrizes para a promoção do uso racional de medicamentos e orientar o financiamento dentro da Assistência Farmacêutica. Trata-se, portanto, de uma verdadeira ferramenta de consolidação do direito à saúde previsto na CF.

O próprio Ministério da Saúde indica que a seleção dos medicamentos que integram a lista deve ser pautada em análises de eficácia, segurança, custo, qualidade e comodidade para o usuário:

O Brasil optou por selecionar os medicamentos não apenas para as doenças mais prevalentes, mas também contempla aqueles indicados para as doenças negligenciadas. Os critérios de seleção têm sido norteados, de maneira geral, pelas recomendações da OMS. Assim, são considerados: dados consistentes e adequados de eficácia e segurança de estudos clínicos; evidência de desempenho em diferentes tipos de unidades de saúde; disponibilidade da forma farmacêutica em que a qualidade adequada, incluindo a biodisponibilidade, possa ser assegurada; estabilidade nas condições previstas de estocagem e uso; custo total de tratamento e preferência por monofármacos. Quando os medicamentos mostram-se similares nestes aspectos, as propriedades farmacocinéticas comparativas e a disponibilidade para produção e armazenamento são usadas como critérios secundários (PEPE, 2011).

A relação deve também sustentar os princípios orientadores do próprio SUS, como a universalidade, integridade e equidade, já que esses também são os eixos que estruturam a própria Política Nacional de Medicamentos. Por essa razão a Rename é um documento submetido à análise e atualização periódica. A ocasião de revisão e eventual inclusão ou retirada de medicamentos representa oportunidade para um aprimoramento da listagem e melhor adequação às necessidades da população, representando um marco qualitativo importante. Apesar da criação da Rename ter se dado no final de 1998, foi apenas em 2003 que a necessidade de atualização periódica tornou-se consenso após a realização da I Conferência Nacional de Assistência Farmacêutica²⁴, que teve o tema “Efetivando o acesso, a qualidade e a humanização na Assistência Farmacêutica com controle social”.

²⁴ O evento foi realizado em setembro de 2003, em Brasília. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/conferencia/1conferencia.htm>. Acesso em 22/06/2020.

O Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei nº 8.080/90, dispõe que a Rename compreende a seleção e padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS. Esse mesmo decreto estabelece no parágrafo único de seu art. 26 que o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações do Rename a cada dois anos, apesar de publicações terem ocorrido em prazo superior ou inferior a este prazo. A proposta para a atualização é feita pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), um órgão colegiado permanente que assessora o MS, conforme o Decreto n. 7.646/2011. Neste sentido, as decisões com relação às revisões no âmbito da Rename buscam manter critérios de transparência e participação popular, de modo que é possível para qualquer pessoa física ou jurídica propor alterações de forma embasada. Também existe a possibilidade de especialistas brasileiros ou estrangeiros sejam convidados para discussões específicas.

A resolução da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) nº 25, publicada em agosto de 2017 define as diretrizes de atualização da RENAME no âmbito do SUS. Em seu bojo o documento determina que a Rename será organizada de forma a identificar os medicamentos oferecidos em todos os níveis de atenção e linhas de cuidado dentro do SUS, firmando-se nos mesmos princípios do sistema (arts. 3º e 4º). Todo o processo que leve a inclusão, exclusão e alteração dos medicamentos da relação deve considerar a análise de eficácia, segurança e custo, cuja relação custo-benefício seja favorável e comprovada a partir das melhores evidências científicas disponíveis (art. 5º). Logo, as mudanças não devem ser feitas levemente, mas sempre visando o melhor para a população, não apenas em termos de tratamento clínico, mas também financeiramente, apesar de a inserção de um medicamento na lista depender de custo alto, considerando-se majoritariamente seu uso frequente nos mais diversos ambientes abrangidos.

A edição mais recente da Rename foi publicada em 2020, e 37 medicamentos e dois insumos foram incluídos em relação à lista anterior, totalizando 921 itens. Esse número representa um crescimento de 60% em relação ao ano de 2010, quando apenas 574 itens compunham a relação. Os números são muito maiores que em 2006, um dos primeiros anos de publicação da relação de medicamentos, quando apenas 349 itens compunham a lista.

Manter a RENAME como instrumento promotor do uso racional de remédios e orientador do financiamento de medicamentos na assistência farmacêutica representa um enorme desafio para os gestores do SUS, diante da complexidade das necessidades da saúde da população, da velocidade da incorporação tecnológica e dos diferentes modelos de organização e financiamento do sistema de saúde (BRASIL, 2020).

Com o tempo, a RENAME passou a assumir cada vez mais a responsabilidade de orientar a seleção e prescrição de medicamentos para a população, com toda a centralização de atividades no sentido de desenvolver, produzir, regular, prover e utilizar os medicamentos. Além da relação publicada pela União, Estados e municípios também produzem suas próprias listas, observando o contexto de suas necessidades e peculiaridades, e respeitando as normas que definem os elencos e a pactuação de responsabilidades entre os entes federativos. Além disso, é notável que a relação também subsidia decisões em caso de questionamentos judiciais, e seu conteúdo fundamenta essas ações que trazem consequências tão notáveis no universo do direito.

Um ponto importante a ser destacado é a questão dos medicamentos necessários para tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), que levou o debate sobre o fenômeno da judicialização da saúde para os tribunais brasileiros no começo da década de 1990. O movimento acompanha o processo de abertura política pelo que passava o país, e a democratização do acesso à saúde, recém-reconhecido como direito fundamental. Assim, os pedidos judiciais de terapias e medicamentos para pessoas com HIV/AIDS foram os pioneiros na utilização do Poder Judiciário em um conflito de aspecto jurídico-político-social, e se tornaram exemplo da eficácia da influência das decisões judiciais sobre a ampliação do acesso à saúde mediante a elaboração de políticas públicas que surgiram a partir dessa demanda (ALGIERI, 2017). Além dos processos individuais, organizações não governamentais como a Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA), fundada pelo conhecido sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, portador do vírus da AIDS, foram atuantes na causa, representando o coletivo de pessoas portadoras da síndrome.

O caso dos medicamentos utilizados no tratamento da AIDS tornou-se um dos casos mais exitosos dentro desse segmento, visto que representou uma

conquista do direito coletivo à saúde através da submissão da demanda de uma política pública diretamente ao Poder Judiciário. Como consequência foi editada a Lei 9313/1996, que assegura que os portadores do vírus e doentes receberão gratuitamente do SUS toda a medicação necessária ao seu tratamento, bem como a padronização dos medicamentos utilizados no tratamento de acordo com cada estágio da doença. Observa-se no caso a ocorrência da mobilização social do direito, que é o tema do próximo capítulo, em um momento em que o instituto ainda era obscuro e pouco estudado no Brasil. A força de grupos de mobilização social foi mostrada e a agenda de objetivos cumprida.

Em decorrência da lei o medicamento Dolutegravir, considerado pela OMS²⁵ como a principal opção de tratamento para o HIV em todas as populações foi adicionado à Renome, aparecendo pela primeira vez na edição da relação publicada em 2017. Para ser inserido na lista é necessário que o remédio tenha valor terapêutico comprovado; que tenha menor toxicidade relativa; composição conhecida; que possua informações suficientes sobre a biodisponibilidade; que sejam estáveis quando estocado e em uso; custo menor de aquisição, armazenamento, distribuição e controle com manutenção da qualidade; e que supram a necessidade da maioria da população (BRASIL, 2010. pp. 50-51). O Dolutegravir está na classe dos medicamentos antirretrovirais, uma das classes elencadas como fundamentais para o tratamento da doença.

O medicamento em questão segue constando da lista editada em 2020, no anexo que descreve a relação nacional de medicamentos do componente estratégico da assistência farmacêutica. Tal fato mostra a importância dos movimentos sociais e a vitória dos portadores do vírus, que unidos conseguiram mobilizar os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo para que suas necessidades fossem abarcadas e garantidas conforme o art. 196 da CF. É uma vitória importante e significativa que representa um marco para todos os portadores e doentes de doenças graves, que vislumbraram a partir daí a possibilidade de satisfação de suas demandas junto ao Poder Público por intermédio do Poder Judiciário.

Em resumo, o número de medicamentos constantes da Renome tem aumentado com o passar dos anos, objetivando o melhor atendimento das demandas evolutivas e flutuantes da população, bem como o resultado das ações

²⁵ Disponível em: <https://unaid.org.br/2019/07/oms-recomenda-o-dolutegravir-como-principal-opcao-de-tratamento-para-o-hiv-em-todas-as-populacoes/>. Acesso em 28/06/2020.

de movimentos sociais. Ainda assim, a pressão pela incorporação tecnológica de produtos inovadores, considerando os avanços mais recentes da indústria farmacêutica em variadas áreas, e a causada pela judicialização da saúde têm aumentado muito, e os números têm aumentado cada vez mais frente à predisposição dos tribunais em conceder liminares na área de saúde sem maiores deliberações. Os esforços feitos pela administração são visíveis quando se tem em vista o aumento das despesas com medicamentos, além da revisão e ampliação constante da lista de medicamentos essenciais, e o impacto é importante com relação às doenças mais prevalentes no país.

Considerando todos os dados observados, conclui-se que o direito fundamental à saúde tem consolidação parcial através das políticas públicas de distribuição de medicamentos, especialmente pela Rename. Nesse sentido, o atendimento das necessidades da população ocorre de maneira parcial e não atinge toda a sociedade. As dimensões territoriais do país, a defasagem e o sucateamento do SUS fazem com que faltem remédios essenciais em postos de distribuição²⁶, que haja demora na reposição e forçando pacientes e aguardarem providências quando os medicamentos de que precisam são de uso contínuo e constam da listagem. Quando a população não é atendida em suas necessidades mais básicas e a política pública governamental falha, não há efetivação do direito à saúde. Para essas pessoas, geralmente periféricas e dependentes do sistema de saúde pública brasileira, o direito fundamental está descrito na Constituição Federal, mas não está presente na sua vida.

²⁶Postos de saúde de Campinas ficaram sem remédios para diabetes e pressão alta, de uso contínuo e constantes da Rename. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2020/04/22/dois-postos-de-saude-de-campinas-tem-falta-de-remedios-para-diabetes-e-pressao-alta.ghtml>. Acesso em 12/07/2020.

3 A PERSPECTIVA DA MOBILIZAÇÃO SOCIAL DO DIREITO E O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA CONTEMPORANEIDADE

Para que o conceito de sociedade seja democrático e funcional tal como se almeja e idealiza, é necessário que haja uma análise detida acerca do relacionamento existente entre os movimentos sociais e as instituições estatais que nos regem. Desta feita, dentro do âmbito da presente pesquisa, procuramos compreender de que forma interagem movimentos sociais, o direito e o Poder Judiciário, verificando qual papel dos tribunais e seus juízes na ação coletiva e mobilização social em tempos atuais. Mais uma vez, esses novos ângulos de relacionamento entre o Estado e a sociedade passaram a ser possíveis a partir do processo de redemocratização pela qual passou o país no final dos anos 1980.

Muitas pesquisas teóricas e empíricas já foram concluídas abordando tanto os movimentos sociais quanto o comportamento do direito nesse universo, sem atentar para a natureza multivalente que envolve o relacionamento de ambos. A doutrina tradicional das ciências sociais nunca se interessou muito por aspectos da lei, enquanto doutrinários do direito produziram muito sobre campanhas judiciais, ações e aspirações de uma justiça social produzida através de tribunais, mas considerando apenas aspectos jurídicos do processo, tradicionalmente voltado para elites. No campo da doutrina brasileira os estudos ainda são limitados, sendo o material muito mais prolífico no exterior, especialmente nos Estados Unidos, fazendo com que o ativismo de movimentos e organizações seja considerado uma expressão de transnacionalização do direito, e as considerações feitas abranjam recortes globais dos padrões ou processos de ações coletivas (MACIEL, 2010).

Variadas perspectivas sobre a mobilização social e seus muitos aspectos são adotadas na elaboração e publicação de estudos eminentemente na área de ciências sociais, e cada uma delas enfoca ações e dimensões distintas. O que não se olvida é que esses grupos se formam para mobilizar poder coletivo social, político e econômico que acaba por questionar leis e comportamentos que antes os marginalizava. Alexis de Tocqueville já havia indicado em 1840 que “Quase não há uma questão política nos Estados Unidos que não se torne judicial mais cedo ou mais tarde” (2005, p.317), e que “os americanos confiaram pois a seus tribunais um

imenso poder político” (2005, p.115). Mais de uma centena de anos depois isso é verdade para nós brasileiros, também.

A lei possui um papel fundamental em todo o desenvolvimento social pelo que passa a sociedade, já que os movimentos sociais buscam se valer dela em seus esforços emancipatórios para questionar condições opressoras que costumam ser sustentadas por regimentos legais e instituições estatais (BARCLAY, JONES E MARSHALL, 2011). A lei tende a incorporar justamente a opressão que causou a marginalização de variados grupos, e por muito tempo a doutrina social a tratou como um mecanismo imutável dentro do sistema.

Especialistas também consideraram, inicialmente, que os objetivos dos movimentos sociais eram pré-determinados pelas circunstâncias que ocasionaram seu surgimento e isso acarretava uma falta de evolução com o passar do tempo, visto que seu foco residia na natureza complexa e contingente da lei. Assim, tais grupos eram vistos como rígidos e incapazes de assimilar novos conhecimentos a não ser pela força de eventos catastróficos (BARCLAY, JONES E MARSHALL, 2011). Também não foi imediatamente considerado o impacto e influência que decisões judiciais e reivindicações operadas pela via jurídica tiveram na criação desses mesmos movimentos, e raramente esses aspectos eram abordados. Em resumo, cada linha de pesquisa se focava em analisar seu objetivo, desconsiderando a possível influência e desdobramentos vindos de outros.

O debate sobre a possibilidade de se promover mudanças sociais através do direito e o acesso ao Poder Judiciário tomou forma e ganhou força apenas a partir da década de 1950 com a discussão acerca de liberdades individuais e garantias de direitos civis dentro do contexto da segregação racial nos Estados Unidos, segundo David Schultz (1998 *apud* FANTI, p.18). Mais especificamente com o caso histórico *Brown vs. Board of Education*, quando a Suprema Corte americana julgou a segregação entre brancos e negros nas escolas do país como sendo inconstitucional. Desta feita, com mais grupos adotando a postura de lançar mão de ações voltadas para a intervenção judicial em suas questões, mais acadêmicos passaram a se preocupar em analisar o fenômeno mais detidamente.

Segundo McCann (2006, p.18), a pouca dedicação à evidente conexão existente entre os movimentos sociais e o direito era uma realidade no universo acadêmico, mas passou a evoluir nas últimas décadas, principalmente durante a de

1990 com o desenvolvimento de um diálogo que conecta essas duas formas anteriormente separadas de análise, estabelecendo a relação entre movimentos sociais, direito e Poder Judiciário. Foi adotada uma visão bastante sóbria que considera as ações legais como uma fonte para mudança social igualitária. A corrente de estudos que continuamente procura superar a separação histórica entre as duas linhas de pesquisa é a *legal mobilization*, ou mobilização do direito, que os enxerga como elementos da sociedade e sistema político em que estão inseridas, realizando constantes trocas com influência mútua.

Além dessa abordagem, a agenda de pesquisa também lista a *top-down approach*, que privilegia o enfoque na atuação das cortes e destaca o impacto das decisões judiciais nas mudanças idealizadas por grupos sociais, destacando assim o papel do direito na produção de resultados. Na *cause lawyering* (advocacia de causa) o foco é na atuação e engajamento de elites jurídicas, com especial destaque para advogados, dentro dos grupos e seu impacto no desenvolvimento dos movimentos sociais da atualidade. Já a *political process-based approach* (abordagem baseada na teoria do processo político), muito similarmente à mobilização do direito, analisa-se o uso do direito e dos tribunais como fenômeno que desponta no processo de mobilização política de grupos (MACIEL, 2011, p. 98). Novamente, no Brasil o assunto ainda é bastante obscuro, mas já existem trabalhos de pesquisadores voltados para o assunto e pretende-se dialogar com essa literatura para que haja uma melhor compreensão do fenômeno da mobilização do direito e o papel dos tribunais em nosso país.

3.1 Direito e Mobilização Social

A história mostra que a compreensão dos laços que envolvem movimentos sociais, direito e Poder Judiciário são recentes, especialmente em nosso país, ganhando evidência nos EUA apenas em 1954, como já citado, com uma decisão envolvendo o movimento negro, brutalmente segregado naquele país. O caso acabou por levantar o debate sobre o fato de os tribunais possuírem a capacidade de produzir mudanças sociais e políticas significativas, alterando drasticamente o cenário político e social da época. Tal marco possibilitou o desenvolvimento doutrinário sobre assunto e promoveu mudanças na estratégia de outros

movimentos sociais, que passaram a considerar a possibilidade de utilização do Judiciário em suas pautas, com destaque para o movimento feminista, do consumidor e ambiental (LEVITSKY, 2015, p.382). O caminho para transformações políticas e sociais se tornou acessível e promissor.

Essa conclusão pode parecer banal nos dias de hoje, mas o impacto social foi incalculável:

Por mais de vinte anos o caso Brown definiu o que as pessoas pensavam sobre a lei. Era uma narrativa convincente sobre pessoas destituídas de poder se unindo para reivindicar seus direitos. Advogados e juizes eram os heróis humanos, mas o herói maior, se é que se pode usar esse termo para uma abstração, eram os direitos. Os direitos foram vistos como a chave para mudanças sociais. Os destituídos, silenciados e oprimidos poderiam conseguir justiça nos tribunais. Como nos mitos, essa história se tornou por um momento curto, mas crucial, a sabedoria convencional. (MILNER, 1991, p.255).

Considerando todas as teorias desenvolvidas para compreender o relacionamento entre movimentos sociais e a lei, a mobilização do direito apresenta uma agenda de estudos abrangente que passou a se firmar com mais propriedade com a publicação de *Rights at Work*, de Michael McCann em 1994, consolidando a *legal mobilization* e abrindo espaço para inserção de estratégias jurídicas no processo de ação dos movimentos de mobilização social.

A teoria da mobilização do direito trouxe a proposta de equilibrar o debate, torná-lo mais complexo e observar os aspectos mais sutis do litígio, trazendo uma visão mais realista acerca do que se pode esperar em termos de mudança social e institucional, sugerindo um ajuste de expectativas sobre a capacidade de mudança da sociedade e instituições, independente da ação coletiva adotada, mantendo em mente que mudanças não ocorrem facilmente (LOSEKANN, BISSOLI, 2017, pp. 2-3). Conceitualmente, a mobilização social seria “qualquer tipo de processo através do qual indivíduos ou atores coletivos invocam normas, discursos ou símbolos jurídicos para influenciar políticas públicas ou comportamentais” (VANHALA, 2015, *apud* FANTI, 2016, p.36).

Em vez de enfatizar efeitos diretos ou no surgimento de precedentes, a mobilização legal investiga os efeitos indiretos mais difusos que podem refletir sobre a própria mobilização social. McCann (2006, p. 20) assevera que a mobilização legal é a linha de estudo mais abrangente e expansiva: é baseada extensivamente na teoria do movimento social, considerando modelos de processo político; considera os limites consideráveis de oportunidades da lei que variam de acordo com o

contexto. O enfoque é entender o papel do direito no contexto de grandes conflitos sociais entre grupos organizados que buscam alterações profundas na sociedade. Trata-se do foco desta pesquisa.

Antes de um maior aprofundamento sobre o tema, é importante estabelecer os conceitos de lei e movimentos sociais.

3.1.1 O Conceito de Lei

Dentro do universo de mobilização e movimentação social, podem existir muitos conceitos e significados de lei, sua natureza e definição multivalente indicando tipos diferentes de fenômeno. A lei pode representar instituições legais; oficiais ou elites como juízes, burocratas e advogados; normas, regras e discursos que estruturam práticas em instituições legais. Em ambientes positivistas, a lei funciona no sentido de que ações oficiais institucionais causam efeitos diretos, imediatos e tangíveis em alvos determinados, e assim fornecem um poderoso suporte para o *status quo*, com poucos recursos que permitam o questionamento da ordem dominante. Essa é a forma com que a doutrina legalista enxerga impactos de ações judiciais, como Gerald Rosemberg (1993) e Stuart Scheingold (1974).

Por outro lado, uma vertente mais interpretativa e guiada pela mobilização legal enxerga o conceito de lei de forma mais abrangente, compreendendo-a como tradições de conhecimento e prática comunicativa. A atenção é direcionada para a forma com que discursos e simbologias legais expressam amplas formações ideológicas dentro das sociedades. Desta forma, os significados legais não ofuscam quaisquer considerações sobre efeitos ou impactos de litígios e cortes, e os estudos sobre mobilização do direito objetivam a renomeação e reivindicação de termos legais por ativistas de movimentos sociais em espaços onde a força normativa da lei e seus representantes não são tão presentes (McCANN, 2006, p. 21).

Por outro ângulo, Barclay (2011, p. 5) exemplifica que a lei pode ser o braço do estado, revestida do poder e autoridade exercidas por instituições e seus representantes legais. Em alguns momentos o Estado pode antagonizar os movimentos sociais, enquanto em outros pode ser um aliado. Ainda em outro instante o poder público pode oferecer um espaço de convivência entre as mobilizações e seus adversários, com oportunidades de interação que variam de

acordo com as condições culturais, políticas, sociais e econômicas prevalentes. As circunstâncias em que a lei e os movimentos sociais se encontram pode ter efeitos variados e se ocorrer, por exemplo, dentro do sistema de justiça criminal, a lei representará uma força repressiva usada pelo Estado contra organizações, através de instrumentos como a prisão de manifestantes.

Levitsky aponta para a dificuldade de se definir o que é lei, por se tratar de um substantivo com muitos significados e sentidos que, conforme assinalado passam por policiais, juízes e regramentos constantes de constituições e decisões judiciais. Além dos conceitos já abordados, a lei “pode ser entendida como uma linguagem para a legitimação de sofrimentos, constituição de identidades e comunicação de significados dentro de um movimento, para as elites e demais pessoas” (2015, p. 383).

Na doutrina brasileira o conceito de lei é intimamente ligado ao campo jurídico e muito dificilmente afastado dele. Assim, ele pode ser definido como um ato do poder legislativo que estabelece normas de comportamento social (GONÇALVES, 2011, p.278). Segundo definição obtida em dicionário²⁷, a lei é uma regra escrita que emana de autoridade soberana e é imposta a todos os indivíduos, além de conjunto de regras advindas de costumes, tradições e convenções sociais, ou, ainda, aquilo que se impõe ao homem por sua razão ou por determinadas condições ou circunstâncias. Seja qual a forma pela qual se observe, o conceito de lei representa uma poderosa convenção da vida social, e é ambíguo, visto que pode moldar o que entendemos como sociedade ou até mesmo constituir princípios formativos. Também pode a ferramenta que conduz desentendimentos dentro dessa mesma sociedade, não expressando, ainda, o mesmo significado para diferentes pessoas ao mesmo tempo. Mais importante ainda, é a lei que constitui o que entendemos por nossos direitos.

É em ações que visam garantia e proteção desses direitos, a verdadeira legitimação da lei, que autoridades agem, lançando mão do uso de violência para que sejam observadas. E essas ações, e especialmente as consequências que delas advém, dão margem de atuação para grupos sociais. A característica da lei que representa fonte de empoderamento ou enfraquecimento, construção e

²⁷ Dicionário Oxford. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/>. Acesso em 04/07/2020.

transformação de relações sociais e, claro, poder. Mas para que possa acontecer, essa manipulação precisa de negociação, aconselhamentos, análise e educação.

3.1.2 Movimentos Sociais

O termo movimento social remete imediatamente à ideia de coletividade com algum grau de organização e propostas por temas que constituam pontos sensíveis de discussão dentro da sociedade. Charles Tilly os definiu magistralmente da seguinte forma:

Movimento social é uma série de situações sustentadas entre os detentores do poder e pessoas que se propõe a falar por um eleitorado que não dispõe de representação formal, de forma que essas pessoas façam demandas públicas visíveis por mudanças na distribuição ou exercício de poder, e sustenta essas demandas com demonstrações públicas de apoio (TILLY, 1979, p. 12).

Essa conceituação não oferece muitas distinções desses grupos de mobilização social para outros grupos de interesse, como partidos políticos, e até expoentes mais extremos de agrupamentos coletivos, como multidões protestantes que cometem atos de vandalismo ou grupos terroristas. A diferenciação, inclusive, acaba por se tornar nebulosa quando a proposta de muitos grupos evolui com o tempo para outros tipos de organização, como outros tipos de objetivo e visibilidade. A própria referência a “grupo” de pessoas pode passar uma impressão errônea, quando toda essa movimentação geralmente envolve algumas autoridades e interlocutores que lhes oferecem desafios, não demandando formato específico ou número mínimo de participantes. Considera-se, também, que movimentos sociais objetivam mudanças sociais e políticas de forma mais abrangente que qualquer dos grupos a que possam ser comparados, e possuem, em geral, dificuldades sociais específicas particulares a eles.

Além disso, movimentos sociais dispõem de variadas ferramentas de atuação e tendem a focar em estratégias pautadas em comunicação, utilizando-se de formatos como protestos, passeatas, greves e outras movimentações que interrompam práticas sociais de maneira abrupta (McCANN, 2006, p.24). Ademais, eles não costumam possuir entre seus militantes representantes de elites econômicas ou políticas, visto que estes tradicionalmente se beneficiam de modelos e regramentos sociais vigentes. Apesar de poderem encontrar apoio entre essas

classes, independente de orientação política, suas origens encontram-se na luta de classes e reúnem cidadãos sem poder, sem riquezas e sem fama.

3.2 Mobilização Social do Direito

Foi a partir da publicação de alguns estudos na década de 1970, encabeçados por intelectuais de vertentes liberais norte-americanos que se iniciou a análise da mobilização do direito no que tange à relação entre o direito e transformações sociais. Uma das mais importantes destas obras é *The politic of rights: lawyers, public policy and political change*, de Stuart Scheingold, publicada em 1974, que desenvolve um panorama inicial sobre o assunto onde entende que a opção pelo litígio é uma estratégia conservadora e até ingênua, considerando que os operadores do direito são tradicionalmente representantes das elites dominadoras e não se comprometeriam com as mudanças almejadas. Ademais, o resultado das decisões judiciais não seria satisfatório, pois proveria alterações parciais não capazes de promover muita redução em termos de desigualdade.

A obra de Scheingold inaugura um novo campo de estudos, analisando os possíveis agentes da mudança social e buscando compreender a estratégia jurídica aliada à mobilização social. O autor aponta que ganhar uma simples ação não acarreta muitos efeitos práticos, mas uma decisão judicial favorável pode ser utilizada como fundação para mobilizar uma base eleitoral. Oferecendo uma melhor compreensão da inter-relação entre o direito, a política e uma consequente mudança social sob seu ponto de vista, ele apresentou os conceitos de “mito dos direitos” e “política dos direitos”.

O primeiro indica crença sobre a moralidade do direito, especialmente ao constitucionalismo e atuação das cortes americanas, mostrando como se mostra a organização social. O movimento denota uma devoção à Constituição, que traria valores atemporais que devem ser utilizados por juízes para frear impulsos erráticos da democracia (FANTI, 2016, p.38). Já a política dos direitos é colocada de maneira mais positiva pelo autor, pois enxerga os direitos como espécie de recurso político que possibilita algumas formas de atividade política. Assim, se os agentes sociais perceberem que estratégias jurídicas consideradas isoladamente são limitadas e outras formas de atuação política possuem potencial, eles se apropriam dessas vias

em sua luta por mudanças sociais, sendo necessário combinar ambas para que haja maior efetividade (FANTI, p. 40). A obra se caracteriza por uma visão marcada pelo *legal realism*, que enfoca o direito praticado por tribunais e aplicado a casos concretos. Em essência, Scheingold é contrário a movimentos sociais recorrerem à Justiça como forma de avançar em suas agendas políticas por acreditar que essas estratégias possam drenar a forças dos movimentos. Ironicamente, foi a partir dessa publicação que se criou o campo necessário para o desenvolvimento da teoria da mobilização do direito, e nas décadas seguintes a publicação de outros estudos exploraram o tema e destacaram muitas limitações ideológicas, organizacionais e financeiras inicialmente identificadas por Scheingold.

McCann aponta que historicamente houve o aglutinamento de três grupos doutrinários distintos na construção e evolução da mobilização social do direito. O primeiro é composto por estudos que investigaram o litígio estratégico limitado a disputas individuais, sem conectá-lo a causas coletivas. O segundo fez essa mesma análise, mas a partir das ações de movimentos sociais. O último, por sua vez, estudou aspectos que se alinham com a teoria da mobilização social como a entendemos hoje, sem necessariamente usar esse termo, e é aqui onde se encaixam os preâmbulos de seu próprio trabalho, que é reconhecido como o um dos maiores expoentes da teoria (1991, pp.226-227). A mudança de pensamento necessária para o desenvolvimento da mobilização social da lei ocorreu quando ele publicou *Rights at Work: pay equity reform and the politics of legal mobilization*²⁸, de 1994, onde os estudos sociojurídicos com foco na atuação de tribunais foi integrado às teorias mais amplas e independentes dos movimentos sociais.

Para melhor compreensão do tema, parte-se do princípio que “a lei é mobilizada quando um desejo ou necessidade se traduz em uma demanda ou afirmação de direitos” (ZEMANS, 1983, p. 700). O direito passou a ser visto de maneira mais ampla, agregando múltiplos significados e dimensões, atores sociais, espaços e instituições, sendo percebido como um sistema de significado cultural e controles operacionais, mantendo ainda a ideia de mediação de relações de classes. Nesse sentido, a lei é vista como parte da vida cotidiana das pessoas, que a têm como referencial em seu agir, mantendo-se a convenção que atribui à lei o respeito

²⁸ A obra trata da política de igualdade salarial entre homens e mulheres ocorrida nos Estados Unidos, destacando como grupos que advogavam essa política conseguiram mobilizar trabalhadoras do sexo feminino e estabelecer diálogo com empregadores através do emprego de táticas legais.

aos direitos dos cidadãos com designação de fardos e benefícios sociais. Ademais, o direito também é concebido como fonte de recursos estratégicos que oportunizam ou restringem ações que se traduzem no sustento se hierarquias sociais (LOSEKANN e BISSOLI, 2017, p.4).

A conceituação e concepção da lei e do direito nesse universo são de extrema importância, pois os estudos iniciais sobre o assunto centraram-se muito exatamente em como compreender seus efeitos e utilidades, de forma a determinar sua aplicabilidade como estratégia de mobilização social. Nesse diapasão, pode-se citar como exemplo o autor Gerald Rosemberg, que em sua obra *The Hollow Hope: can courts bring about social change?* sinaliza que a estratégia que se utiliza de vias judiciais na promoção de mudanças não passam de esperanças vazias – como bem se lê no título da obra, cuja visão é centrada na ação das cortes e na inicial relação meramente formal entre tribunais e movimentos sociais, que percebia apenas efeitos judiciais imediatos. “Pedir (às cortes) que produzam reforma social significativa é esquecer a história e suas limitações. É nublar nossa visão com crenças ingênuas e românticas que os direitos triunfarão sobre a política” (1991, p. 343 *apud* LEVITSKY, 2015, p.385). Os embates acadêmicos entre ele e Michael McCann no início da década de 1990 foram fundamentais para a expansão da compreensão de direito e seus instrumentos legais no desenvolvimento da teoria da mobilização do direito.

Isto posto, as decisões judiciais passaram a não ser mais vistas como atos isolados que produzem efeitos restritos aos litigantes de cada caso, mas também como produtoras de efeitos indiretos que afetam as pautas de movimentos sociais. “O primeiro modelo de mobilização do direito: analisar o papel constitutivo de demandas legais como fonte e limite para os esforços coletivos transformarem ou reconstituírem relações de poder dentro de grupos sociais” (McCANN, 1991, p. 228). Desta feita, deixou-se de adotar uma visão *top-down*, de cima para baixo, centrada na atividade judiciária, para considerar a abordagem *bottom-up*, de baixo para cima, onde o foco é deslocado para agentes de movimentos sociais.

Mobilizar o direito não é apenas utilizar a lei de maneira estratégica, mas saber interagir com atores jurídicos e constituir um repertório específico de ação coletiva.

A mobilização do direito consistiria na inovação pública de normas jurídicas para a regulação de conflitos e comportamentos. Indica a ação de indivíduos, grupos ou organizações na promoção de reivindicações legais por meio das quais interesses, valores e demandas são traduzidos como

questão de Direitos. (...) O direito constituiria uma forma de poder público contingente que só se efetiva na medida em que é mobilizado. Nesse sentido, a mobilização do direito é uma atividade política por meio da qual a autoridade pública das normas é convertida pelos agentes em forma relevante de participação nos sistemas democráticos (MACIEL, 2011, p. 100).

Também é preciso utilizar instrumentos ou ações direcionados ao Poder Judiciário dentro do conjunto de estratégias das quais dispõem movimentos sociais, destacando que o estudo de fatores contextuais se torna fundamental para melhor entender os diferentes resultados possivelmente obtidos com tais ações (MCCANN, 2016, p.18). A mobilização social do direito não é um fenômeno isolado ou autônomo, mas um processo complexo e altamente contingente que constitui apenas uma das dimensões dos movimentos sociais. Por seus efeitos práticos estarem diretamente ligados ao contexto onde são empregados, McCann analisou o papel que a atividade jurídica desempenhou em diversas fases de desenvolvimento dos movimentos sociais, de modo que a mobilização do direito pode trazer ganhos a eles independentemente do resultado do litígio no tribunal (1991, p. 231).

Da perspectiva de análise do direito como recurso de interação política e social, cuja utilização e protagonismo foram deslocados para seus usuários, consideram-se três premissas teóricas: a primeira considera as dimensões analítica e estratégica do direito, tidas como analiticamente inseparáveis. No plano normativo, a existência do direito orienta e edifica a vida em sociedade, fornecendo uma moldura normativa que faz com que os agentes sociais percebam as relações nas quais estão inseridos, seus desdobramentos, possibilidades de conduta e seus interesses. Mas o direito também é um recurso estratégico, visto que as normas jurídicas podem ser usadas calculadamente para concretização de interesses e obtenção de resultados práticos. Assim, as dimensões constitutiva e estratégica do direito representam dois níveis distintos de poder que não são totalmente separáveis, já que a norma jurídica “estrutura as próprias situações de ação e interação estratégica uma vez que orienta a formulação de problemas, a definição de competências e as formas legítimas de ação” (MACIEL, 2011).

A segunda premissa realiza uma substituição na concepção do direito como detentor do poder de limitar outros atores estatais no sistema de freios e contrapesos pela preocupação com as bases socioculturais do poder, de autoridade e do papel dos tribunais na construção e problematização de conflitos públicos e demandas sociais. Na terceira o papel dos tribunais evolui, saindo da condição de

mero julgador alheio a processos políticos para assumir a posição de mais um agente ativo na dinâmica das disputas sociais e políticas públicas, de forma que o impacto judicial não se limite ao estabelecimento de regras ou solução de litígios, mas se estenda a um modelamento do contexto estratégico de outros atores no estado e na sociedade através de decisões judiciais inseridas na disputa em torno da definição do sentido e alcance social das normas que envolvem valores, recursos e identidades (MACIEL, 2011).

Desta feita percebe-se que o poder judicial está intimamente atrelado ao problema da ação coletiva, de caráter mais geral. As instituições jurídicas são um dos recursos disponíveis para mobilização de demandas, legitimação de interesses e disputas, o que faz com que a doutrina incorpore a teoria do processo político, afeita a movimentos sociais, na análise do papel e função das leis e dos tribunais em processos de conflito e mobilização coletiva. Voltaremos a esse tópico.

No âmbito da mobilização social do direito, McCann (1991, 2016) identifica alguns diferentes estágios da mobilização coletiva onde o direito e estratégias que incluam acesso ao judiciário são relevantes para grupos sociais. Cada uma dessas dimensões envolve litígio e outras iniciativas legais, mas também indicam a possibilidade de mobilização de simbologias legais, aspectos normativos e outros procedimentos que não dependam, necessariamente de confirmação judicial, mantendo a liberdade de atuação das organizações.

O primeiro momento é a fase inicial de composição organizacional dos grupos e a formação de uma agenda. Trata-se de um processo que é chamado de elevação da consciência de direitos (*rights consciousness rising*), e envolve a “capitalização na percepção de legitimidade associada com os direitos para iniciar e cultivar mobilização política” (SCHEINGOLD *apud* McCANN, 2016, p.25). Esse desenvolvimento envolve dois processos separados, mas intimamente conectados, de transformação cognitiva dos membros do movimento. A primeira delas é a formação da agenda, onde os atores sociais utilizam discursos legais para denominar e questionar incongruências sociais e injustiças. Aqui as normas legais e suas tradições se tornam elementos importantes no processo de explicitar a injustiça das relações existentes na definição dos objetivos do grupo e na construção de uma identidade em comum com outros cidadãos que ocupem outras posições sociais. Dando continuidade à análise, a segunda maneira em que práticas legais

contribuem com movimentos sociais é a reconstrução da estrutura de oportunidades dentro da qual cada movimento surge, ressaltando que a formação e ação de movimentos são mais propícios em momentos em que grupos dominantes e relações apoiadas pelo Estado são percebidos como mais vulneráveis e sujeitas a questionamentos. Essa dimensão envolve a mobilização de discursos legais e autoridades institucionais para formar uma base de apoio da população. Assim, as decisões oriundas de tribunais podem projetar ou legitimar demandas relacionadas aos direitos que são objeto de luta desses grupos, e ainda levar a debate algumas normas já existentes. Quando grupos agem aproveitando essas oportunidades, adquirem confiança em sua capacidade de mobilizar convenções legais para apontar problemas, destacar demandas e avançar em suas causas, e decisões favoráveis nos tribunais tornam o ambiente político mais favorável para outras ações do grupo – no caso da discussão sobre igualdade salarial nos EUA, o grupo sofreu uma série de derrotas jurídicas e uma pequena vitória na Suprema Corte, mas enquanto esse cenário se descortinava, os líderes conscientizaram e organizaram trabalhadoras por todo o país.

O segundo momento de mobilização do direito pelos movimentos sociais é a utilização de estratégias jurídicas como forma de pressão política, partindo-se do entendimento que um triunfo nos tribunais nem sempre é necessário na obtenção de vantagens. Essa pressão pode ser exercida economicamente, já que um processo é substancialmente caro em termos de custas e tramitação prolongada, e o custo de processos envolvendo importantes disputas públicas, que atingem variadas instâncias judiciais, pode facilmente atingir a casa dos milhões. Esse desenvolvimento pode fazer com que adversários proponham acordos para evitar perdas financeiras e de decisão. Além disso, grupos podem mobilizar normas legais, convenções e demandas de modo a obter concessões mesmo quando não exista uma demanda judicial em curso, valendo-se da ajuda da mídia, que é propensa a dar destaques a demandas por direitos, aumentando o poder de pressão desse tipo de tática em muitos sentidos. Implicitamente entende-se que a discussão sobre conflitos sociais avança mais rapidamente e menos dispendiosamente quando estão à margem de intervenções judiciais, considerando-se que os inimigos são poderosos. (McCANN, 2016).

O terceiro momento de mobilização social do direito envolve a utilização de táticas legais para gerar ações responsivas a demandas políticas básicas, ainda que parcialmente, pelo Estado. Essas ações judiciais quando utilizadas em conjunto com outras estratégias, como manifestações públicas, podem denunciar a má atuação ou omissão do Estado e autoridades, ao mesmo tempo mobilizando a opinião pública contra esses alvos, ameaçando-os com processos judiciais caros e possíveis derrotas. De forma geral, McCann afirma ser essa uma das mais efetivas formas encontradas pelos movimentos sociais para compelir o Estado a realizar mudanças. Esse tipo de movimentação mostra que não é necessário obter vitórias nos tribunais para que a mobilização do direito seja efetivada, e táticas legais podem ter maior chance de sucesso quando combinadas com outras ações, como demonstrações públicas, lobby legislativo, negociações coletivas, mobilização eleitoral e publicidade (1991, 2016).

O próximo momento de mobilização social do direito é a utilização de estratégias jurídicas pelos movimentos sociais para compelir o Estado a programar políticas públicas. Esse movimento mostra-se importante, já que conquistar a aceitação de novas leis e políticas junto a intelectuais em obras literárias não representa sucesso sem a efetiva implementação da política. É nesse estágio que as táticas legais têm significância mais limitada para a mobilização social, pois as cortes geralmente não dispõem de recursos e independência necessários para impor suas decisões a grupos resistentes no Estado e na sociedade. Ainda assim, a utilização de táticas jurídicas, especificamente a utilização ou ameaça de litígios pode auxiliar ativistas de movimentos sociais a terem voz, posição e influência no processo de implementação e execução de políticas públicas. A utilização de ferramentas legais para o processo de formalização de políticas e sua concretização torna o procedimento público, explícito, uniforme e generalizado, em um processo formalizado com o Estado e outros entes públicos. Isso ocorre porque o Poder Público geralmente prefere utilizar meios mais informais e obscuros ao efetivar políticas públicas, longe de qualquer tipo de supervisão externa, o que faz com que seja mais propício que as prerrogativas já estabelecidas por elites dominantes sigam intocadas, protegendo seus privilégios e acenando com gestos simbólicos vazios para quem os questionar. Assim, grupos marginalizados podem se beneficiar de processos com maior grau de formalização, onde direitos processuais e padrões

substanciais podem responsabilizar os interesses dominantes que controlam os recursos materiais e organizacionais do sistema (McCANN, 1991, 2016).

Por fim, o legado jurídico é o quinto e último momento de mobilização social do direito, destacando as consequências das lutas dos movimentos sociais para as pessoas e instituições sociais. Este legado abrange os agentes de movimentos sociais e os alvos especificados nas reformas de políticas sociais, mas também incluem implicações generalistas e não intencionadas. O autor utiliza como exemplo seu já citado estudo acerca da equidade salarial em empresas americanas (1994), afirmando que além das conquistas que constavam da agenda do movimento, outros ganhos que não haviam sido inicialmente almejados também foram observados, como o aumento do senso individual de eficiência enquanto cidadãs dessas mulheres, bem como sua identificação com outras trabalhadoras, que ocorreram graças ao aumento de poder organizacional feminino dentro dos sindicatos. Também foi apontado um significativo aumento da consciência de direitos que resultaram na mobilização pela equiparação de salários, o que fez com que surgissem novas demandas que dessa vez envolviam licença-maternidade, benefícios e melhores condições de trabalho, constatando-se que houve algum grau de transformação no contexto de possibilidades discursivas e relações de poder. Nesse caso, o legado é o desenvolvimento dessa conscientização de que o direito é um recurso estratégico para questionamento das relações de poder que enfrentamos socialmente.

É claro que surgiram críticas e alguns efeitos indesejados, especialmente com relação a direitos humanos que invariavelmente agregam uma carga dramática inevitável que acaba por alterar os termos das lutas políticas, mas padrões consistentes de mudanças significativas nas relações sociais, no poder estatal e bem-estar são variáveis. Ainda é cedo para verificarmos o legado da mobilização social do direito, mas espera-se que as implicações abranjam transformações tanto positivas quanto críticas (McCANN, 2016).

Concluída esta análise, verifica-se que McCann enxerga o direito essencialmente como prática social, aprofundando sua visão “culturalista” e expandindo seu significado para além do campo jurídico. Ele está intimamente ligado à política, torna-se uma arma instrumental quando estrategicamente utilizado,

e incorpora e promove exposições que mantêm uma complexa relação com outros discursos culturais e políticos (PARIS *apud* FANTI, 2016, p.46).

3.2.1 Teoria do Processo Político

Com já é sabido, uma parte importante da mobilização social do direito é conectar os estudos sociojurídicos com aqueles relacionados a movimentos sociais. Dessa intersecção entre as duas áreas surge, além da possibilidade de mobilização social do direito, o conceito de oportunidade jurídica, um desdobramento de oportunidade política, a partir da qual se desenvolve a Teoria do Processo Político (TPP).

A teoria do processo político produziu um modelo analítico da mobilização política que contempla tanto formas de ação coletiva mais fluidas e não institucionalizadas, como movimentos sociais e protestos públicos, quanto aquelas mais estruturadas e organizadas sob a forma de organizações civis, sindicatos, partidos políticos, grupos religiosos, etc. (MACIEL, 2011, p.100).

A TPP analisa os movimentos sociais em um contexto “macro”, compreendendo a forma com que fatores conjunturais externos influenciam esses grupos em suas trajetórias e ações, definindo reivindicações e estratégias que buscam mudanças sociais. Nesse sentido, inclui-se o regime político do país onde o movimento social está inserido e seus atores, ou seja, toda a estrutura de oportunidades políticas (DE FAZIO, 2012, p.5). Aqui, as oportunidades políticas são “sinais contínuos – embora não necessariamente permanentes, formais, ou nacionais – percebidos pelos agentes sociais ou políticos que os encorajam ou desencorajam a utilizar os recursos com os quais contam para criar movimentos sociais” (TARROW, 1999, *apud* FANTI, 2016, p.47).

Dentro desse enfoque pode-se observar que:

Os movimentos sociais se desenvolvem dentro de limites colocados por estruturas prevaletentes de oportunidade política: as organizações formais de governo e de políticas públicas; a facilitação e a repressão das reivindicações dos grupos desafiantes das autoridades e a presença de aliados potenciais, rivais ou inimigos que afetam, de forma significativa, qualquer padrão de confronto do sistema político. As organizações de movimentos sociais, por exemplo, comumente criam estruturas paralelas àquelas dos detentores do poder aos quais dirigem suas demandas: um Estado altamente centralizado gera organizações de movimentos mais centralizadas do que um Estado federal fragmentado. Contudo, num prazo mais longo, a ação do movimento social também altera as estruturas de oportunidade, principalmente ao contribuir para mudanças nos modos conhecidos de reivindicar, nas formas de repressão e facilitação por parte

das autoridades e nas identidades políticas estabelecidas (MCADAM, TARROW e TILLY, 2009).

Desta forma, utiliza-se a oportunidade política na Teoria do Processo Político para compreender a escolha que os movimentos sociais realizam estrategicamente no processo de tentar alcançar seus objetivos no tocante a alterações sociais e políticas, considerando também fatores externos ao grupo que podem ter influência em suas atividades – a estrutura de oportunidades políticas (DE FAZIO, 2012, p. 5). Desta forma, as oportunidades são delineadas por fatores estruturais e incertos, e são aproveitadas por movimentos sociais conforme sua disponibilidade e objetivos. As mudanças nas oportunidades criam incentivos para que novas fases de confronto sejam iniciadas, e então as estratégias de mobilização devem acompanhar e também mudar, visto que mais oportunidades serão criadas para eles, para insurgentes retardatários, e até para opositores e detentores de poder (TARROW, 2009, p. 24).

Dentro da TPP as estruturas jurídicas e suas possibilidades eram inicialmente desprezadas, pois estariam inseridas dentro de um conceito mais amplo da compreensão do termo “política”. Por conseguinte, o sistema jurídico também não era considerado uma estratégia relevante dos movimentos sociais por essa ótica, e essa negligência pode ser considerada surpreendente pelo fato de que doutrinadores e cidadãos acreditam que a reforma das leis é um dos maiores objetivos dos movimentos sociais. O aumento da concentração de poder nas mãos do Judiciário fez com que organizadores reconhecessem a potencialidade dos tribunais para sua causa. Essa mudança se deu com o desenvolvimento de estudos sobre a mobilização social e a percepção de que muitas dimensões da estrutura de oportunidade política podiam ser também dimensões de oportunidades jurídicas. “A estrutura de oportunidades jurídicas pode ser considerada parte da estrutura política que os movimentos sociais encontram, afetando suas escolhas táticas sobre litígio e conseqüentemente seu repertório de ação” (DE FAZIO, 2012, pp.5-6).

Mesmo com essa conclusão, o Poder Judiciário se destaca e distancia do universo de oportunidades políticas, já que seu acionamento implica em uma série de adequações e ritos que dele são próprios e necessários, com o emprego de formalizações, linguagens e personagens indispensáveis a seu funcionamento. É a partir daí que a TPP se aprimora com a noção de oportunidade jurídica, que incorpora o universo do direito a essa análise (FANTI, 2016, p.48).

As mobilizações sociais são analisadas da perspectiva político-institucional, estratégico e simbólico-cognitivo, simultaneamente, dentro da Teoria do Processo Político. Em primeiro lugar, os movimentos sociais são afetados por incentivos e constrangimentos políticos em um determinado momento, orientando as escolhas de seus agentes dentro do leque de possíveis opções a serem seguidas, ou seja, o que lhes é possível ou se encontra constricto. A apontada estrutura de oportunidades políticas descreve “as dimensões consistentes – mas não necessariamente formais, permanentes ou nacionais – do ambiente político que tanto facilitam ou dificultam a emergência da ação coletiva como impactam a trajetória histórica das mobilizações coletivas” (TARROW, 1988, p.77).

Nesse sentido, a literatura costumeiramente reconhece três dimensões de oportunidades políticas, muito bem explicadas por Andersen (2006, p.9): acesso ao Poder Judiciário, configuração de poder e a disponibilidade de aliados. Importante destacar, antes de tudo, que se referem ao processo judicial americano, que é sensivelmente distinto do trâmite brasileiro. Retomando o raciocínio, a primeira das dimensões, a acessibilidade, indica que o grau de acesso a uma estrutura institucional formal molda a urgência, o progresso e os resultados da ação coletiva. Desta forma, as particularidades de um processo judicial orientam as opções disponíveis para os grupos sociais, que consideram o tipo de tema a ser levado ao Judiciário, a espécie de ação para melhor tratar do assunto e a competência envolvida, ou seja, em que localidade ela será ajuizada.

Na dimensão da configuração de poder se consideram as elites relacionadas ao Poder Judiciário, que também possuem poder de influenciar na urgência, progresso e resultados de um processo e se constituem por juízes. A autora aponta que quando uma ação levada ao tribunal divide a opinião dos juízes, uma maior discussão sobre o caso é estimulada e mais “munição” é distribuída aos dois lados da disputa. A perspectiva de cada magistrado pode afetar o progresso e o resultado de processos, e existe a probabilidade de que juízes que decidem repetidamente sobre as mesmas questões podem emitir opiniões bastante divergentes em cada caso. Conseqüentemente, foco em brechas jurídicas ou políticas pode incentivar que juízes emitam opiniões dissidentes e beneficiem as ações de grupos. Além disso, mudanças no quadro da magistratura também podem trazer ou encerrar oportunidades legais (2006, pp.10-11).

Já a terceira dimensão, concernente aos aliados ou oponentes dos movimentos sociais, indica que a presença dessas pessoas também constitui um aspecto da estrutura de oportunidades jurídicas, já que aliados podem agir de modo a custear despesas judiciais, oferecer assistência na elaboração de estratégias jurídicas ou atuar como *amicus curiae*²⁹ no curso do processo (2006, p.12).

De Fazio (2012, p.6) também formulou dimensões de oportunidades, reeditando a lista de Andersen com algumas mudanças. Para o autor essas dimensões são: a acessibilidade dos movimentos sociais ao Poder Judiciário; a existência de direitos sujeitos à discussão judicial e a receptividade do Judiciário. O primeiro é coincidente com a lista de Andersen, e há um consenso no sentido de que regras restritivas de acesso aos tribunais impactam negativamente as estratégias dos movimentos sociais, já que seus custos e contenções são reconhecidos como determinantes na estratégia jurídica do grupo.

A segunda dimensão de De Fazio se refere à existência de direitos que possam ser discutidos judicialmente, ou seja, além de assegurados em leis os direitos também devem ser assegurados em tribunais. O autor afirma que a premissa de discussão judicial de direitos abre oportunidade para que movimentos sociais participem ativamente do sistema jurídico-político (2012, p. 7). Por fim, a terceira dimensão abrange a receptividade do Poder Judiciário, no sentido de que as cortes precisam se mostrar acolhedoras aos questionamentos e debates levantados pelos movimentos sociais para que sejam consideradas arenas valiosas de disputa. Juízes fechados a reivindicações e validações de uma cultura que assegura direitos somente a camadas privilegiadas da população formam um cenário que absolutamente não favorece a mobilização do direito, e tampouco uma evolução benéfica para seus cidadãos.

Analisando a qualificação desses universos da estrutura de oportunidades políticas e considerando o posicionamento dos outros autores citados, Maciel (2011, p.100-101) afirma que elas são compostas pelos seguintes fatores: mudanças no tipo de interação entre Estado e sociedade; o aumento da permeabilidade das instituições às demandas sociais; e a disponibilidade de aliados políticos entre partidos, mídia, sindicatos, elites sociais e outros movimentos sociais para os grupos

29 *Amicus curiae* é uma pessoa, entidade ou órgão, com profundo interesse em uma questão jurídica, na qual se envolve como um terceiro, que não os litigantes, movido por um interesse maior que o das partes envolvidas no processo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7739/amicus-curiae>. Acesso em: 08/07/2020.

mobilizados. Sequencialmente, essa estrutura de oportunidades políticas determina estratégias de mobilização que possibilitam suporte prático à ação coletiva, e é a partir desses suportes que os movimentos sociais estabelecem seus repertórios de ação, que contam com formas de ação política não institucionalizadas, como protestos e greves, e institucionalizadas, como lobbies e litígios. Em terceiro lugar, surge a construção de esquemas interpretativos e discursivos para identificar problemas sociais, verificar suas causas e propor estratégias de solução para determinar a urgência e o curso das mobilizações políticas (MACIEL, 2011).

Andersen (2006) assevera, ainda, que as estruturas de oportunidades legais ganham relevância apenas quando acionadas pelos movimentos. “A construção de um repertório de mobilização do direito envolve a construção de interações de litigância que inter-relacionam diversos atores dos movimentos e aqueles que estabelecem no campo do direito (advogados, promotores, juízes, defensores, burocratas, etc.)” (LOSEKANN, 2019, p.185).

Colocar toda essa estrutura em prática demanda uma série de fatores sociais e legais, e alguns aspectos dos processos políticos e jurídicos brasileiros são bastante particulares e demandam uma análise mais atenta.

3.3 Cenário Brasileiro

Nessa altura já não restam dúvidas que a promulgação da Constituição Federal, em 1988, foi o marco fundamental democrático neste país. A CF sustentou a democracia brasileira em um processo de transição delicado, nos guiando por agudas crises políticas que vivenciamos ainda hoje como um farol. Forjada na tripartição dos poderes e ideais de liberdade de expressão e pensamento, foi a partir dela que se criaram espaços para maior participação popular dentro dos mecanismos governamentais. O número de legitimados ativos aptos a propor ações no STF foi ampliado, permitindo a partidos políticos, conselhos profissionais, sindicatos e grupos de interesse a proposição de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN), um poderoso mecanismo de proteção contra a violação de direitos coletivos.

Além da ADIN, a CF/88 oferece outros dois instrumentos para questionamentos da constitucionalidade de leis, decisões e políticas: Ação

Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que possuem regramentos rígidos. As ações coletivas previstas nos incisos do art. 5º também são relevantes, visto que são instrumentos de proteção de direitos e garantias fundamentais, e outros mecanismos legais como audiências públicas e consultoria técnica a título de *amicus curiae* que podem ser acessadas por movimentos sociais.

Como resta evidente, a atuação do Poder Judiciário foi fortalecida, uma vez que a carta de direitos foi expandida e sua proteção em âmbito individual ou coletivo outorgada ao Ministério Público (MP) e aos tribunais, fazendo com que estes desempenhem funções-chave no cumprimento dos princípios que embasam a República, conforme visto no capítulo anterior. O STF assumiu posição central em debates que extrapolam limites jurídicos e avançam pelo campo político e social em questionamentos que mobilizam a sociedade e a opinião pública.

Deste modo, o estabelecimento desse cenário político-institucional permitiu uma atuação mais ampla aos atores sociais e abriu espaço para a mobilização do direito, já que os movimentos sociais passaram a se utilizar de ações judiciais como uma de suas estratégias para conquistar as mudanças almeçadas, com a percepção de que o Judiciário é uma das vias que permite o avanço de direitos e pautas sociais. A criação da Defensoria Pública e fixação da independência de atuação do MP, que assume o papel de protetor e promotor de direitos coletivos e defensor do interesse público, também foram importantes para a mobilização social do direito, visto que estes órgãos promovem a defesa dos direitos daqueles mais privados dele, facilitando o acesso à Justiça de populações e grupos marginalizados em seus interesses individuais ou coletivos através da Ação Civil Pública (ACP).

No cenário internacional, as Conferências organizadas pela ONU e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos estimulam “a formação de coalizões de movimentos sociais e organizações civis em redes transnacionais para influenciar a produção de normas e da jurisprudência internacionais e nacionais” (MACIEL, 2011, p.99), mas no Brasil, apesar de todas as importantes mudanças constitucionais, a mobilização coletiva das normas e instituições jurídicas não costuma possuir uma análise teórica e empírica do papel do direito nos processos de mobilização coletiva. Isso ocorre porque aqui o foco da doutrina tem sido a judicialização da política, que acarreta suas próprias dificuldades relacionadas à “legitimidade formal do poder

governamental, dos possíveis efeitos da ampliação do poder judicial sobre a relação entre os poderes e da tensão potencial entre os princípios típico-ideais de legitimidade decisória dos sistemas democráticos” (MACIEL, 2011, p.99).

3.4 O Fenômeno da Judicialização

A judicialização é um fenômeno mundial muito recente em nossa história jurídica e política. A doutrina aponta que o termo foi cunhado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder na obra *The Global Expression of Judicial Power*, publicada no ano de 1995.

De acordo com os autores, a judicialização, que inicialmente era da política e depois se espalhou para outras áreas, se refere ao processo de expansão do Poder Judiciário, que ocorre principalmente pela tomada e intervenção do judiciário em políticas públicas de titularidade dos poderes legislativo e executivo. Em outros termos, a política passou a fazer parte e se misturar com a justiça, dando origem ao fenômeno. Assim, importantes decisões políticas, morais e sociais ignoram seu trâmite tradicional acabam parando no judiciário para que os juízes as decidam.

A ocorrência da judicialização, segundo Tate e Vallinder, depende de alguns requisitos prévios interdependentes de relevante complexidade, comumente presente em democracias liberais. São eles: a existência de sistema democrático; separação de poderes; mobilização de vias judiciais para conquista de direitos; grupos de interesse que visem a mobilização do Poder Judiciário; baixa efetividade de instituições em dar respostas à demanda sociais; crença de que o Poder Judiciário é moralmente íntegro e, por fim, a delegação de questões polêmicas por instituições majoritárias para o Poder Judiciário. (TATE e VALLINDER, 1995, p.526).

Na obra em questão os autores analisam o contexto jurídico e político não apenas dos Estados Unidos, mas também do Reino Unido, Canadá, Alemanha, Suécia, Holanda, Itália, Israel e Filipinas, dentre outros, indicando o alcance global do fenômeno e o efetivo avanço do Poder Judiciário, e que o fenômeno decorre, ainda, da grande visibilidade dos Estados Unidos como modelo democrático, conforme se verificará mais adiante.

Quando da publicação da obra citada, há menos de 30 anos atrás, ainda era muito fácil confundir a judicialização da política com o ativismo judicial, e os dois se

confundem em muitas partes do livro. Os autores apontam, inclusive, que o ativismo judicial é condição fundamental para a ocorrência da judicialização, mas insta destacar que, hoje em dia, são institutos bastante distintos dentro do nosso ordenamento jurídico pátrio.

O ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos e suas primeiras menções datam de 1947, com observação das ações dos juízes da Suprema Corte, mas a judicialização da política se verifica desde 1803 com o caso *Marbury vs Madison*. Naquele país o conceito está intimamente ligado à ocorrência de uma inconstitucionalidade. No Brasil, o Ministro Luís Roberto Barroso é bastante sucinto e direto nos dois conceitos abordados: a judicialização é uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, fazendo com que o Judiciário decida porque precisa decidir, não lhe foi dada nenhuma escolha visto que se uma norma constitucional dá margem a extração de uma pretensão à partir dela, o juiz deve conhecê-la e decidir sobre ela. Já no caso do ativismo judicial, este é uma atitude voluntária no sentido de interpretar a Constituição e expandir seu sentido e alcance (2008). Fica claro, então, que os conceitos são ligados e têm origens similares, sendo necessária a presença do ativismo para o desenvolvimento da judicialização, porém são institutos separados e não devem ser confundidos neste momento.

O avanço do tema não é observado apenas nas Américas, pois como anteriormente citado, trata-se de um fenômeno de alcance mundial. No continente europeu a judicialização tornou-se possível com o surgimento dos tribunais constitucionais implantados após o término da segunda Guerra Mundial. O assunto tornou-se ainda mais sensível com a atuação da Corte de Direitos Humanos de Estrasburgo, conhecida como Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e fundado em 1959.

O fato é que à medida que a sociedade avançou, considerando-se o colapso de ditaduras sul-americanas, o fracasso do socialismo russo, a crise no leste europeu e a pulverização de guerras por toda a África, por exemplo, percebeu-se que era necessário ter um poder judiciário independente e sólido, para também evitar colapsos econômicos e sociais e manter as nações com o mínimo de organização social e manutenção da democracia enquanto enfrenta seus problemas internos e lida com pressões externas de qualquer natureza.

Importante apontar que a presença sólida da judicialização nas democracias de hoje e sua crescente atuação se deve, sem sombra de dúvidas, à constitucionalização dos direitos fundamentais. Conforme aponta com sabedoria Ibañez (2003, p.47), os direitos fundamentais receberam pela via judicial sua qualidade de elemento fundamental da democracia, pois apenas através do seu exercício se exerce e completa o processo de liberdade, também democraticamente essencial.

3.4.1 O Processo de Judicialização no Brasil

É de fácil percepção que a partir do marco estabelecido por Tate e Vallinder o Brasil era um terreno apto para a ocorrência do fenômeno da judicialização, dispondo de todos os requisitos fundamentais elencados pelos estudiosos. Como o principal elemento para que ela aconteça é a democracia, em nosso país a judicialização passou a ser possível a com a promulgação da CF/88 e, com ela, a já mencionada garantia de autonomia e independência ao Poder Judiciário, ao qual também foram assegurados amplos poderes e competências.

Sobre as raízes elementares do termo, com sabedoria dispõe Luis Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2008)

Marcus Faro de Castro foi o primeiro autor brasileiro a se posicionar sobre a judicialização, no artigo “O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política”, de 1997. O livro “A judicialização da política e das relações sociais”, de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Borges foi publicado em 1999 e aprofundou o debate acerca do tema.

A obra de Marcus Faro de Castro (1997) abordou o impacto político da atuação do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo que a judicialização promove

interação entre os poderes que não é necessariamente prejudicial, mas sim um desdobramento das democracias contemporâneas, já que os tribunais são chamados a se posicionar onde e quando Legislativo e Executivo se mostram insuficientes ou falhos, promovendo, assim, uma efetiva aproximação entre o direito e a política.

Neste mesmo sentido, Vianna, Carvalho, Melo e Borges apontam o Direito do Trabalho brasileiro, instrumentalizado através da Confederação das Leis do Trabalho (CLT), como fundamental para a judicialização de relações sociais. Isso ocorre porque ele contempla a parte economicamente mais fraca do processo, o trabalhador, que não se vê amparado por uma estrutura empresarial que lhe proporciona recursos e segurança, estendendo, assim, o manto do judiciário na solução de problemas oriundos de uma das relações sociais mais fortes e norteadoras da sociedade, a relação de trabalho.

Não se pode deixar de apontar novamente os abrangentes e inovadores mecanismos de controle de constitucionalidade dos tribunais superiores, notadamente do STF, que abrangem o resultado de processos legislativos que ocorrem por todo o país enquanto mantém os demais poderes atentos quanto à possibilidade de violação da Constituição.

Em sua obra “Revolução Processual do Direito e Democracia progressiva”, de 2002, Vianna propôs que se realizasse uma ruptura com a nomenclatura judicialização da política, devendo ser adotado o termo “revolução processual do Direito”. O autor argumenta que a judicialização brasileira é qualificada pelo caráter reativo do Poder Judiciário e que, inclusive, não haveria assim ativismo judicial no Brasil, o que era uma nova proposta quando de sua publicação, mas não condiz com nossa realidade atual.

Ademais, segundo Amandino Teixeira Nunes Junior (2008), alguns outros instrumentos constitucionais também são capazes de promover a judicialização da política, notadamente os remédios constitucionais como a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII), a ação civil pública (Lei nº. 7.347/1985), o mandado de segurança (CF art. 5º, LXIX), o mandado de injunção (CR art. 5º, LXXI), o habeas corpus (CF art. 5º, LXVIII), bem como a ação direta de inconstitucionalidade (CF art. 103, I a IX), ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental.

Retomando o processo de implementação do fenômeno e levando-se em consideração estes mecanismos e as condições políticas selecionadas por Tate (1995) como aquelas que fundamentalmente motivam a judicialização, foi desenvolvido um quadro condicional que se aplica ao Brasil, explicada por Carvalho (2004). Em primeiro lugar, após o final dos mais de vinte anos de ditadura militar foi instaurada a democracia. O poder judicial não pode crescer sob a égide de governos autoritários, e os juízes, tribunais e cortes eram extremamente afastados da população durante este período. Somente com o processo de redemocratização e o advento da Constituição Federal de 1988 houve a possibilidade de se instalar um diálogo entre a soberania popular e o judiciário.

Na sequência está a separação de poderes, um princípio constitucional consagrado no art. 2º da CF/88. Executivo, Legislativo e Judiciário possuem suas próprias atribuições e potências similares, apesar de assimetrias entre eles poderem ser facilmente verificadas.

A próxima condição são os direitos políticos reconhecidos e formalmente inseridos em uma Constituição, implicando no reconhecimento destes aos indivíduos e minorias, representando uma frente contra a supremacia, qualquer que esta seja. No Brasil, os direitos individuais são constitucionalmente elencados e vem sendo respeitados por governantes e resguardados e monitorados pelo Judiciário.

Também é necessário que os tribunais sejam acessíveis a grupos de interesse e por estes utilizados, visto que o desenvolvimento e expansão dos direitos resultam de pressões e militância de diversas organizações sociais e grupos de interesse, como sindicatos e organizações, que se estruturam e buscam soluções através dos instrumentos disponíveis a eles, tais como ADINs.

Nesse mesmo sentido, também tem destaque o uso dos tribunais por partidos de oposição do governo. Como muitas vezes eles não dispõem de outros meios para barrar alterações feitas pela maioria governista, recorrem aos tribunais em busca de alterações ou inviabilizações das decisões tomadas.

Por fim, a inefetividade das instituições majoritárias é apontada por Tate (1995) como uma das mais importantes, pois demonstra a incapacidade de corresponder ou dar provimento às demandas sociais. A inércia dos poderes Executivo e Legislativo faz com que a demanda seja redirecionada para o Judiciário, que é obrigado a se posicionar sobre o assunto, geralmente polêmico – um dos

motivos que pode ser apontado como motivo pelo qual agentes políticos se furtam a uma decisão, buscando evitar atritos com sua base eleitoral e consequente desgaste de sua imagem - o ego fica acima do bem comum.

3.4.2 Judicialização da Saúde

Considerando-se o foco da presente pesquisa no direito fundamental à saúde, bem como as políticas públicas e mecanismos desenvolvidos para garantir seu cumprimento no país, optou-se por destacar neste tópico as particularidades da ocorrência da judicialização dentro do contexto da saúde, pois é um dos maiores expoentes do fenômeno no país e encontra-se em franco crescimento.

O contexto da judicialização da Saúde, no Brasil, está muito inserido dentro da inércia do Poder Público. Apesar de contarmos com um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo e possuímos uma das maiores políticas públicas do país, o SUS, que disponibiliza atendimento indiscriminado e gratuito para toda a população e está ininterruptamente operante há décadas, nem todas as pessoas são efetivamente atendidas, como é de se esperar a partir de um universo tão complexo, comercial e permanentemente em atualização quanto a área da saúde. Também não causa surpresa o fato de que um país do tamanho do Brasil tenha dificuldades e encontre problemas na implementação efetiva de medidas e políticas para a área, o que gera um fornecimento deficitário de variados serviços a incontáveis localidades.

Novamente, a constitucionalização dos direitos sociais e o advento da CF/88 aumentaram a proximidade entre o judiciário e as políticas públicas de saúde, fazendo com que diversos cidadãos submetessem ao crivo de um juiz demandas como fornecimento de medicamentos, disponibilizações de exames e tratamentos de doenças, direcionados a diversas instituições públicas e privadas, mais notadamente o SUS.

Como já destacado em capítulos anteriores, o cerne da questão reside no art. 196 da CF, que trata do direito à saúde e estabelece que se trata de um direito de todos e dever do Estado, que deve fornecer acesso universal e igualitário às ações para sua promoção, proteção e recuperação. É evidente que este direito social foi colocado de tal forma na Carta Magna que indiscutivelmente vincula o Judiciário a

cumpri-lo, visto se tratar de direitos coletivos e deveres estatais que visam acesso indiscriminado e tratamento da população.

Como explicitado no capítulo anterior, a chamada judicialização da saúde já era vista nos Tribunais brasileiros no início da década de 1990, abrangendo basicamente ao fornecimento de medicamentos para o tratamento do HIV/Aids, em um momento da história em que a doença fazia vítimas famosas e assustava a população. Os processos judiciais mobilizaram o governo, e a demanda por retrovirais contribuiu para que essa classe de medicamentos fosse incluída na listagem do SUS e distribuída gratuitamente à população, o que tornou o programa brasileiro referência mundial.

Um dos primeiros marcos na área, a partir do qual se discutiu mais abertamente a judicialização é o voto da então ministra do STF Ellen Gracie, em 2007, ao determinar que os estados do Rio Grande do Norte e do Amazonas fornecessem remédios não incluídos em programa do Ministério da Saúde, beneficiando dois pacientes portadores de doenças graves³⁰. A magistrada determinou, assim, que o fato de um remédio não encontrar-se incluído em um programa de distribuição de medicamentos não pode comprometer o direito à saúde. No caso do Rio Grande do Norte, os medicamentos solicitados judicialmente eram registrados junto à Anvisa como genéricos e a Ministra decidiu em favor do paciente, que não tinha condições de arcar com os custos de seu tratamento, de natureza contínua, e sem as drogas poderia sofrer danos irreparáveis e graves à sua saúde. As mesmas justificativas foram utilizadas na concessão do pedido feito ao estado do Amazonas.

Em seu voto (STA 91 AL) a ministra ressaltou que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo supramencionado art. 196 e que obriga a todas as esferas do governo a atuarem de forma solidária.

O assunto foi melhor, discutido e definido de forma mais abrangente no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 (ADPF 45/09), também pelo STF. O voto do Ministro Celso de Mello estabeleceu em definitivo a judicialização em políticas públicas de saúde quando a omissão ou a política já

³⁰ A decisão aconteceu no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipatória nº 91.

implementada não oferecem condições mínimas para existência humana. Além disso, também é necessário observar se o pedido de intervenção é razoável, e se a omissão ou a política seja desarrazoada do ponto de vista administrativo. E, em todos os casos é necessário que haja verba pública para que as medidas sejam efetivadas – o verdadeiro “calcanhar de Aquiles” de todo o processo de judicialização.

O ministro destacou, ainda, que nem o Poder Judiciário e muito menos o STF possuem atribuições de implementar qualquer tipo de política pública, mas é possível que essa tarefa seja atribuída a juízes, desembargadores e ministros quando o Executivo e o Legislativo não cumprem seus papéis, gerando assim uma insegurança que coloca em risco a observação de direitos individuais e coletivos elencados na Constituição. Esse é um dos posicionamentos mais representativo sobre o assunto.

Para a consagrada jurista Ada Pellegrini Grinover (2009), as três situações descritas no voto de Celso de Mello são as únicas aceitáveis para o emprego da judicialização, e devem ser observadas como limites para a atuação do Judiciário a fim de se evitar exageros e extrapolações. A busca da razoabilidade e este limite são os pontos mais delicados da judicialização, e o equilíbrio ideal continua não alcançado.

O posicionamento favorável da mais alta corte do país e a normatização do assunto fizeram com que a propositura de ações solicitando o fornecimento de medicamentos para pacientes incapazes de arcar com seu tratamento ou que não encontrassem a droga específica para seu caso explodissem. Em 2015 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou um estudo sobre a judicialização da saúde no Brasil, tendo como base os dados coletados em diversos estados, incluindo São Paulo, e algumas características sobre o fenômeno foram observadas. Primeiramente, que as ações judiciais têm como principal foco os mecanismos curativos da área, como medicamentos e insumos, e raramente visam aspectos preventivos. A ação é em geral individual e conta com alta taxa de sucesso, visto que são concedidas antecipações de tutela sem requisição de informações complementares. Os juízes, afinal de contas, não são profissionais especialistas no assunto, não conhecem os casos médicos de maneira aprofundada e certamente não querem condenar ninguém à morte.

A crescente dos processos significa, fatalmente, um aumento do gasto público destinado para o cumprimento das decisões judiciais a favor de pacientes, no que constitui um dos maiores problemas da medida. Os gastos não foram programados pelo poder público, são retirados de outras pastas e áreas para cobrir a despesa considerada extraordinária, e o impacto é sentido mais fortemente no orçamento para a saúde, como não poderia deixar de ser. As deficiências que esse tipo de movimentação acarreta se tornam visíveis também em momentos posteriores, como no enfrentamento de uma pandemia global que nos acomete impiedosamente agora.

A população tem, com razão, se utilizado de seu direito à saúde através dos tribunais, e estes procuram cumprir a Constituição quando acionados, assegurando o fornecimento gratuito e universal do que é necessário para a manutenção da saúde e da vida do paciente. Mas não é possível seguir fazendo isso de forma sistemática.

Barroso (2008) destaca alguns problemas advindos da judicialização, sendo o primeiro deles o risco de politização da justiça. Não é possível se afirmar que o ordenamento jurídico é totalmente objetivo e nem que os intérpretes das leis são neutros em seus posicionamentos, mas o direito deve procurar sempre se aproximar da ética, visando tornar-se um instrumento de legitimidade e justiça. Assim, decisões embasadas em motivações políticas não podem estar mais distantes desse ideal, apesar de a interpretação da CF sempre abranger uma dimensão política. Tal motivação envolve decisões tendenciosas ou partidarizadas, que não visam beneficiar a maioria. O juiz deve agir somente motivado pela legislação e pela Carta Magna, jamais por vontade política própria.

Ressaltam-se também os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário. Com o princípio da separação de poderes, as funções estatais de administrar, legislar e julgar são de titularidade de órgãos distintos e independentes, especializados em suas funções. O sistema de freios e contrapesos implica que os poderes exercem controle recíproco sobre as atividades e funções de cada um, mas nosso sistema constitucional passa a última palavra para o Judiciário em caso de divergência, e nem sempre os Tribunais poderão produzir o melhor resultado sobre determinadas matérias, afinal não dispõem estudos ou especialistas nos temas debatidos. Nesse mesmo sentido, aspectos técnicos de decisões não podem ser contemplados por juízes, que pessoalmente também não se especializam naquele

assunto. No caso da judicialização da saúde, o magistrado não entende de medicina, não tem informações aprofundadas sobre extensão de tratamentos e necessidades de paciente. Decisões positivas podem prejudicar o financiamento de políticas da área de saúde e, conseqüentemente, outros pacientes que também precisam de atenção. Barroso aponta que o juiz não pode se render a decisões emocionais para não se colocar em risco a alocação dos já escassos recursos públicos.

Também é importante destacar que os magistrados que compõem o Poder Judiciário não são membros políticos eleitos democraticamente, mas mesmo assim podem invalidar as ações de outros Poderes, esses sim constituídos por membros submetidos ao sufrágio. Trata-se de verdadeiro exercício de poder político sem envolver a soberania popular de escolha. Por um lado isso pode ser popularmente aceito porque os juizes, magistrados e ministros não possuem vontade política própria e cumprem com o estabelecido em nossa Constituição. Ademais, como intérprete e defensor da CF, o judiciário deve preservar as regras do jogo democrático e atenção aos direitos fundamentais, norteando, dessa forma, a postura dos outros poderes.

Esses mesmos problemas também poderiam ser apontados em argumentação relacionada à mobilização social do direito, mas a descrição dos processos estratégicos de utilização de meios judiciais pelos movimentos sociais, seu desenvolvimento e objetivos ficam bem distantes do percurso da judicialização judicial, especialmente no sentido de que não se está tentando fazer com que magistrados assumam papéis que não lhes pertence.

Algumas medidas já foram tomadas visando melhorar o cenário da judicialização. Em maio de 2019, o STF decidiu que o Estado está desobrigado de fornecer medicamentos sem registro na Anvisa, tratando-se especialmente de drogas experimentais. A decisão foi tomada por maioria de votos no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 657718, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio. O ponto central foi, novamente, a finitude da arrecadação estatal, orçamento e destinação à saúde pública, já que os valores destinados à judicialização da saúde são retirados do planejamento de políticas públicas destinadas a toda a coletividade. Assim, ficou decidido que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem registro na Anvisa, a não ser em casos excepcionais. A regra

geral é que a ausência desse registro impede o fornecimento de medicamentos por via judicial, e o fornecimento excepcional de drogas sem registro sanitário deve observar três requisitos: existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, existência do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e inexistência de substituto terapêutico no mercado brasileiro.

Em suma, a judicialização da saúde descende do processo de judicialização que se iniciou na política, um fenômeno recente que descende de nosso sistema democrático e que não abandonará a sociedade ou o ordenamento jurídico brasileiro tão cedo. Pelo lado positivo ele evidencia a disposição do judiciário em atender a demandas da sociedade que não receberam atenção dos poderes Legislativo ou Executivo, enquanto evidencia seus próprios problemas, especialmente os ligados ao orçamento do Poder Público. Percebe-se que essa linha de pesquisa tem sido o foco da literatura brasileira, que se baseia em padrões estatísticos, conforme alguns dados elencados neste tópico. Ao se privilegiar esse tipo de dado, entretanto, informações extremamente relevantes sobre o processo de mobilização dos tribunais deixam de ser consideradas, como quando, como e por que o direito e suas instituições se convertem em recurso e estratégia de ação política? Com qual intensidade e com que modo os agentes elegem, no decurso das disputas, uma ou outra das diferentes esferas do poder governamental Judiciário, Executivo ou Legislativo ao se avaliar opções para a solução de disputas? (MACIEL, 2011, p.99)

Esse tipo de indagação motivou o desenvolvimento da teoria da mobilização, que oferece uma moldura analítica para a investigação da relação entre sociedade, política e sistema judicial nas democracias da atualidade (McCANN, 1991, 2006). Espera-se que este capítulo e o próximo possam responder essas questões. A judicialização é também uma resposta social, mas engessada em seus próprios meios e incapaz de evoluir para algo mais abrangente, sendo determinada apenas pelas decisões vinculantes emitidas pelos Tribunais superiores.

Muito se tratou nesse capítulo sobre o papel dos tribunais em todo o movimento de mobilização social, e da perspectiva brasileira de obtenção e asseguramento de direitos as cortes são uma importante via de validação e reconhecimento de demandas sociais. Primeiramente pela já citada crença de que o Poder Judiciário é moralmente íntegro, que contrasta com aversão generalizada a membros políticos eleitos democraticamente através de eleições obrigatórias. O

histórico de manipulações atribuídas a membros do Executivo e do Judiciário em passado não tão distante remetem a golpes e falsas promessas em busca da concretização de seu objetivo maior: acesso ao poder e benefícios atribuídos a um cargo eletivo, que assumem proporções nababescas em um país com abismos sociais tão pronunciados, onde apenas metade da população tem acesso a tratamento de esgoto³¹. O pouco conhecimento sobre o processo político pátrio, a crença de que qualquer esforço produzido na intenção de minorar injustiças não vai obter resultados e a obrigatoriedade do voto faz com que a população torne-se massa manipulável e sinta-se enganada, uma vez que os políticos são, em sua imensa maioria, membros de classes sociais mais privilegiadas e dominantes, e não representam os ideais e anseios da maior parte da população, o que implica em uma enorme desconexão e conseqüente desaprovação.

A sociedade brasileira possui um histórico de exploração e escravidão, que contribuíram para as desigualdades ainda experimentadas nos dias de hoje e a concentração de renda nas mãos de poucas pessoas. O poder público, suas instituições sociais e regramentos são via de regra definidos e administrados pela elite, cujas ações protegem seus próprios interesses e mantêm o *status quo* vigente. Nesse sentido, as leis também foram concebidas com a função de manter os privilégios de alguns e limitar as condutas de outros. Com o tempo, o avanço de ideais democráticos e sua consolidação provocaram mudanças sociais, e o Judiciário se tornou cada vez mais uma alternativa viável para a solução de conflitos e injustiças sociais.

Garapon (1999, p.140) aponta que essa demanda decorre do desenvolvimento de um dos cerne da concepção de democracia, ou seja, a ideia de igualdade de condições entre as pessoas. Assim, os dogmas democráticos subvertem o antigo equilíbrio social baseado em sistemas fundados em princípios religiosos, tradicionais ou de costumes, destituindo ordenações hierárquicas que, inquestionadas, prosperavam com um sistema de dominação de muitos e privilégios de poucos. O rompimento com a antiga autoridade natural – monarquia, clero - faz com que o papel seja atribuído agora a juízes. “A instabilidade crescente dos laços familiares, a mobilidade profissional, a diversidade cultural modificaram a demanda

³¹ Em dados de 2015, metade da população brasileira tem acesso à coleta de esgoto (50,3%), o que significa dizer que mais de 100 milhões de pessoas lidam de maneira alternativa com os despejos (fossas e descarte direto nos rios). Disponível em: <https://www.childfundbrasil.org.br/blog/realidade-do-saneamento-basico-no-brasil/>. Acesso em 09/06/2020.

de justiça, o direito convertendo-se na última instância da moral comum numa sociedade desprovida dela” (pp. 140-141).

O rompimento com modelos de organizações sociais antigas possibilita a aplicação e vivência dos ideais de liberdade e igualdade das sociedades modernas, e o direito responde a essas demandas. Sua concepção mais abrangente, ocorrida nas últimas décadas, possibilita a mobilização social da ciência jurídica para que injustiças herdadas desses sistemas elitistas sejam dirimidas, e grupos marginalizados possam buscar a validação de seus direitos dentro do sistema legal.

No Brasil, esse uso instrumentalizado das cortes é uma via que oferece visibilidade, respeito e garantias aos movimentos de mobilização social, pois as decisões do Judiciário, notadamente suas cortes superiores, ainda são vistas como a concretização da verdadeira justiça. A atuação do STF, especialmente, é massivamente acompanhada pela população tão avessa a processos políticos e jurídicos, um território ainda elitizado, e decisões proferidas pela mais alta corte do país concretizam a luta de movimentos sociais, como no reconhecimento da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo³² (ADIN 4277 e ADPF 132).

É significativamente importante manter a pluralidade de opiniões e o debate entre os juízes, promotores, representantes da sociedade e membros dos poderes Executivo e Legislativo. A garantia de acesso à justiça é fundamental, pois o caminho certamente é longo e burocrático, mas a mobilização do direito produz frutos importantes que atingem suas premissas de reforma social e mudanças no ambiente sociopolítico.

4 A MOBILIZAÇÃO JURÍDICA EM FACE DA POLÍTICA DO “NÃO FAZER” EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

³² Decisão de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em 09/06/2020.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é um dos pilares da República, e a Constituição Federal é a peça central na consolidação do Estado Democrático de Direito. A Carta Magna é pautada na garantia e proteção dos direitos fundamentais, que deveriam atuar como norteadores de todo o sistema jurídico pátrio. Nesse universo está inserido o já discutido direito fundamental à saúde, também pertencente à categoria dos chamados direitos sociais.

O direito à saúde era entendido mais como uma simples obrigação moral antes da CF/88, restrito a pequenos grupos. Com o aprofundamento dos direitos humanos e fundamentais e sua valorização, a atuação do Estado passa a ser reivindicada e o direito à saúde é transformado em obrigação legal. A criação do SUS e sua gigantesca pretensão de oferecer atendimento a todos os brasileiros contribuiu para a consolidação do entendimento que a saúde é um direito de todo e qualquer cidadão, independentemente de classe social ou opção por planos de saúde suplementares, despertando uma conscientização na população sobre seus direitos e as obrigações do poder público.

Assim, essa tomada de consciência acarreta um maior deslocamento de ações acerca do cumprimento de direitos fundamentais para o Poder Judiciário, e os tribunais veem seus poderes se expandindo no sentido de serem invocados a resolver disputas e inconsistências envolvendo os mais variados atores sociais e instituições políticas. Esse posicionamento é uma resposta a demandas de uma sociedade cada vez mais complexa, com cidadãos mais democraticamente despertos e conscientes do sistema político em que estão inseridos.

Isto posto, pode-se afirmar muito resumidamente que a evolução da configuração da sociedade e o desenvolvimento de uma consciência de direitos em seus membros leva à mobilização do direito, que se refere à ação de indivíduos, grupos ou organizações que buscam a realização de seus interesses, geralmente em busca de mudanças sociais, que se valem dos meios judiciais para obtenção dos resultados pretendidos (MCCANN, 2010, p.183). O direito tem amplo significado e muita influência na sociedade como um todo, desde resolução simples de conflitos particulares à maneira como as pessoas conduzem suas vidas, e assim foi reconhecido por grupos sociais como um campo válido de atuação, como estratégia de condutas variadas.

Mesmo que todo esse caminho institucional tenha sido percorrido, mecanismos desenvolvidos, repertórios definidos e grupos de mobilização social organizados na busca pela correção de injustiças históricas ainda presentes em nossas sociedades, os direitos fundamentais ainda não são completamente efetivados através de políticas públicas, conforme se concluiu no capítulo 3, mormente no caso do direito à saúde. Isso faz com que pessoas e grupos busquem o cumprimento do disposto em texto constitucional diretamente através de decisões judiciais, em um processo que gera atrito entre o Judiciário, Executivo e Legislativo, e inspire alguns questionamentos acerca da função de cada um deles no desenvolvimento de políticas públicas.

4.1 A Política do “Não Fazer”

Todo o planejamento, ações e decisões de um governo são efetivados por meio de políticas públicas, que representam o conjunto de projetos, programas e atividades realizadas ou idealizadas pela administração. De maneira generalizada, o termo política deriva dos vocábulos em inglês *politics*, *polity* e *policy*, utilizadas para expressar relações de poder e se referir a atividades políticas, ou o exercício do poder sobre o homem. Na lição de Klaus Frey (2000, p. 216-217), enquanto a primeira se refere ao processo político da imposição de objetivos, *polity* se refere à ordem do sistema político e *policy*, por fim, trata de conteúdos políticos concretos e tópico material de decisões políticas. O objetivo final é influenciar o comportamento das pessoas e fornecer decisões públicas que normatizem ou melhorem a vida de seus destinatários, solucionando ou melhorando um problema público.

Enquanto semanticamente algumas variações são observadas quando da análise do termo, na literatura especializada ainda não existe um consenso sobre a conceituação do que é política pública, e muitos pesquisadores oferecem sua própria definição do tema, tendo-se em vista que se trata de uma definição abstrata que encontra sua materialização através de múltiplos instrumentos no caso concreto.

As definições se distanciam do entendimento simplista que leva à concepção de política pública como programa ou ação governamental em seus diferentes níveis de governança. O conteúdo da expressão é vasto e envolve diferentes dimensões

dos processos que abrangem as decisões e intervenções do Estado sobre determinada realidade, bem como todo o processo que levou ao momento decisório. Na lição de Melazzo (2010, p.13), também é importante considerar as preferências, decisões e escolhas particulares intrínsecos a sua formação, tendo-se em vista todas as suas diferentes fases de formação, desde o planejamento até a avaliação dos resultados.

Monteiro (1982, p.12) definiu política pública como um “curso de ação ou inação conscientemente escolhido e orientado para um determinado fim”. É um conceito bastante objetivo e totalmente focado na análise da atuação governamental. Já Costa (1998 *apud* Melazzo 2010, p.16), afirma que “considera-se como política pública o espaço de tomada de decisões autorizadas ou sancionadas por intermédio de atores governamentais, compreendendo atos que viabilizam agendas de inovação em políticas ou que respondem a demandas de grupos de interesse”. Essa definição é mais abrangente no sentido que incorpora as diversas camadas de atuação do Estado e seus atores sociais, não restringindo-o e colocando-o no centro da solução de problemas e condução de ações de cunho complexo que regem a vida em sociedade, firmando-se que o Estado não é neutro tampouco indiferente em relação à conduta de seus agentes.

Um dos conceitos mais conhecidos e utilizados como ponto de partida para os estudos da matéria é o de Laswell, pioneiro na utilização do termo *policy analysis*, análise de políticas públicas, segundo o qual as decisões e análises sobre políticas públicas implicam responder às questões quem ganha o quê, por que e que diferença isso faz. Ainda no campo dos autores clássicos, Mead (1995 *apud* Souza, 2006, p. 24) afirma ser o campo de estudo dentro da política que analisa o governo à Luz de grandes questões públicas, enquanto Dye (1984 *apud* Souza, 2006, p. 24) afirma que políticas públicas são, simplesmente, o que o governo escolhe ou não fazer. A escolha consciente de não fazer algo também constitui uma política pública.

Importante destacar todos os conceitos ligados a políticas públicas, de maneira que se torne mais compreensível o seu alcance, sua capacidade de mobilização visto que abrangem a coletividade e são objetos de ação de grupos sociais, e suas consequências. Neste momento o foco é sobre as políticas constituídas por uma omissão – a política pública do “não fazer”.

Partindo do ensinamento de Dye, passou-se a entender que as políticas públicas são também a omissão ou negligência do poder público. Secchi (2012, p.17) não concorda que a omissão seja uma forma de política baseada na concepção de que políticas são diretrizes. Elas não integrariam o campo das políticas públicas por uma mera falta de inserção na agenda – enquanto o que o governante escolhe não fazer é parte de sua ação enquanto *policymaker* e constitui política.

O que se percebe é que, seja qual for a definição do termo ou seu autor, o conceito de política pública está sempre vinculado ao enfrentamento de um problema público, bem como a perspectiva de alcance de uma melhor situação dentro daquele contexto. É neste sentido que os atores políticos devem agir. Respeitando-se os conceitos e entendimentos da literatura especializada, pode-se afirmar que políticas públicas consistem em uma série de estratégias selecionadas na luta com problemas a serem enfrentados e objetivos a serem alcançados, selecionados através de análises e planejamentos, tendo como foco a sociedade – e a não concretização delas e inércia dos atores sociais também constitui e dá característica a uma política.

A criação de políticas públicas é uma atividade exclusiva do governo, que fica responsável por sua formulação, deliberação, implementação e monitoramento, de modo a se certificar de que estão sendo cumpridas dentro dos objetivos estipulados. Se um governo não toma nenhuma providência com relação a uma questão emergente e importante, isso também constitui uma política pública, pois uma decisão consciente foi tomada.

Para que haja a observância e cumprimento dos direitos fundamentais de modo que eles deixem o plano de previsão legal para atuação no plano concreto, é necessário que sejam contemplados em políticas públicas designadas para este fim. O SUS é um exemplo disso, pois concretizou o direito fundamental à saúde para a população brasileira, e é a maior política pública de saúde do país. Outras políticas públicas de saúde, como a PNM e a Rename, são desdobramentos desse mesmo direito, especializações que complementam o direito à saúde para que haja cumprimento integral do texto constitucional. É necessário que o poder público avalie as necessidades da população e aja nesse sentido, uma vez que a esses direitos foi conferida primazia sobre os demais.

O problema ocorre quando não há nenhuma ação estatal destinada à criação e implantação de políticas socialmente necessárias, para as quais há demanda e cobranças, seja por segmentos sociais, sejam pela mídia. Apesar de doutrinariamente haver divergências sobre a omissão constituir ou não uma política pública, como exposto acima, no cenário brasileiro sua existência é marcante, e suas consequências também.

Nesse sentido, as omissões com relação a pretensões ligadas aos direitos fundamentais passaram a não ser toleradas, “provocando uma diminuição da discricionariedade conferida tradicionalmente à Administração Pública e impondo a consecução de resultados coerentes com os valores constitucionais erigidos prioritariamente pelo constituinte, assim como de acordo com os referenciais de eficácia, eficiência e economicidade” (GONÇALVES, 2018).

Melazzo aponta um aspecto relevante das políticas públicas:

Por fim, em terceiro lugar, encontra-se a questão que diz respeito às políticas públicas, enquanto espaço de lutas e busca de construção de direitos, afirmando-se uma visão que politiza sua discussão, na medida em que obriga o analista a não mais apenas se referenciar no Estado, isto é, abrir-se para uma concepção que não coloque o Estado como único e inevitável centro possível do debate. Ele deve incorporar a dimensão essencialmente conflitiva de interesses e grupos de interesses, próprios da dinâmica de uma sociedade marcada por lutas de classes, em um primeiro e abrangente plano de análise, mas também de lutas segmentadas por outros elementos definidores de identidades e interesses na sociedade (MELAZZO, 2012, pp. 12-13).

Mais uma vez destaca-se a importância da atuação de grupos sociais e sua luta por alterações no *status quo* vigente. E no caso de direitos fundamentais, os esforços são para que eles sejam validados e positivamente observados dentro da sociedade, tornando-se realidade para cada pessoa e, novamente, a mobilização do direito é uma das opções mais relevantes para esse fim.

Na concepção constitucional tradicional, inspirada pela garantia de separação de poderes estabelecida pelo art. 2º da CF/88, de maneira resumida cabe ao poder Executivo a administração do Estado, governar o povo, executar planos de ação e políticas públicas, executar as leis a administrar interesses públicos. O Legislativo tem a função de criar e aprovar leis, e fiscalizar o Executivo enquanto o Judiciário deve interpretar as leis e julgar lides quando provocado. Outrossim, apesar da existência do sistema de freios e contrapesos, não é raro que o Judiciário seja convocado a se manifestar sobre decisões que caberiam originalmente aos outros dois poderes, agindo na inércia deles, assumindo um papel no controle de omissões

injustificadas e conseqüente suprimimento destas, especialmente no tocante à direitos fundamentais. Esses acontecimentos são um reflexo da crise de representatividade política que o país atravessa, sensivelmente intensificado desde os protestos nacionais ocorridos em junho de 2013.

O funcionamento do sistema político - os membros do Executivo e Legislativo – encontra-se em descompasso com os desejos da população, que apesar de ser o verdadeiro titular da subjetividade política raramente é o alvo dos benefícios oriundos de decisões tomadas por governantes, cujo objetivo final costuma ser a manutenção de sua permanência do sistema de poder. Este cenário reforça a notória crítica de Hans Kelsen ao afirmar que um governo representativo é uma ficção política.

Mais uma vez, a histórica colonização exploratória do país com a manutenção de grupos privilegiados no poder se reflete na dinâmica de nosso sistema político, cujo “único princípio verdadeiramente forte é a disciplina que se funde na excessiva centralização do poder nas mãos da elite mandante e na obediência passiva dos submissos” (LORENCI e SOUZA, 2014, p. 7). Essa espécie de poder centralizador serve ao estamento de dele se serve, fazendo com que sistemas de governo ganhem consistência e longevidade que mantém elites dominantes no poder, em uma dinâmica onde proprietários se serviam de manipuladores oficiais de poder, e estes desfrutavam das vantagens oferecidas pelos primeiros. “A realidade histórica brasileira demonstrou — insista-se, a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista” (FAORO, 2001, p. 869).

Desta feita, o foco superior do poder continua nas mãos da elite econômica, que se adapta para manter sua posição e continuar desfrutando de seus benefícios, e os protege como pode.

A sociedade brasileira ainda não se libertou dessa configuração social, segundo observa Faoro:

O patrimonialismo se amolda às transições, às mudanças, em caráter flexivelmente estabilizador do modelo externo, concentrando no corpo estatal os mecanismos de intermediação, com suas manipulações financeiras, monopolistas, de concessão pública de atividade, de controle do crédito, de consumo, de produção privilegiada, numa gama que vai da gestão direta à regulamentação material da economia. Este curso histórico leva à admissão de um sistema de forças políticas, que sociólogos e historiadores relutam em reconhecer, atemorizados pelo paradoxo, em nome de premissas teóricas de vária índole. Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político — uma camada social, comunitária

embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes — impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores (FAORO, 2001, p.874).

A maior parte da classe política brasileira advém dessa camada privilegiada da população, e não manifesta interesse em mudanças profundas na sociedade que lhes salvaguarda tantas vantagens em detrimento de muitos outros – muitas vezes nem tomam consciência de seus direitos, levando-se em consideração quantidade de defensores da chamada meritocracia. Ao serem eleitos para os cargos eletivos que ocupam tanto no poder Legislativo quanto no Executivo, essas pessoas estão plenamente conscientes de que serão novamente submetidas ao processo de novas eleições dali a quatro anos, e ao crivo da sociedade. Assim, não é interessante para estes representantes assumir um posicionamento que rompa com o *status quo* e possa, desta forma, contrariar as opiniões de bases eleitorais conservadoras, simpatizantes poderosos, grandes financiadores de campanhas. Esse tipo de decisão pode custar seus mandatos e interromper sua permanência no poder, e deste modo eles não se posicionam, não consideram o debate, não decidem. E a política pública nunca é implementada ou alterada, a população fica sem respostas, desatendida, e os políticos não se comprometem. É óbvio que não foram eleitos para esse tipo de atuação – ou melhor, não atuação, e deixam de ser representantes do povo para se tornarem representantes de si mesmos. A máquina estatal continua sendo um espaço elitista onde se defendem interesses particulares, e estes não costumam abarcar a efetivação dos direitos fundamentais dispostos na CF, afinal estes já estão assegurados para as elites.

Nesse sentido, a alternativa imediata a essas políticas públicas do “não fazer” é recorrer ao Judiciário e submeter a questão aos tribunais. Destaca-se aqui que a brecha para a atuação judicial é a omissão injustificada dos demais poderes, dificultando a execução dos direitos mais básicos do ordenamento jurídico pátrio. Como explicitado no capítulo anterior, é daí que vem o entendimento da judicialização da política, que possui qualidades individualistas e imediatistas sem reflexos suficientemente questionadores em termos de efetiva mudança na sociedade. Essa constatação favorece a recente literatura acerca da mobilização social do direito, que por outro lado tem demonstrado que existem caminhos mais adequados e estrategicamente mais “incômodos” ao poder público em busca da

verdadeira concretização das mudanças almejadas, com respeito e garantias a seus destinatários. Desta feita, os movimentos sociais têm atuado no sentido de mobilizar a parte legal através de processos judiciais para efetivar direitos fundamentais a partir das políticas públicas.

Não há dúvidas quanto ao fato de que o judiciário possui legitimidade para agir na omissão dos demais poderes:

Se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade (SOUZA NETO, 2003, p.45).

Essa postura judicial deve ocorrer de forma excepcional, em caso de omissão estatal no dever constitucional de efetivação de direitos fundamentais de qualquer espécie que impossibilite a fruição de um mínimo necessário a uma existência digna, devendo o Poder Judiciário intervir para garantir a aplicabilidade do direito e podendo intervir no processo de implementação de políticas públicas, obrigando o Estado a prestações de fazer e preservando a dignidade da pessoa humana (ROCHA, 2012).

A participação dos tribunais é imprescindível para que os direitos fundamentais, especialmente os sociais sejam realmente respeitados e prestados pelo Estado, e na ocorrência de omissão estatal o juiz deixa de ser mero expectador do processo de transformação social e se torna corresponsável na realização das políticas públicas. Assim se posiciona Dirley da Cunha Junior:

O Juiz, no Estado Social da sociedade de massas, deve assumir novas responsabilidades e aceitar a nova missão de interventor e criador das soluções reclamadas pelas novas demandas sociais, tornando-se corresponsável pela promoção de interesses finalizados por objetivos socioeconômicos. Do contrário, mostrando-se incapaz de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, máxime dos direitos sociais, na prática caba sendo conivente com sua sistemática violação. Noutras palavras, quando os órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) falham ou se omitem na implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais, cumpre ao Poder Judiciário – co-responsável no processo de construção da sociedade do bem-estar – adotar uma posição ativa e dinâmica na realização das finalidades do Estado Social, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais definidores desses direitos sociais (CUNHA JUNIOR, 2004 *apud* ROCHA, 2012).

Nesse diapasão, é importante destacar que essa interferência do Poder Judiciário ao controlar a ação estatal para efetivar direitos fundamentais não viola o

princípio da separação de poderes, anteriormente referido, já que ela não pode representar um limite à proteção de direitos fundamentais e sociais. Voto do Ministro Celso de Mello, do STF, na ADPF nº 45 já indicou que essa intervenção judicial é legítima:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (pp. 5-6).

Resta claro que, no Brasil, essa função de controle e ação assumida pelo Judiciário face aos outros poderes tonou-se necessária para concretização dos direitos fundamentais do modo como foram idealizados na Constituição: com igualdade perante a lei, sem qualquer tipo de distinção. As atividades dos grupos sociais são um expoente importante do que de fato se passa dentro da sociedade, quais políticas públicas estão sendo desempenhadas com sucesso e em que sentidos essas pessoas não estão sendo atendidas em suas necessidades mais básicas que deveriam ser garantidas pelos direitos fundamentais, até onde chega o braço do Estado, de que formas essas limitações prejudicam suas dignidades e seu viver.

4.2 Mobilização Jurídica na Efetivação de Direitos Fundamentais

A análise de casos de mobilização do direito por grupos sociais destaca o contexto em que as estratégias selecionadas para a ação são adotadas, e de que forma se organizam campanhas em prol da ação coletiva. Serão abordados casos de mobilização jurídica para efetivação de políticas públicas envolvendo direitos fundamentais que implicaram na mudança social pretendida, com destaque para estratégias de mobilização, as oportunidades políticas aproveitadas e interpretações

adotadas pelos atores sociais envolvidos no curso da ação coletiva utilizada como ferramenta de influência em debates públicos e processos decisórios.

Os processos e recursos envolvidos são de competência do STF, mais alta corte brasileira, costumam ser dotados de repercussão geral reconhecida e assumiram posição prioritária na pauta de julgamentos da corte, pois seus resultados são aplicados na solução de processos paralisados em outras instâncias espalhadas por todo o Judiciário.

4.2.1 Fornecimento de Medicamentos - RE 566471

Decisão proferida no Recurso Extraordinário RE 566471 estabeleceu que o Estado pode ser obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS, desde que comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição, além da impossibilidade de substituição do medicamento. O entendimento também considera que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora. O plenário julgou o caso no dia 11 de março de 2020, e o posicionamento atinge diretamente mais de 42 mil processos sobre o mesmo tema, segundo dados divulgados pelo próprio STF³³.

O processo que ensejou o recurso destaca a recusa do estado do Rio Grande do Norte em fornecer o medicamento Citrato de Sildenafil para o tratamento de cardiomiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar de uma paciente idosa que impetrou a ação considerando o alto custo do fármaco e sua indisponibilidade no programa estadual de dispensação de medicamentos. O juízo de primeiro grau determinou o fornecimento do medicamento, e o Tribunal de Justiça estadual decidiu no mesmo sentido, confirmado a decisão.

³³ Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS (atualizada). Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N#:~:text=Imprensa,-Not%C3%ADcias%20STF&text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(SUS\)](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N#:~:text=Imprensa,-Not%C3%ADcias%20STF&text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(SUS).). Acesso em 13/07/2020.

Várias organizações de classes e grupos sociais ingressaram no processo³⁴, interessadas em seu resultado e exercendo a mobilização do direito. Entre eles a Defensoria Pública Geral da União, a Advocacia Geral da União, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose (ABRAM), Associação Brasileira dos Portadores da Doença Hunter e outras doenças raras – Casa Hunter, Instituto Canguru - Grupo Especializado em Doenças Metabólicas, Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar (ABRAF), bem como Procuradores-gerais de todos os Estados da federação. Municípios e pessoas físicas postularam inclusão como partes interessadas, mas os pedidos foram negados pelo relator Ministro Marco Aurélio Mello.

O julgamento abrange o ponto central de muitas ações propostas em sede de judicialização da saúde, ou seja, situações em que o Estado deixa de dar prioridade a políticas públicas comuns de distribuição de medicamentos para atender ações judiciais específicas individualizadas.

A participação de organizações sociais não mobilizou a política pública em si, considerando-se que nesse caso as existentes não eram suficientes, mas zelou para que seus membros, pessoas portadores de doenças graves, tenham a possibilidade de requerer medicamentos junto ao Estado, em atendimento ao direito fundamental da saúde (art. 6º e 196) e também do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º), elencados na CF/88. Foram organizadas manifestações em frente ao prédio do STF com faixas, e a presidente do STF, Ministra Carmem Lúcia, recebeu representantes do “Movimento Minha Vida Não Tem Preço” em 2017, que entregou um dossiê que relatava a trajetória do movimento e um documento de apoio à causa com mais de 511 mil assinaturas, além de pedir a retomada do julgamento, interrompido na época pela morte do Ministro Teori Zavascki, que havia pedido vistas do processo.

34

Peças Processuais disponíveis em:
<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2565078>. Acesso em 13/07/2020.

O plenário negou provimento ao recurso extraordinário³⁵, e o Tribunal deliberou fixar tese de repercussão geral. Os autos foram conclusos ao relator para elaboração.

Além do caso específico de distribuição de medicamentos, optou-se por abordar dois outros casos de mobilização social do direito, com trâmites e resultados diferentes, de modo a ilustrar a diversidade de possibilidades e resultados à disposição dos integrantes de movimento social que adotam táticas relacionadas ao Poder Judiciário.

4.2.2 Aborto de Fetos Anencéfalos - ADPF 54

A Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental nº 54 foi formalizada pela Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde (CNTS) junto ao STF em junho de 2014, objetivando a permissão de antecipação terapêutica de gestação de feto anencefálico. A ação foi tecnicamente assessorada pela ANIS: Instituto de Biótica, Direitos Humanos e Gênero, uma organização não-governamental (ONG) feminista, sem fins lucrativos, baseada na certeza científica da impossibilidade da vida extra-uterina do feto em 100%, sendo a anencefalia uma má-formação que impede o desenvolvimento do cérebro por um defeito no fechamento do tubo neural.

O direito ao aborto seguro é uma pauta fundamental do movimento feminista brasileiro, que sempre agiu em busca da formulação e implementação de políticas públicas destinadas a efetivar direitos constitucionalmente previstos (MACIEL, 2011, pp. 101-102). No Brasil, a conservadora legislação penal da década de 1940 criminaliza o aborto, permitindo-o somente quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez resulta de estupro.

As mudanças proporcionadas pelo processo de redemocratização no ambiente sociopolítico impulsionaram mudanças no padrão de ativismo, com a ampliação dos canais de acesso aos poderes, com a eleição de candidatas de partidos políticos vinculadas a lideranças femininas, como o governo Fernando Henrique Cardoso, (MACIEL, 2011, p.102). Mas o movimento feminista brasileiro lutava pela reforma do Código Penal desde muito antes. “A introdução da defesa da

³⁵

Processo eletrônico. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em 13/07/2020.

em:

legalização do aborto na agenda política definiu fronteiras entre o movimento feminista e o movimento de mulheres, mais voltados para a garantia de acesso a equipamentos sociais que para a conquista de autonomia” (PIMENTEL e VILELA, 2012). No cerne do embate sempre esteve o posicionamento religioso, especialmente o da Igreja Católica, com a democracia brasileira tendo sofrido historicamente forte influência da moral cristã. A democracia representativa que deveria ser expressa pelo Congresso Nacional, mas essa representação é entendida como “e cacofonia moral e não como a promoção de interesses defensáveis para a vida pública de um Estado laico a partir de uma pluralidade de argumentos” (DINIZ e VÉLEZ, 2008, p. 649). Um contexto de pouca tradição democrática e cultural precisa que o Judiciário assuma papel que garanta a secularização do Estado e debate qualificado fundado na laicidade da sociedade.

A CNTS é uma entidade sindical que representa profissionais de saúde brasileiros. No caso em questão, havia uma dúvida se a antecipação do parto em casos de gravidez de feto com anencefalia configuraria caso de aborto não prevista em lei, causando insegurança nos trabalhadores da área, ameaçados com processos criminais. A inevitável demora na obtenção de uma autorização judicial individualizada também poderia acarretar prejuízos para a saúde da gestante.

A ação se fundou nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), princípio da liberdade, legalidade e autonomia da vontade (art. 5º, II) e direito à saúde (art. 6º e 196), todos constantes da Constituição Federal. Mulheres grávidas com fetos com anencefalia passam por um luto antecipado ao serem forçadas a levar a termo uma gestação cujo filho não sobreviverá, o que fere o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que ela experimente sofrimento inútil e desproporcional, o que pode ser inclusive equiparado à tortura. Negar o procedimento que interrompe a gestação não possui nenhum embasamento legal e implica um constrangimento ilegal da autonomia da mulher, ferindo o princípio da liberdade. Por fim, o direito à saúde é considerado de maneira ampla, abrangendo o bem-estar psíquico, afetivo, social e espiritual³⁶.

Com a ADPF a associação requereu que a conduta de interrupção da gravidez no caso específico não fosse enquadrada legalmente nos arts. 124, 126 e 128 do CP, que caracterizam o crime de aborto. Os profissionais que se deparavam

³⁶ Disponível em: <http://www.cnts.org.br/public/arquivos/antecipacaoterapeutica.htm>. Acesso em 12/07/2020.

com a questão lidavam com um cenário de insegurança jurídica. O STF realizou audiências públicas com especialistas para melhor compreender a questão e a pressão psicológica sofrida pela mulher. A demanda nesse sentido já existia e desde 1991, com a abertura de precedentes realizada pelo TJ SP, inúmeras ações propostas por gestantes requeriam a interrupção deste tipo de gestação, com decisões variadas e até impetração de habeas corpus em nome do feto. Ficou evidente a controvérsia judicial, e muitas ações não tiveram o resultado buscado pelo próprio termo da gravidez (PESSOA, 2012, pp.36-37).

Outro fator relevante que culminou com a propositura da ADPF foi o fato de que as grávidas, mesmo com o diagnóstico em mãos, eram encaminhadas para centro de excelência em medicina fetal para uma suposta confirmação que no fim das contas era uma tentativa de se beneficiar de um melhor prognóstico judicial auxiliado pelo hospital, como o Hospital das Clínicas (HC) de São Paulo. O nome da instituição conferia maior credibilidade à ação e essa ponte poderia poupar a mãe do sofrimento de propor uma ação sozinha – a discrepância em julgamentos reforça a natureza conservadora das instituições brasileiras, e a forma de tratamento para com mulheres que queiram procedimentos de interrupção da gravidez, mesmo os previstos em lei, é cruel e beira o desumano, com o extremo de negação de todo e qualquer direito fundamental a elas por pessoas preconceituosas que indevidamente agem em função de seus valores pessoais.

Segundo Pessoa (2012, p.40), era procedimento comum do HC, mesmo antes da ADPF 45, o oferecimento de respaldo caso elas quisessem ingressar com uma ação judicial solicitando a interrupção da gravidez, tendo em vista a absoluta inviabilidade do feto. Se esta fosse a opção da mulher, ela passava por avaliação psicológica dentro do próprio HC, e se esta fosse positiva, o médico já preparava a documentação contendo diagnóstico médico, exames, laudos e avaliação de toda a equipe de atendimento, bem como literatura médica acerca da anencefalia preparada para esse tipo de situação.

A mobilização social teve um breve aceno de resultados com a PL 1956/1996³⁷, da Câmara dos Deputados, proposto pela então deputada Marta Suplicy (PT-SP), que tinha como objetivo autorizar a interrupção da gravidez, “quando o produto da concepção não apresentar condições de sobrevivência em

³⁷ Diário da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21JUN1996.pdf#page=32>. Acesso em 12/07/2020.

decorrência de malformação incompatível com a vida ou de doença degenerativa incurável, precedida de indicação médica, ou quando por meios científicos se constatar a impossibilidade de vida extrauterina”. O pedido deveria ser orientado por médico e realizado em hospital público, e o PL trazia o depoimento de médicos, mencionava nominalmente a anencefalia e que “é tortura obrigar uma mãe, contra a sua vontade, a manter uma gravidez por vários meses se o resultado final for o óbito do nascituro”. O documento também traz a informação de que o Dr. Thomaz Rafael Gollop, do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana afirmava já terem sido emitidos cerca de 350 alvarás judiciais autorizando a interrupção da gestação quando haviam sido diagnosticadas doenças incompatíveis com a vida fora do útero. O projeto não foi aprovado e terminou arquivado, mas indica que o Legislativo não estava alheio ao que acontecia na sociedade.

Existiu outro projeto nesse sentido, o PL183/2004³⁸, proposto dessa vez no Senado. O texto tratava especificamente da infração penal e propunha a inserção de um terceiro inciso ao art.128 do CP, que trata de casos onde o aborto não é punível, com a redação “aborto no caso de gravidez de feto com anencefalia, se da gravidez resulta feto com anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. A justificativa mencionava a necessidade de se atualizar o CP com relação aos avanços da medicina e área obstetrícia que permitem o diagnóstico seguro da anencefalia, adicionando-a ao rol dos casos em que o aborto é punível; e também o fato de que a questão vinha sendo reconhecida individualmente pelos tribunais, como mencionado o projeto da Câmara. O projeto é contemporâneo à propositura da ADPF 54 e foi retirado depois de pedido do autor, o senador Duciomar Costa (PTB-BA), sendo arquivado.

A ação foi julgada procedente pela maioria de votos, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta enquadrada no crime de aborto descrito no CP. Dois ministros foram contrários ao relator, ministro Marco Aurélio Mello, e dois se ausentaram. Foram oito anos de tramitação e a decisão foi publicada em abril de 2012.

Durante a tramitação da ADPF e antes mesmo de seu julgamento, muitos projetos de lei foram propostos objetivando acrescentar um inciso ao art. 128 do CP,

³⁸ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/68457>. Acesso em 12/07/2020.

isentando de pena o aborto terapêutico em caso de feto portador de anencefalia, que inviabiliza a vida fora do útero. Um deles, o PL 4403/2004, proposto na Câmara dos Deputados pela deputada Jandira Feghali (PCdoB-RJ), ainda está em tramitação e aguarda parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Esse desdobramento da proposição de uma ação, um projeto de lei consolidando a mudança intencionada, mostra a força e o potencial da mobilização judicial do direito em nossa sociedade, já que a tramitação pelo STF dá destaque à causa, leva o debate para a sociedade e ganha atenção suficiente para que os direitos fundamentais sejam efetivados, que neste caso abarcava muito mais que o direito à saúde, ou que se encaminhem para isso de forma permanente.

4.2.3 Doação de Sangue pela Comunidade LGBT - ADI 5.543

A Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 5543 foi protocolada no STF em junho de 2016 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), requerendo à corte que declarasse a inconstitucionalidade do art. 64, inciso IV da Portaria n 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, inciso XXX, alínea “d” da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 34/2014 da Anvisa. A indignação que concretizou a ADI teve início com Marcondes Alves Dias Junior, estudante de Direito homossexual que teve seu sangue recusado ao tentar fazer uma doação em 2011. Ele transformou a questão em seu trabalho de conclusão de curso e se aliou aos advogados do partido político no momento da ajuização da ação.

O artigo da Portaria citada estabelece que ser considerado inapto para doação de sangue pelo período de 12 meses “homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes”. O RDC trata sobre o mesmo assunto, dizendo que os parâmetros para seleção de doadores de sangue são considerados inaptos por 12 meses após “prática sexual de risco” que inclui “indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes”. O que se extrai das definições é que homens homossexuais são considerados inaptos para doação de sangue pelo período de um ano a contar de sua última relação sexual, e seu sangue sequer era coletado. O comportamento discriminatório do Poder Público prejudica a promoção

da saúde pública, ainda mais quando se considera as dificuldades vividas pelos bancos de sangue brasileiros.

Na ADI, os advogados indicam que essas normas violam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*), o objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminação (art. 3º, IV) e o princípio da proporcionalidade. Ademais, o preconceito e a discriminação com a opção sexual de homens homossexuais é bastante latente na configuração das normas, e a ideia de que homossexuais do sexo masculino possuem maiores chances de serem infectados pelo vírus é um estigma de muitos anos, quando a doença havia sido descoberta há pouco tempo e foi ligada à comunidade gay.

O Ministério da Saúde alegou que as diretrizes brasileiras seguiam as orientações da OMS. Em seu manual *Blood Donor Selection*, a Organização afirma que relações sexuais entre homens são comportamentos sexuais de alto risco, visto que estes constituem a maior subpopulação de pessoas infectadas com o vírus em países desenvolvidos, e recomenda que a restrição aplicada a esse doador deve ser de 12 meses desde o último contato sexual (OMS, 2012, pp.87-88). O documento ainda informa que a diminuição ou banimento desse prazo poderia aumentar o risco de doações de sangue contaminadas com HIV em aproximadamente 60%, com aumento de apenas 2% no total global de doações (p.221).

As restrições já foram ainda mais rígidas. Em 1985, a agência federal de saúde americana publicou uma recomendação que excluía definitivamente todos os homens que houvessem feito sexo com outros homens do rol de possíveis doadores de sangue. Essa ação teve reflexos no Brasil quando, em 1993, o MS editou a portaria 1.376, que excluía candidatos que tivessem sorologia positiva para HIV, que fossem pertencentes ou já tivessem pertencido a grupos considerados de risco para a AIDS, e que tivessem indivíduos que se incluíssem em grupos de risco como parceiros sexuais. A inclusão dessas pessoas como possíveis doadoras, com a adoção da inabilitação por 12 meses, só foi adotada em 2002 (Resolução 343 Anvisa).

A OMS foi consultada pela Aliança Nacional LGTBI, organização da sociedade civil sem fins lucrativos que atuou como *amicus curiae* na ADI, em documento assinado por Naoko Yamamoto, diretora-geral adjunta do Departamento

de Cobertura Sanitária Universal da OMS, reconheceu que tais orientações estão desatualizadas e foram elaboradas em um momento em que as pesquisas sobre riscos nas transfusões ainda estavam evoluindo, e que a Organização vai começar a trabalhar à luz de novos estudos sobre doação de sangue com relação a homens homossexuais para revisar suas diretrizes³⁹.

Em estudo publicado na Revista Bioética em março de 2020, um grupo de pesquisadores concluiu que o ato sexual seguro, com o uso de preservativos reduz substancialmente o risco de contaminação, e a restrição da legislação brasileira “é ultrapassada e fortalece a discriminação contra esse grupo vulnerável” (SOUZA JÚNIOR, 2020). Ademais, considerando que a heterossexualidade é considerada como a orientação sexual padrão ou “normal”, as “normatizações voltadas a questões de gênero e sexualidade no campo da saúde são potencialmente opressoras, já que são reconhecidas e implementadas pelo próprio sistema conservador que as produz” (SOUZA JÚNIOR, 2020). O resultado é a segregação de grupos não dominantes, e a prática de homofobia no âmbito da saúde.

A repercussão social da controvérsia foi significativa, e a magnitude dos direitos fundamentais discutidos tão relevante, que muitas entidades de representação coletiva solicitaram ingresso no processo, como a Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas (ABRAFH), Grupo de Advogados pela Diversidade Social e de Gênero (GADvS), Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), dentre outros.

O relator da ADI foi o Ministro Edson Fachin, e o julgamento começou em outubro de 2017, com uma interrupção em decorrência do pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes. Antes dessa suspensão, o relator já havia proferido seu voto pela inconstitucionalidade das normas, avaliando que estas impunham tratamento não igualitário que impediam um grupo de pessoas de exercer sua individualidade e participar de sua comunidade política. A Advocacia Geral da União (AGU) pediu para que o STF rejeitasse completamente a ação, enquanto a Defensoria Pública Geral da União (DPU) pediu prioridade na tramitação do feito em

³⁹Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/07/bd55c74aaafa8b11a60a81e930acc13.pdf>. Acesso em 13/07/2020.

virtude da pandemia de Covid-19, que sensibilizou ainda mais a situação de bancos de sangue por todo o país.

No dia oito de maio de 2020 o STF declarou inconstitucionais normas com esse teor, com sete votos a favor e quatro contrários. O plenário entendeu que as normas do MS e da Anvisa, além de violar o princípio da dignidade da pessoa humana, tratam esse grupo de pessoas “de forma injustificadamente desigual, afrontando-se o direito fundamental à igualdade” (FACHIN, 2017, p. 19).

Importante observar que, mesmo após a decisão da mais alta corte do país, organizações de movimentos sociais defensores da causa LGBT protocolaram no STF reclamações afirmando que a Anvisa vinha descumprindo a decisão da ADI 5.543, sob alegações de má-fé e uma tentativa de procrastinar o cumprimento da determinação. A agência expediu circular em maio afirmando que até o julgamento final da ADI, as regras declaradas inconstitucionais deveriam ser seguidas⁴⁰. A revogação das restrições ocorreu apenas no dia 8 de julho.

Mais uma vez demonstrou-se que o processo de mobilização do direito é um instrumento poderoso para alcance de mudanças sociais, e a exposição em Tribunais Superiores uma estratégia valiosa, que divulga a causa para a sociedade e conquista aliados. Além disso, percebe-se que, além da mobilização do direito necessário para a mudança em regras sociais que discriminavam certa classe de pessoas, os grupos trabalham também na fiscalização da decisão, assegurando os novos direitos conquistados e conferindo sua efetividade.

Na análise dos casos acima dispostos, percebe-se que a mobilização social do direito por movimentos sociais se mostra uma estratégia valiosa de ação, que tem conseguido atingir seus objetivos e proporcionar as mudanças de que a sociedade tanto precisa. Ademais, é possível verificar que as decisões tomadas em cada processo podem ser facilmente identificadas entre os estágios da mobilização coletiva judicialmente relevantes de McCann (2206), e elas no quarto momento, no qual as estratégias jurídicas são utilizadas para compelir o Estado a implementar políticas públicas. Nos casos abordados, são aquelas relativas ao direito

⁴⁰ Doação de sangue: normas da RDC 34 permanecem em vigor. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/doacao-de-sangue-normas-da-rdc-34-permanecem-em-vigor/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=pt_BR. Acesso em 13/07/2020.

fundamental à saúde. As ações também poderiam ser enquadradas no terceiro momento, mas os processos já haviam sido ajuizados.

Em suma, o processo é moroso, difícil, mas os resultados conquistados impactam verdadeiramente a sociedade, da forma mais necessária possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode concluir um trabalho que abrange o direito à saúde sem mencionar a importância e a perenidade do SUS no enfrentamento da maior pandemia do século. Os problemas de nosso sistema de saúde são amplamente conhecidos pela maioria da população brasileira, mas, mesmo com todas as dificuldades sistêmicas, é graças a ele que milhares de brasileiros contaminados pela covid-19 encontram tratamento e oportunidade de se recuperar da doença. Apenas nesse infeliz momento histórico é que muitos brasileiros estão percebendo a dimensão da importância do SUS, e a necessidade de ampliá-lo e preservá-lo.

A promulgação da Constituição Federal completa 32 anos neste ano de 2020. São três décadas em que o Brasil sofreu diversas mudanças e experimentou avanços que asseguraram direitos e garantias à população, provendo-lhes segurança jurídica para viver de maneira digna e livre. A “Constituição Cidadã” foi um grande marco para que os direitos humanos e sociais sejam respeitados no ordenamento jurídico nacional e alçados a condições fundamentais.

Viver em um estado democrático de direito é um privilégio que tem sido pouco valorizado nos dias atuais. Trata-se de uma conceituação que encerra em seu cerne o exercício livre da cidadania e da democracia, a titularidade de direitos e garantias fundamentais salvaguardados por um sistema constitucional soberano baseado em justiça social e promoção de valores como a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. O sistema constitucional de direitos fundamentais representa proteção e resistência contra ações estatais e determinam que todos são iguais perante a lei, assegurando aos brasileiros o direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros, a partir da égide do princípio da dignidade da pessoa humana.

Através do texto constitucional o direito à saúde foi reconhecido como fundamental, recebendo assim a atenção e proteção necessárias ou ser positivado como um direito de todos e dever do Estado. A saúde é um campo de conflitos e dramas humanos que deve ser percebida em sua concepção mais ampla, nem sempre estritamente ligada ao campo de diagnóstico de doenças e moléstias. Assim, por sua própria natureza a saúde é intimamente ligada ao direito à vida, peça fundamental dentro do ordenamento jurídico pátrio e a razão de ser de todos os

outros direitos constantes do ordenamento jurídico. Afinal, sem vida não há nada, e sem saúde não há condições de se viver dignamente.

A premissa de dignidade é estabelecida pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que agrega valores morais indissociáveis da pessoa humana, percebida em si mesma e merecedora de respeito e cuidado por parte do Estado. Esse respeito e cuidado são oferecidos em forma de direitos e proteções, fundamentais e invioláveis, que devem abranger toda a população. Para que sejam plenamente vivenciados e retirados do campo da simples formalidade, eles precisam ser garantidos e cumpridos.

A validação dos direitos fundamentais passa pela ação de representantes do poder público, que agem orientados pelos preceitos constitucionais. Nesse sentido, é necessária uma instrumentalização desses direitos, concretizados através de políticas públicas, para que a população realmente possa deles se apossar e desfrutar. No caso especial da saúde, o ambicioso desenvolvimento do Sistema Único de Saúde proporcionou a instrumentalização da garantia deste direito fundamental, com atuação sustentada em princípios de acesso universal e igualitário para todos os brasileiros, inspirando-se e espelhando os princípios fixados na Carta Magna. Garantir o direito à saúde é, em última instância, garantir o direito à vida. A saúde é desdobramento do direito à vida e se insere em suas premissas de se estabelecer um nível adequado com a condição humana. Toda ação que afete a integridade física de uma pessoa e afete sua saúde pode ocasionar a morte de uma pessoa, e assim a perda de sua vida. A relação é tão íntima que em ordenamentos onde a saúde não é formalmente reconhecida como direito fundamental, é o direito à vida que a promove e protege.

Constitucionalmente o direito encontra-se positivado, mas assegurar que a saúde seja um direito à disposição de todos em um país continental como Brasil se mostrou um desafio para administradores em todas as esferas governamentais. Governos federal, estaduais e municipais têm se esforçado para melhorar os investimentos na área da saúde e, nos últimos anos, maior porcentagem do orçamento tem sido destinada a essa finalidade. Mas esses melhoramentos ainda não são suficientes para atender todas as demandas da área.

As filas e problemas de atendimento infelizmente não ficaram no passado nem se extinguiram junto com o INPS e o INAMPS. O SUS dos dias de hoje ainda

enfrenta problemas de superlotação, ausência de profissionais qualificados, falta de equipamentos ou aparelhagem sucateada, falta de leitos, subfinanciamento crônico, dentre outros enfrentamentos que deixam distante o ideal de atendimento universal e sem distinções idealizado pelo legislador constituinte há 30 anos. Deste modo, falhas na prestação de atendimento à população ocorrem frequentemente, apesar de todas as medidas tomadas para o melhor desempenho do sistema. Não restam dúvidas de que o direito a saúde é universal, e o texto constitucional trouxe implicações que não poderiam ser previstas quando de sua promulgação.

Dentro desse contexto, o Poder Judiciário desponta como uma alternativa viável para que o direito à saúde seja garantido. A CF facilitou o acesso aos tribunais e nosso próprio sistema democrático promoveu uma expansão do sistema judicial, que passou a ocupar posição cada vez mais importante dentro da sociedade. Magistrados são vistos como pessoas íntegras e justas, aptas a solucionar confrontos e dignas de confiança, em contraste com a crise institucional e política que os outros poderes enfrentam.

Os tribunais passaram a julgar processos envolvendo a efetivação de direitos fundamentais, demonstrando haver uma demanda social nesse sentido, conectando essa demanda ao universo do direito através do Judiciário. A literatura brasileira observou o fenômeno a partir da ótica da judicialização, que está limitada ao problema de legitimidade formal do poder governamental e possíveis efeitos negativos decorrentes da ampliação do poder judicial observada dentro do sistema de tripartição dos poderes. Uma abordagem de mera constatação é bastante constricta, pois deixou de lado os demais aspectos envolvidos nessa demanda .

O trabalho de pesquisa e construção da dissertação fundamentou-se nos questionamentos sobre as possibilidades de efetivação de direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, e os inúmeros entraves experimentados por esse processo dentro da sociedade brasileira. O deslocamento desse debate para o Poder Judiciário é inevitável dentro do sistema democrático brasileiro, mas é necessário que se adotem outras formas de condução desse tipo de processo, pois além dos problemas já citados, a judicialização é insustentável em longo prazo.

A busca pela validação dos direitos fundamentais implica na luta por mudanças sociais, já que as camadas mais privilegiadas da população se beneficiam do sistema vigente e dominam as instituições públicas. Populações

marginalizadas e menosprezadas que questionam essa conjuntura social se organizam então em grupos engajados nesse objetivo. Com a definição de suas agendas e análise de possibilidades disponíveis para o enfrentamento dessas situações, o direito ganha outras funcionalidades e contornos.

Configura-se a partir daí uma nova forma de entender a relação entre o direito, o Poder Judiciário e os movimentos sociais, de que forma se aliam e se servem um dos outros. A chamada mobilização social do direito é um marco analítico que retira os entendimentos sobre ciências jurídicas e grupos sociais de seus nichos e os une sob uma nova ótica, originada na doutrina norte-americana em uma observação da ação política mais ampla desses grupos em sua militância dentro da sociedade.

Para que isso fosse possível primeiro foi necessário estabelecer o conceito de lei, expressão do direito em seu sentido mais amplo, abrangendo desde autoridades e instituições legais até tradições e simbologias socialmente aceitas. É uma convenção social poderosa, capaz de construir e transformar relações de poder, e por essas características é também utilizada para oprimir e beneficiar, dando margem à insatisfação e aos questionamentos de grupos sociais.

Desta feita, a mobilização do direito representa a invocação de normas jurídicas para a regulação de conflitos sociais. É muito mais ampla que apenas a tutela do litígio em si, e para sua maior efetividade pode ser combinada com outros instrumentos, como manifestações, greves e protestos. Nesse sentido, o direito passa a ser também um instrumento dos movimentos sociais, podendo ser utilizado em momentos diversos de acordo com o contexto do momento e intenções da agenda do grupo. A vitória nas cortes nem sempre representa uma derrota para o movimento, e o direito é utilizado de maneira instrumental e estratégica e parcimoniosa para obtenção do resultado almejado.

Os grupos sociais assumem, então, o posto de protagonistas da mobilização, deslocando o foco da ação dos juízes. Surgidos na luta de classes, tais grupos lutam para que ocorram mudanças dentro da sociedade de modo a fazer justiça para populações marginalizadas e esquecidas dentro do *status quo* vigente. Exigem que o direito de igualdade seja também aplicado a essas pessoas discriminadas e segregadas por motivos dos mais variados – mulheres, homossexuais, negros, deficientes, dentre outros, e unem forças para serem ouvidos e respeitados pelo poder público. A organização e definição de suas agendas são fundamentais para

suas atividades, bem como o desenvolvimento de seus repertórios. Esses grupos já figuram em muitos processos extremamente relevantes na sociedade, perseguindo uma missão de obtenção de justiça social.

As ações de movimentos sociais são tão importantes dentro de uma sociedade que suas ações e reivindicações orientam a produção de políticas públicas. São vozes próximas da população que oferecem visões mais próximas da realidade e precisam ser ouvidas. Nesse sentido, o cenário de mobilização do direito ocorre principalmente em decorrência da omissão dos poderes Legislativo e Executivo, que se preocupam mais com a manutenção de sua permanência no poder do que com o atendimento dos anseios da população que os elegeu. Novamente, o Judiciário é quem pode agir nessas circunstâncias.

As instituições públicas são dominadas membros das elites que não possuem interesse na alteração do *status quo*, o que por outro lado é exatamente o que buscam os grupos de mobilização social. Esse embate se realizado em prol da sociedade acontece dentro de um Fórum.

Em uma análise mais detida, é perceptível que os processos que envolvem a judicialização e a mobilização do direito, possuem muitas semelhanças entre si, especialmente na porção instrumental de seu desenvolvimento. Ambos partem do não cumprimento de direitos básicos garantidos a todos, da insatisfação social e submetem a questão ao Judiciário, mas as semelhanças se encerram aí, e os resultados buscados e alcançados por cada uma delas são bastante diferentes. Ademais, a judicialização preocupa-se demasiadamente com a instituição, dando pouca atenção para os processos de mobilização social e contextos nos quais esses casos e decisões se inserem, vide a natureza individual de sua análise. Observar o quadro analítico a partir da perspectiva de mobilização do direito propicia a compreensão das demandas e decisões judiciais no contexto político mais amplo, identificando-se como se deram seus processos de formação dentro da sociedade e o caminho trilhado até chegar ao Poder Judiciário. A mobilização mostra ser, desta feita, um veículo mais propício para se compreender e assimilar com maior clareza o papel desempenhado pelo direito e pelo Poder Judiciário no contexto político-social que vivenciamos atualmente. Assim, mobilizar o direito não significa apenas utilizar a lei estrategicamente, mas constituir um repertório específico de ação coletiva.

A mobilização acontecer em diversos cenários, com vários objetivos e perspectiva de resultados, podendo envolver desde estratégias de pressão política até denúncias. Essas ações oferecem uma perspectiva clara do encadeamento de ações e reações utilizado por movimentos sociais. É como um jogo de xadrez estratégico com apostas altas. Neste sentido, foram anexados à pesquisa três casos concretos julgados pelo STF, onde se observa a atuação dos grupos sociais e mobilização social do direito no caso concreto. Todos envolvem uma insuficiência na prestação do direito à saúde e grupos marginalizados, e mostram que através dos instrumentos corretos, nos momentos corretos, é possível ter sucesso. Além disso, o julgamento pela mais alta corte do país fornece uma visibilidade que beneficia a causa e conquista simpatizantes fora do contexto da mobilização. O saldo é positivo e o legado será permanente.

O direito é uma construção social, e está disponível para atender as demandas da sociedade, obedecendo a parâmetros pré-estabelecidos dentro de uma sociedade democrática regida por uma constituição. Sua instrumentalização e utilização para que mudanças sociais sejam efetivas é nobre e remetem à sua essência de estabelecer justiça. No cenário atual do país, a mobilização é mais do que uma possibilidade, se constitui em uma medida necessária.

A mobilização social do direito ainda é uma teoria bastante nova na doutrina, mas essa forma de compreensão da relação entre movimentos sociais e ciências jurídicas merece maior atenção de estudiosos e doutrinadores, afinal, alcançam mudanças sociais que dificilmente seriam conquistadas de outra forma, já que o sistema trabalha para a sua manutenção. São esses grupos que brigam para viabilizar a satisfação das necessidades da população, efetivar seus direitos e promover justiça social. E a sociedade precisa deles. A luta não pode parar.

REFERÊNCIAS

AKERMAN, Marcos. FREITAS, Osvaldo de. **Pesquisa Nacional sobre Acesso, Utilização e Promoção do Uso Racional de Medicamentos (PNAUM): Avaliação dos Serviços de Atenção Farmacêutica Primária**. Revista de Saúde Pública, São Paulo, n. 51, pp.1-5, 2017.

ALGIERI, Débora. **Judicialização da Saúde: a Pele Jurisdicionada que Habito**. Rede Humaniza SUS, 2017. Disponível em: <http://redehumanizasus.net/96500-judicializacao-da-saude-a-pele-de-jurisdicionada-que-habito/>. Acesso em: 28/06/2020.

AMORIM, Maria Cristina Sanches, PERILLO, Eduardo. **O National Health Service NHS o Sistema de Saúde da Inglaterra**. Revista Faculdade Ciências Médicas de Sorocaba, Sorocaba, v. 16, n.1, p. 53-54, 2014.

ANVISA. **Doação de Sangue: normas da RDC 34 permanecem em vigor**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Brasília. Notícias. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/doacao-de-sangue-normas-da-rdc-34-permanecem-em-vigor/219201#:~:text=HEMOTERAPIA-,Doa%C3%A7%C3%A3o%20de%20sangue%3A%20normas%20da%20RDC%2034%20permanecem%20em%20vigor,da%20Sa%C3%BAde%20e%20pela%20Anvisa. Acesso em: 13/07/2020.

ANDERSEN, Ellen Ann. **Out of the Closets and Into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2006.

ANDRADE, Arnaldo Henrique Abreu; REZENDE, Larissa Carmelita Nogueira; PEREIRA, Pedro Hartifiel. **O Ativismo Judicial e a Separação de Poderes no Brasil: Existe Usurpação do Poder Legiferante pelo Supremo Tribunal Federal?** Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Junior, Juiz de Fora, n.8, pp. 282-298, dezembro de 2016.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. **Judicialização da Política no Brasil: Ver Além do Constitucionalismo Liberal para Ver Melhor**. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, n. 15, pp. 69-94, setembro 2014.

BARBOSA, Ruy. **A Constituição e Atos Inconstitucionais**. 2ª edição. São Paulo: Russel, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas**. Revista de Direito Administrativo FGV. Rio de Janeiro, n. 240, pp. 83-103, 2005.

BARCLAY, Scott. JONES, Lynn C. MARSHALL, Anna-Maria. **Two Spinning Wheels: Studying Law and Social Movements**. In: SARAT, Augustin. Studies in

Law, Politics, and Society, Special Issue: Social Movements/ Legal Possibilities. Bingley, 2011, pp. 1-16.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Faculdade de Direito de Franca, 2008. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 21/03/2018.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista de Direito Administrativo FGV. Rio de Janeiro, n. 240, pp. 1-42, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL é o sexto maior mercado farmacêutico do mundo. Guia da Farmácia, 2018. Disponível em: <https://guiadafarmacia.com.br/materia/brasil-e-o-sexto-maior-mercado-farmacutico-do-mundo/>. Acesso em 30/06/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de junho de 2019.

_____. Decreto nº 5.090 de 20 de maio de 2004. **Programa “Farmácia Popular do Brasil”**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5090.htm. Acesso em: 08/08/2019.

_____. **Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc85.htm. Acesso em: 20/06/2020.

_____. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20/06/2019.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais**. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em 18/06/20.

_____. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. 1996. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21JUN1996.pdf#page=32>. Acesso em: 08/07/2020.

_____. Casa Civil. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 25/06/2020

_____. Casa Civil. **Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm. Acesso em: 25/06/2020.

_____. Casa Civil. **Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9313.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.313%2C%20DE%2013,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=3%C2%B0%20Esta%20Lei%20entra%20em%20vigor%20na%20data%20de%20sua%20publica%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 28/06/2020.

_____. Casa Civil. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 25/06/2020.

_____. Conselho Nacional De Saúde. **Resolução nº 338 de 06 de maio de 2004.** Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html. Acesso em: 30/07/2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça Pesquisa: Judicialização da Saúde no Brasil Dados e Experiências.** Brasília: 2015

_____. IBGE. **Comissão Nacional de Classificação.** Disponível em: <https://cnae.ibge.gov.br/en/component/content/article/97-7a12/7a12-voce-sabia/curiosidades/1629-o-tamanho-do-brasil.html>. Acesso em 28/08/2019.

_____. Ministério da Economia. Diário Oficial da União. **Resolução nº 3, de 26 de agosto de 2019.** Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-3-de-26-de-agosto-de-2019-212912380>. Acesso em: 28/08/2019.

_____. Ministério da Saúde. **1ª Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica.** CNS, 2003. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/conferencia/1conferencia.htm>. Acesso em 22/06/2020.

_____. Ministério Da Saúde. **ABC do SUS: Doutrinas e Princípios.** Brasília: 1990.

_____. Ministério da Saúde. **Assistência Farmacêutica no SUS: 20 anos de Políticas e Propostas para Desenvolvimento e Qualificação. Relatório com Análise e Recomendações de Gestores Especialistas e Representantes da Sociedade Civil.** Brasília: 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Resolução nº 25, de 31 de agosto de 2017.** Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19337356/do1-2017-10-05-resolucao-n-25-de-31-de-agosto-de-2017-19337298. Acesso em: 26/06/2020.

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Social. **Resolução Da Diretoria Colegiada – RDC Nº 34, de 11 de Junho de 2014.** Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/%281%29RDC_34_2014_CO MP.pdf/ddd1d629-50a5-4c5b-a3e0-db9ab782f44a. Acesso em: 08/07/2020.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **O Desenvolvimento do Sistema Único de Saúde: Avanços, Desafios e Reafirmação de seus Princípios e Diretrizes**. 1ª edição. Brasília: 2003.

_____. Ministério Da Saúde. Conselho Nacional de Secretários da Saúde. **Assistência Farmacêutica no SUS**. Brasília: 2007.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria Nº 158, de 4 de Fevereiro de 2016**. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 13/07/2020.

_____. Ministério Da Saúde. **Portaria nº 204 de 29 de janeiro de 2007**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt0204_29_01_2007_comp.html. Acesso em: 06/10/2019.

_____. Ministério Da Saúde. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 21/09/2019.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Medicamentos**. Brasília: 2001.

_____. Ministério da Saúde. **Princípios do SUS**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>. Acesso em: 06/10/2019.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria da Vigilância em saúde. Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais. **Protocolo de Assistência Farmacêutica em DST/HIV/Aids: Recomendações do Grupo de Trabalho de Assistência Farmacêutica**. Brasília: 2010.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria da Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. **Relação nacional de medicamentos essenciais: Rename 2020**. Brasília: 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 21/06/2020.

_____. **Pense SUS. Reforma Sanitária**. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria#:~:text=O%20movimento%20da%20Reforma%20Sanit%C3%A1ria,necess%C3%A1rias%20na%20%C3%A1rea%20da%20sa%C3%BAde>. Acesso em: 18/04/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543**. Autor: Partido Socialista Brasileiro PSD e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, Diário de Justiça da União, 19 de outubro de 2017. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5543votoMMA.pdf>.
Acesso em: 13/07/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Autor: Partido Da Social Democracia Brasileira PSDB. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, Diário da Justiça da União, 04 maio 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Autor: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde CNTS e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, Diário de Justiça da União, 12 de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada 91**. Autor: Estado de Alagoas e outros. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, Diário de Justiça da União, 26 de Fevereiro de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566471**. Autor: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça da União, 20 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em 13/07/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657718**. Autor: Alcinere de Oliveira e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. . Diário de Justiça da União, 13 de Maio de 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a Democracia no Brasil**. Revista USP, São Paulo, n. 21, pp.116-125, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. **Em busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 23, pp.115-126, 2004.

CARVALHO, Talita de. **Saúde Pública: um Panorama do Brasil**. Politize, 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/panorama-da-saude/>. Acesso em: 21/06/2020.

CNTS. **A Autorização do Supremo Tribunal Federal para Antecipação Terapêutica de Parto em Caso de Anencefalia**. CNTS, 2012. Disponível em: <http://www.cnts.org.br/public/arquivos/antecipacaoterapeutica.htm>. Acesso em: 12/07/2020.

COHN, Amélia *et al.* **A saúde como direito e como serviço**. 6ª edição. São Paulo: Cortez, 2010.

DAVID, Grazielle; ANDRELINO, Alane; BEGHIN, Nathalie. **Direito a Medicamentos: Avaliação das Despesas com Medicamentos no Âmbito Federal do Sistema Único de Saúde entre 2008 e 2015**. 1ª edição. Brasília: Inesc, 2016.

DE FAZIO, Gianluca. **Legal Opportunity Structure and Social Movement Strategy in Northern Ireland and Southern United States**. International Journal of Comparative Sociology, p. 3-22, 2012. Disponível em <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.909.5102&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 08/07/2020.

DICIONÁRIO Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/>. Acesso em 04/07/2020.

DINIZ, Debora. VÉLEZ, Ana Cristina Gonzalez. **Aborto na Suprema Corte: o Caso da Anencefalia no Brasil**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, n. 16, pp.647-652, 2008.

DOIS postos de saúde de Campinas têm falta de remédios para diabetes e pressão alta. G1, Campinas e Região, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2020/04/22/dois-postos-de-saude-de-campinas-tem-falta-de-remedios-para-diabetes-e-pressao-alta.ghtml>. Acesso em: 12/07/2020.

ESKRIDGE, William N. **Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law**. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, v.150, pp.419-525, 2001.

ESTADO não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS. STF, Notícias STF, 2020. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N#:~:text=Imprensa,-Not%C3%ADcias%20STF&text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(SUS\)](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N#:~:text=Imprensa,-Not%C3%ADcias%20STF&text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(SUS)). Acesso em 13/07/2020.

FANTI, Fabíola. **Mobilização Social e Luta por Direitos: um Estudo Sobre o Movimento Feminista**. 2016. 213 f. Tese de doutorado – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Disponível em: http://taurus.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/321650/1/Fanti_Fabiola_D.pdf. Acesso em: 02/07/2020.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. São Paulo: Globo, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas Notas Sobre a Eficácia e Efetividade do Direito Fundamental à Saúde no Contexto Constitucional Brasileiro**. Boletim do Instituto de Saúde, São Paulo, v.12, n.3, pp.220 -226,2010.

FIGUEIREDO, Tatiana Aragão; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Joyce Mendes de Andrade. **Seleção de Medicamentos Essenciais e a Carga de Doença no Brasil**. Caderno de Saúde, Rio de Janeiro, v.30, n.11, nov. 2014.

FREY, Klaus. **Políticas públicas: um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil**. Revista Planejamento e políticas públicas, Brasília, n. 21, pp. 235-259, jun. 2000.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro Volume 1: Parte Geral**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Judiciário Pode Intervir no Controle do Executivo**. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-08/judiciario-intervir-executivo-controlar-politicas-publicas?pagina=3>. Acesso em: 07/01/2020.

HANDLER. Joel F. **Social Movements and the Legal System: a Theory of Law Reform and Social Change**. Social Service Review, Chicago, v. 54, n. 4, pp. 600-602, 1980.

HEALTH & social care explained. An entry point into the many facets of the health and social care system in the UK. Nuffield Trust, 2019. Disponível em: <https://www.nuffieldtrust.org.uk/health-and-social-care-explained/nhs-reform-timeline/>. Acesso em: 06/10/2019.

HISTÓRIA do Sistema Único de Saúde. Portal Educação. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/enfermagem/historia-do-sistema-unico-de-saude-sus/28748>. Acesso em: 15/08/2019.

HONIGSBAUM, Frank. **The Evolution of the NHS. Medicine and the State Magazine**. The British Medical Journal, Londres, v. 301, pp.694-699, out. 1990.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Democracia com Juízes**. Revista do Ministério Público, Lisboa, v. 24, n. 94, pp. 31-47, 2019.

JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. **A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política no Brasil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n.178, pp.157-179, 2008.

KOEN, Vincent. **Public Expenditure Reform: The Health Care Sector in the United Kingdom**. OECD Economics Department Working Papers, Paris, n. 256, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEVITSKY, Sandra. **Law and Social Movements: Old Debates and New Directions**. In: SARAT, Augustin .EWICK, Patricia. *The Handbook of Law and Society*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2015, pp. 382-398.

_____. **To Lead with Law: Reassessing the Influence of Legal Advocacy Organizations in Social Movements**. In: SARAT, Augustin . SCHEINGOLD, Stuart. *Cause Lawyers and Social Movements*. Stanford: Stanford University Press, 2006, pp.145-171.

LORENCI, Tatiana Lauand de Paula. SOUZA, André Peixoto de. **Crise de Representatividade Política no Brasil**. *Revista Lus Gentium do Programa de pós-graduação em Direito do Centro Universitário Internacional*, v.9, n.6, 2014, pp.1-16.

LOSEKANN, Cristiana. **Mobilização do Direito como Repertório de Ação Coletiva e Crítica Institucional no Campo Ambiental Brasileiro**. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 2, pp. 311-349, 2013.

_____. **Performances coordenadas e experiências compartilhadas na mobilização do direito em conflitos ambientais**. *Plural - Revista De Ciências Sociais da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.26, n. 2, pp.174-199, 2019.

_____. BISSOLI, Luiza Duarte. **Direito, Mobilização Social e Mudança Institucional**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 32, n. 94, pp.1-24, 2017.

MACADAM, Doug. TARROW, Sidney. TILLY, Charles. **Para Mapear o Confronto Político**. *Lua Nova*, São Paulo, n. 76, pp. 11-48, 2009.

MACIEL, Débora Alves. **Ação Coletiva, Mobilização do Direito e Instituições políticas: O caso da Campanha da Lei Maria da Penha**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 26, n.77, pp. 98-111, 2011.

MASIERO, Clara Moura. **Mobilização do direito e enfrentamento ao preconceito: os movimentos feminista, negro e LGBT e a Constituição de 1988**. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 21, n. 8, pp. 84-107, 2018.

MATHIAS, MAÍRA. **Antes do SUS: Como se (des)Organizava a Saúde no Brasil sob a Ditadura**. *Fiocruz*, 2018. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=antes-do-sus>. Acesso em: 20/06/2019.

McCANN, Michael. **Poder Judiciário e Mobilização do Direito: uma Perspectiva dos “Usuários”**. *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*, Rio de Janeiro, pp.176-196, 2010.

_____. **Reform Litigation on Trial**. *Law & Social Inquiry*, Cambridge, v.17, n. 4, pp. 715-743, 1992.

_____. **Law and Social Movements: Contemporary Perspectives.** Annual Review on Law and Social Science, Palo Alto, v. 2, pp. 17-38, 2006.

_____. **Legal Mobilization and Social Reform Movements: Notes on Theory and its Application.** In: McCANN, Michael. Law and Social Movements. Nova York: Ashgate, 1991. pp. 225-254.

_____. **Litigation and Legal Mobilization.** In: WHITTINGTON, Keith E. et al. The Oxford Handbooks of Political Science. Nova York: Oxford University Press, pp. 522-540, 2008.

MÉDICI, André. **Vinte e seis Anos de SUS: Avanços e Desafios.** Cebes, 2014. Disponível em: <http://cebes.org.br/2014/07/26-anos-de-sus-avancos-e-desafios-andre-medici/>. Acesso em: 15/08/2019.

MELAZZO, Everaldo Santos. **Problematizando o Conceito de Políticas Públicas: Desafios à Análise e à Prática de Planejamentos e da Gestão.** Revista Tópos, Presidente Prudente, v. 4, n. 2, pp. 9-32, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **A eficácia das Normas Constitucionais de Justiça Social.** Revista Trimestal de Direito Público, São Paulo, v.57, n.8, pp. 63-78, 1982.

MENDES, Gilmar. **Decisões Importantes do Supremo Tribunal Federal do Brasil.** STF, 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/ane xo/Deciso es_importantes1.pdf. Acesso em: 02/07/2020.

MILNER, Neal. **The Denigration of Rights and the Persistence of Rights Talk: a Cultural Portrait.** Law & Social Inquiry, Chicago, v.14, n.4, pp. 631-675, 1989.

MINAGÉ, Thiago. **O que é Dignidade da Pessoa Humana?** Carta Capital, 2015. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/28/o-que-e-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 18/05/2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV.** 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MONTEIRO, Jorge Viana. **Fundamentos da Política Pública.** Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1982.

MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Claret, 2007.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *et al.* **Teoria da Constituição: Estudos Sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

OBJETIVOS do Desenvolvimento Sustentável. Ipea, 2015. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods3.html>. Acesso em: 22/06/2020.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos.** Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 13/07/2019.

OMS recomenda o dolutegravir como principal opção de tratamento para o HIV em todas as populações. Unaid, 2019. Disponível em: <https://unaid.org.br/2019/07/oms-recomenda-o-dolutegravir-como-principal-opcao-de-tratamento-para-o-hiv-em-todas-as-populacoes/>. Acesso em 28/06/2020.

OS sistemas de saúde pública brasileiro e inglês enfrentam dilemas no ano em que completam 30 e 70 anos. Fiocruz, 2018. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=os-sistemas-de-saude-publica-brasileiro-e-ingles-enfrentam-dilemas-no-ano-em-que-completam-30-e-70-anos>. Acesso em: 06/10/2019.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Os Direitos Fundamentais e a Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PASQUETTI, Carolina Vedana; JUNGES, Fernanda. **O Desenvolvimento da Assistência Farmacêutica no Brasil: Evolução da Legislação e seu Contexto Histórico.** 2011. Trabalho de conclusão de curso Pós-Graduação – Curso de Ciências Farmacêuticas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

PEPE, Vera Lúcia Edais. **A Relação Nacional de Medicamentos (Rename): a Seleção de Medicamentos no Brasil.** Fiocruz, 2011. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/514.pdf>. Acesso em 22/06/2020.

PESSOA, Lia Braga. **O STF como ator de mudanças sociais relevantes: uma análise da ADPF 54.** Sociedade Brasileira de Direito Público, 2012. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/208_Lia-Braga-Pessoa.pdf. Acesso em: 30/06/2020.

PIMENTEL, Sílvia. VILLELA, Wilza. **Um Pouco da História da Luta Feminista pela Descriminalização do Aborto no Brasil.** Revista Ciência e Cultura, São Paulo, v.64, n.2, pp.20-21 jun.2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROJETO de Lei do Senado nº 183, de 2004. Senado Federal, 2005. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/68457>. Acesso em 12/07/2020.

QUAL é a realidade do saneamento básico no Brasil? ChildFund Brasil, 2019. Disponível em: <https://www.childfundbrasil.org.br/blog/realidade-do-saneamento-basico-no-brasil/>. Acesso em 09/06/2020.

REIS, Denizi Oliveira. ARAÚJO, Eliane Cardoso. CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas Públicas de Saúde: Sistema Único de Saúde**. Unifesp Unasus, 2012. Disponível em https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade04/unidade04.pdf. Acesso em 15/06/2020.

REIS, Vilma. **A Reforma da Saúde e a Abrasco em Defesa do SUS**. Associação Brasileira de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 05 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/institucional/a-reforma-da-saude-e-a-abrasco-em-defesa-do-sus/40212/>. Acesso em: 06/10/19.

REVISTA CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO. Brasília: Fiocruz, v. 1, n. 5, jan. 2016. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/261>. Acesso em: 18/05/2018.

REVISTA POLI. **Saúde, Educação e Trabalho: SUS 30 Anos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, n. 59, jul. 2018.

REVISTA RADIS. **Ninguém Fora da Solidariedade: Fim da Restrição à Doação de Sangue por Homens que Fazem Sexo com Outros Homens em Debate no STF**. Rio de Janeiro, n. 189. Jun. 2018.

ROCHA, Eduardo Braga. **A Implementação de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-implementacao-de-politicas-publicas-pelo-poder-judiciario/>. Acesso em: 08/07/2020.

ROCHA, Pedro Lara. **Judicialização: Reflexões Sobre o Fenômeno no Brasil**. Brasília: Universidade do Legislativo Brasileiro Unilegis, 2008.

RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. **Os 20 Anos do ‘The Global Expansion of Judicial Power’ e as Diferentes Teorias da Judicialização da Política no Brasil: continuidades e descontinuidades**. Revista Ponto de Vista, Viçosa, n.2, pp. 1-14, agosto de 2015.

ROSA, Tatiana. **Judicialização na Saúde**. Revista Consensus, Brasília, n.19, 2016.

ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope**. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. **A relevante diferença entre judicialização e ativismo judicial**. Editora JC, 2018. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-relevante-diferenca-entre-judicializacao-e-ativismo-judicial/>. Acesso em: 05/01/20.

SANT'ANA, João Maurício Brambati. **Racionalidade terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos.** Revista Saúde Pública, São Paulo, pp.714-721, 2011.

SANTOS, Esther Maria Brighenti dos Santos. **Amicus curiae um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade.** Jus, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7739/amicus-curiae>. Acesso em 08/07/2020.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. **Desenvolvimento do SUS, rumos estratégicos e estratégias para visualização dos rumos.** Revista Ciência e Saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, pp. 429-435, abr. 2007.

_____. **Caminhos do SUS até Hoje e a Proposta do Fim dos Blocos.** Conasems, 2017. Disponível em: <https://www.conasems.org.br/nelson-rodrigues-dos-santos-caminhos-do-sus-ate-hoje-e-proposta-do-fim-dos-blocos-compreendendo-historia-para-antever-ameacas-e-oportunidades/>. Acesso em: 18/06/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, pp. 55-77, jul. 2008.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos.** Daniel Sarmento, 2008. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 11 de Abril de 2018.

_____. **Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SAÚDE era exclusividade de poucos antes do SUS. Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, 2018. Disponível em: <https://cnts.org.br/noticias/saude-era-exclusividade-de-poucos-antes-do-sus-parte-1/>. Acesso em: 10/08/2019.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos.** São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: em Busca do Direito Justo.** São Paulo: Saraiva, 2010

SOUZA, Celina. **Política Públicas: uma Revisão da Literatura**. Revista Sociologias, Porto Alegre, n.16, pp.20-45, jun/dez. 2006.

SOUZA, Renilson Rehem. **O Sistema Público de Saúde Brasileiro**. Brasília: Editora Ministério da Saúde, 2002.

SOUZA JUNIOR, Edison Vitório. et al. **Proibição de Doação Sanguínea por Pessoas Homoafetivas: um Estudo Bioético**. Revista Bioética, Brasília, v. 28, n. 1, março de 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422020000100089. Acesso em: 13/07/2020.

SUPREMO reconhece união homoafetiva. STF, Notícias STF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 09/06/2020.

VALLIDER, Tobjörn. TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University, 1995.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Assistência Farmacêutica no Sistema Público de Saúde no Brasil**. Revista Panamericana de Salud Pública, n. 27, pp. 149-156, 2010.

TARROW, Sidney. **O Poder em Movimento: Movimentos Sociais e Confronto Político**. Pretrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Power in Movement: Social Movements and Contentious Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

TILLY, Charles. **Social Movements and National Politics**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1979.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: Leis e Costumes de Certas Leis e Certos Costumes Políticos que Foram Naturalmente Sugeridos aos Americanos por seu Estado Social Democrático**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UK GDP since 1955. The Guardian, 2014. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/datablog/2009/nov/25/gdp-uk-1948-growth-economy>. Acesso: em 06/10/2019.

WEBER, Max. **Ciência e Política Duas Vocações**. 14ª edição. São Paulo: Cultrix, 2007.

WHO. Regional Office for Europe. **Highlights on Health in the United Kingdom**. Dinamarca: World Health Organization, 1997.

_____. **Essential Medicines and Health Products**. Disponível em: https://www.who.int/medicines/services/essmedicines_def/en/. Acesso em: 22/06/2020.

_____. **Blood Donor Selection: Guidelines on Assessing Donor Suitability for Blood Donation.** World Health Organization, 2012. Disponível em: https://www.who.int/bloodsafety/publications/guide_selection_assessing_suitability.pdf?ua=1. Acesso em: 12/07/2020.

ZEMANS, Frances. **Framework for Analysis of Llegal Mobilization: a Decision Making Model.** American Bar Foundation Research Journal, v.7, n.4, pp. 989-1071, 1982.