

A judicialização como acesso ao direito à saúde: considerações ao debate brasileiro

*Judicialization as access to the right to healthcare:
considerations to the brazilian debate*

Anabelle Carrilho da Costa ¹
Maíra Selva Borges ²

Resumo: O presente artigo aborda a questão da judicialização de medicamentos como forma de acesso ao direito à saúde a partir de dois processos judiciais que envolvem doenças terminais. Foram analisadas as vozes dos atores envolvidos em cada caso: juízes, autores, réus e Ministério Público e quais argumentos reforçam seu posicionamento. Para análise do debate da garantia do direito à saúde nesses processos, foram consideradas as ideias de capacidades de Martha Nussbaum e de oportunidades de Norman Daniels. Há consenso sobre a necessidade de se proteger o acesso à saúde, no entanto, os argumentos trazidos pelos réus enfatizam questões de ordem administrativa, o que pode demonstrar tendência utilitarista. Conclui-se que o debate brasileiro tende à manutenção das oportunidades, assim, publicidade e transparência no desenho das políticas de saúde devem ser determinantes para que as decisões nelas embasadas sejam consideradas legítimas e justas, além de influenciar no número de demandas que chegam ao Judiciário.

Palavras-chave: Judicialização; política de medicamentos; política de saúde; direito à saúde.

Introdução

A judicialização da política pública de saúde, especialmente de medicamentos, é uma questão controversa, na qual estão embutidas ideias sobre o justo. Nesse debate podem ser percebidas opiniões de vários atores e autores, tanto defensoras de um Judiciário atuante como o fórum legítimo para assegurar e proteger os direitos fundamentais constitucionais, quanto, em contrapartida, posições contrárias à intervenção do Poder Judiciário nas atribuições do Poder Executivo de gerir as políticas e os recursos públicos de maneira racional (DANIELS, 2008; DANIELS & SABIN, 2002; DWORKIN, 2005).

Para o primeiro grupo, o Judiciário é o espaço onde as minorias podem exercer e reivindicar seus direitos. Esse argumento toma ainda mais força em se tratando da política de saúde, diante da raridade de

¹ Assistente Social da Eletronorte (Centrais Elétricas do Norte do Brasil SA). Mestranda no Programa de Pós Graduação em Política Social da Universidade de Brasília.

² Graduada em Direito. Advogada da Eletronorte (Centrais Elétricas do Norte do Brasil SA).

certas doenças, que acometem número reduzido de pessoas. Já para o segundo grupo, a imposição judicial pode acarretar prejuízos à saúde como um bem coletivo, uma vez que as demandas que são infinitas e os recursos finitos, além de já estarem comprometidos no escopo de uma política racional.

Mesmo de maneira controversa, pode-se dizer que, no Brasil, a judicialização, especificamente da concessão de medicamentos, é um fenômeno possibilitado pela Constituição Federal de 1988 e que se intensifica a partir da década de 1990, em um contexto de mobilização social pelo acesso gratuito a medicamentos anti-retrovirais, fortemente relacionado à epidemia de HIV/AIDS. A AIDS tem características diferenciadas que causaram forte comoção de ativistas, políticos, acadêmicos, artistas e mídia, organizações governamentais, não-governamentais e internacionais (MEINERS, 2008; SALAZAR, GROU & SCHEFFER, 2008). Entre essas características, está a dimensão endêmica e universal tomada pela doença, que possibilitou ampla organização social. Além disso, a AIDS, diferentemente de enfermidades decorrentes de condicionantes sociais, que atingem em maior parte a porção mais pobre da população, acometeu inicialmente a elite (LOYOLA, 2008).

A judicialização de medicamentos também está relacionada, embora de maneira menos organizada, a outras doenças com particularidades diversas. Apesar de ter sido impulsionada pelo caso específico da AIDS, o fenômeno também traz problematizações em outras esferas, como em relação ao tipo de tratamento que está sendo solicitado, seu custo e para quem e a quem serve. É o caso de doenças em estágios avançados e terminais.

A terminalidade da vida é uma condição inerente ao ser humano que se intensifica na medida em que aumentam a expectativa e qualidade de vida da população. Algumas doenças, como o câncer, trazem a experiência da terminalidade ainda mais associada à dor física e emocional dos pacientes e familiares (ARAÚJO *et al.* 2009). O debate predominante sobre este tema está em torno da importância do cuidado e da assistência paliativa, que possam garantir dignidade e humanização ao paciente, mesmo que na possível iminência de morte. Por trás da terminalidade estão profundas questões éticas sobre até quando fornecer o tratamento ao paciente nessa situação, especialmente frente ao avanço da medicina (CHAVES & MASSAROLLO, 2009; QUINTANA *et al.* 2006).

No entanto, faltam estudos sobre como essa questão é tratada no contexto público de racionalização da política de saúde, uma vez que na terminalidade da vida a necessidade do tratamento pode muitas vezes se deslocar da cura para a garantia de sobrevivência ao paciente. Assim, este artigo tem como analisar o fenômeno da judicialização de medicamentos no Brasil como um mecanismo de acesso ao direito à saúde, tendo como pano de fundo o debate sobre os limites da assistência em saúde em casos de doenças em estágio avançado e terminais.

Percurso Metodológico

Este é um estudo de caso de dois processos de judicialização de medicamentos de Tribunais Federais brasileiros. A análise de dados foi qualitativa, a fim de dar profundidade aos casos concretos. A primeira etapa consistiu de fase exploratória, com levantamento bibliográfico e busca de casos emblemáticos, a fim de delimitar o objeto e a empiria.

Na demarcação da empiria, foi considerada a dificuldade de definição de quem seja o “paciente terminal”, devido à complexidade e imprecisão deste termo, relatadas na literatura biomédica, advindas da geral impossibilidade em estabelecer o limiar exato em que a pessoa apresenta as características de incurabilidade e fracasso terapêutico dos recursos médicos existentes (CHAVES & MASSAROLLO, 2009). Por isso a escolha se deu por uma doença específica, o câncer, que geralmente representa, em estágio avançado, graves danos à saúde física e emocional humanas, suficientes para ocasionar a experiência de terminalidade. Assim, os processos analisados foram inicialmente selecionados por busca eletrônica de jurisprudência nas páginas do Supremo Tribunal Federal – STF e do Tribunal Regional Federal – TRF da 1ª Região – DF, por assuntos “câncer” e “estágio avançado”. A fim de facilitar a identificação dos processos, estes foram denominados ao longo do artigo como Caso 1³ e Caso 2.⁴ A busca foi realizada levando-se em consideração apenas processos julgados no último ano, ou seja, entre junho de 2008 e junho de 2009.

O Caso 1 é representativo de uma situação de omissão do Estado. A paciente se submetia a tratamento para câncer de mama em estágio avançado com metástase, na rede pública de saúde (hospital universitário). O hospital fornecia regularmente os medicamentos quimioterápicos, havendo interrupção súbita do tratamento, pela falta dos remédios prescritos. São solicitados dois medicamentos, Docetaxel – Taxotere® 115 mg e Gencitabina 3100 mg, sendo que o primeiro consta na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME do Ministério da Saúde – MS (BRASIL, 2008). A ação foi conduzida pela Defensoria Pública da União, uma vez que a mulher é declarada pobre.

No Caso 2, o autor da ação solicita medicamento necessário ao tratamento de tumor maligno de abdome, prescrito por hospital particular credenciado pelo Sistema Único de Saúde - SUS (BRASIL, 2009). Assim como no Caso 1, a condutora da ação também é a Defensoria Pública, o que configura a situação de pobreza do homem, lavrador de 66 anos. O medicamento prescrito, Rituximab – Mabthera®, não consta de nenhuma das listas oficiais publicadas pelo MS que compõem a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME; nem na de medicamentos da assistência farmacêutica básica; ou na lista de medicamentos de

³ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Mandado de Segurança - DF (2002.34.00.026991-3). Brasília, 2002.

⁴ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento - PI (2008.01.00.035238-0). Brasília, 2008.

dispensação excepcional, de fármacos direcionados a doenças crônicas e de alta complexidade, geralmente de uso contínuo e alto custo; tampouco nas relações de medicamentos estratégicos, voltados a programas específicos do MS para a erradicação ou diminuição de doenças endêmicas como AIDS e tuberculose.

Em ambas as ações judiciais, os réus foram a unidade de saúde envolvida, o Município, o Estado e a União.

O debate público brasileiro

Uma noção trazida por Norman Daniels que contribui para o debate sobre o direito à saúde é a questão da perda de oportunidades para quem não está ou não é saudável, ou seja, o prejuízo do acesso pelas pessoas ao que seria uma vida normal e produtiva na sociedade. O justo em saúde significaria proteger as oportunidades dos indivíduos, considerando que os recursos públicos seriam finitos, mas as demandas em saúde, não. Essa questão alocativa reforçaria a necessidade de que o Estado, por meio da política de saúde, determinasse quais demandas são necessidades legítimas. Assim, independentemente do tipo de sistema de saúde de determinado país, existiria um fator presente em todos eles, mesmo que de maneira não declarada: o estabelecimento de prioridades em virtude de recursos escassos, estabelecidas de acordo com as oportunidades de gozo de uma vida produtiva pelas pessoas (DANIELS, 2008; DANIELS & SABIN, 2002).

Segundo essa concepção, o debate se deslocaria para a inevitabilidade de haver alocação de recursos em saúde e o desafio seria realizá-la de maneira justa. Ao se avaliar se a definição de prioridades é arbitrária; se é feita sem considerar as necessidades reais dos pacientes; se é transparente, para que as pessoas afetadas por elas saibam por que são feitas, os países se deparariam com o problema da legitimidade, ou seja, com a questão da aceitabilidade dos limites impostos pela população. Tal legitimidade apenas poderia ser alcançada, a fim de se garantir a alocação justa em saúde, se a política estiver desenhada em consonância com quatro elementos fundamentais: ser pública, relevante, regulada pelo Estado e passível de contestação (IDEM). Tais elementos não serão aprofundados, o que interessa especificamente neste artigo é o elemento de publicidade, que exige necessariamente transparência nas decisões, muito relacionada à discussão sobre pacientes em casos terminais.

Outras idéias sobre o justo no direito à saúde abrangem sujeitos que poderiam não viver uma vida considerada produtiva, tais como deficientes e idosos. Nessa concepção, todo ser humano, por mais que talvez nunca coopere produtivamente, é digno, o que independe de sua aptidão para gerar renda e riqueza. O justo em saúde estaria relacionado com a manutenção da dignidade e das capacidades humanas, que são necessidades básicas que devem ser minimamente garantidas para que as escolhas e oportunidades dos sujeitos possam ser protegidas. Tais

capacidades incluem o direito à vida e à saúde e integridade física, que não devem considerar limites de recursos (NUSSBAUM, 2006).

Neste artigo, a análise do debate público brasileiro sobre a relação entre judicialização e direito à assistência em saúde será realizada fundamentalmente à luz das idéias de saúde expostas acima, partindo de casos concretos de pacientes de doenças graves e terminais. Seguindo o modelo de Marques e Dallari (2007), as idéias centrais foram classificadas inicialmente por grupos de atores: autores, réus, juízes e Ministério Público. Também foram avaliados outros critérios relevantes para considerar os casos como típicos e representativos no contexto da judicialização presentes na literatura recente sobre o tema, como a participação dos medicamentos pleiteados em lista oficial, a unidade de atendimento (se hospital público ou particular e se conveniado ou não ao SUS) e o condutor da ação (Defensoria Pública ou escritório particular) (MESSENDER, OSÓRIO-DE-CASTRO & LUIZA, 2005; VIEIRA & ZUCCHI, 2007).

Autores

Nos dois casos analisados, apesar das diferenças contextuais (se há omissão ou não do Estado, se a origem da prescrição é pública ou particular etc.), as petições iniciais confeccionadas pelas Defensorias Públicas trazem como principal argumento a garantia dos direitos à vida, à saúde e à dignidade, o que aproxima o debate da idéia de saúde presente em Nussbaum (2006). É pleiteado o direito à saúde como direito fundamental expresso na Constituição Federal brasileira de 1988, de acesso universal, cuja promoção é de competência de todos os entes federativos.

Os reclamantes aludem ainda ao princípio constitucional do acesso ao Judiciário, em consonância com Dworkin (2005), que o considera o fórum dos princípios para garantir direitos que não estão no texto da lei. Os tribunais são, segundo este autor, instâncias legítimas para proporcionar voz reivindicatória às minorias, que se encontram em desvantagem no processo democrático, como no caso de pacientes com doenças raras.

Outro argumento percebido na voz dos autores é o enfoque na emergência em garantir o tratamento, o que se verifica na escolha da utilização de mandado de segurança ou do pedido de tutela antecipada, uma vez que receber o medicamento gratuitamente é o único meio de sobrevivência dos pacientes. É aqui onde se localiza menção à terminalidade da vida, com posição predominante de que é preciso atender essas pessoas, sob possibilidade de extinguir-se o próprio direito pleiteado, já que correm risco de morte.

Réus

Foram consideradas, nesta seção, as manifestações da Advocacia Geral da União – AGU no Caso 1 e da Procuradoria Geral do Estado – PGE do Piauí no Caso 2.

O argumento primeiro dos réus, presente em ambos os casos, está pautado na ilegitimidade do Judiciário em emitir juízos que caberiam ao Poder Executivo, podendo incorrer em afronta ao princípio constitucional da harmonia e independência dos Poderes da União. Mais do que isso, se cabe ao Ministério da Saúde – MS dispor sobre a fiscalização e controle das ações e serviços, e se é a instância responsável pelo desenho da política de saúde, alterar tais normas, por meio de decisão judicial, seria subverter a ordem constitucional e o princípio da separação dos Poderes, além de poder significar ameaça ao próprio SUS, conquista histórica brasileira.

O segundo argumento defende que o Estado deve prover o acesso universal aos serviços de saúde, com base na Constituição Federal. Prestar direito individual à saúde seria ferir o princípio da igualdade e o preceito da coletividade, o que significaria tratar desigualmente os demais brasileiros doentes, com problemas de saúde tanto quanto ou mais graves, e cujo tratamento dependeria das mesmas dotações orçamentárias. A partir dessa idéia, a prestação individual do direito à saúde lesaria os direitos de outrem. A PGE, no Caso 2, utiliza jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, para justificar esse argumento:

A gestão da política nacional de saúde [...] busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art.196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas (Caso 2, Fls. 05).

Por trás desse argumento podem estar implícitos preceitos utilitaristas. Nesse entendimento, conceder medicamentos de alto custo a um indivíduo poderia significar privilegiar uns em detrimento do bem da maioria. Nussbaum (2006) critica o cálculo utilitarista, pois expressões de satisfação da população dizem muito pouco a respeito do indivíduo e das desigualdades a que estão sujeitas as minorias. Além disso, médias quantitativas e dados estatísticos podem ser adaptados e mascarar o que os indivíduos realmente escolheriam como significado de satisfação, até mesmo por ser aquilo que a sociedade lhes impõe como limite às suas capacidades.

O terceiro argumento trata da questão orçamentária. No Caso 1, não se fala explicitamente na reserva do possível,⁵ mas apenas que o manejo dos recursos deve obedecer às metas e prioridades de que o país necessita. Já no Caso 2, a teoria da reserva do possível é destacada como um limite ao dever de promover o direito à saúde, que embora

⁵ A reserva do possível é o limite imposto para a garantia de direitos diante de elementos fáticos presentes na situação, geralmente de ordem orçamentária (BARROSO, 2008).

fundamental, não seria absoluto, devendo ser conciliado com outros princípios constitucionais, como normas relativas ao orçamento público:

É importante notar que não se pode, e isso é inquestionável, imaginar que todos os direitos sociais assegurados na Constituição sejam efetivados apenas por que a Constituição assim determinou. Essa efetivação vai ser sempre feita dentro do possível, dos recursos existentes, já que a Constituição não muda os fatos e a disponibilidade de recursos apenas com a sua promulgação (Caso 2, Fls. 06).

Pode-se ressaltar que essa visão está pautada na concepção de cidadania de Marshall (1967), que classificou os direitos em civis, políticos e sociais, e estabeleceu uma ordem cronológica e hierárquica entre eles. Segundo esse autor, nem todos os direitos reconhecidos em princípio poderiam ser usufruídos na prática, pois acontece que enquanto os direitos sociais reclamam prestação positiva, os civis e políticos demandam pouca ou nenhuma intervenção econômica. Assim, o atendimento pelo Estado dos direitos sociais estaria sujeito às condições econômicas em seu contexto.

O último argumento considerado está presente apenas no Caso 2, uma vez que o medicamento solicitado não consta das listas de medicamentos garantidos pelo SUS. A PGE levanta a questão de que esses medicamentos seriam lançamentos sem eficácia suficientemente comprovada ou opções mais caras de tratamento, “em muitos casos com evidente interesse comercial dos laboratórios” (Caso 2, fls 54), o que seria o caso do medicamento Mabthera®. Um dos pontos da defesa é dizer que, mesmo havendo medicamentos alternativos nas listas oficiais, assegurados por critérios médicos e científicos, optar-se-ia pelo lançamento e pela medicação mais cara, não havendo garantias de que o tratamento prescrito seja o único capaz de atender ao tratamento, já que existem outras drogas que poderiam ser ministradas com eficácia comprovada. O Estado não seria obrigado a fornecer medicamentos estranhos à listagem, que está embasada na Política Nacional de Medicamentos do MS (BRASIL, 1998), com diretrizes e normas concernentes à assistência farmacêutica. Além disso, retomando o argumento da escassez de recursos, quando os medicamentos não estão na lista do Ministério, a racionalização do sistema restaria comprometida para que outros remédios básicos à população fossem fornecidos, interferindo de maneira negativa no orçamento previsto.

Os casos são assim ilustrativos de que, em geral, os argumentos apresentados pelos réus são de ordem administrativa, e não contestadores da idéia de saúde como dignidade presente na solicitação dos autores. Pelo contrário, o direito à saúde é reafirmado e considerado indisponível, desde que sua prestação siga os parâmetros da legalidade e razoabilidade. Especialmente nas situações de doenças graves, a observância desses direitos deve ser priorizada:

Ademais é fato público e notório a escassez de recursos públicos para o atendimento dos problemas de saúde que acometem a população, de modo que necessário se faz priorizar os casos mais graves, em que há efetivo risco de vida caso não seja utilizado o medicamento necessário ao tratamento. Devendo-se aplicar nesses casos a teoria da reserva do possível (Caso 2, Fls. 57).

No entanto, mesmo admitindo a saúde como um direito fundamental para a garantia da dignidade humana, na voz do Estado brasileiro, são destacadas ressalvas principalmente no âmbito dos recursos orçamentários, o que remete à concepção de Daniels (2008), sobre a necessidade de se pensar o justo em saúde, já que a realidade impõe escassez orçamentária perante demandas infinitas. Contraditoriamente, ainda dentro da concepção de saúde desse autor, não estão explícitos nos processos quais os critérios utilizados na escolha do paciente com quadro mais grave, o que pode se explicar pelo próprio modelo da política de saúde brasileira e por certa falta de clareza e transparência que o seu desenho parece denotar. Tal problema toca o ponto da legitimidade, uma vez que uma das condições necessárias para que as decisões em saúde sejam aceitas como legítimas pela população é que tais decisões sejam públicas, o que implica que sejam também transparentes. Se parece haver certo consenso entre autores, réus e juízes sobre a importância de se garantir a saúde aos doentes terminais, tal consenso não existe na hora de dizer quem será o escolhido.

Juízes

No Caso 1, a decisão judicial avalia ter havido omissão do Estado. Mesmo já tendo sido sanada com o restabelecimento do tratamento, entendeu-se que a pessoa não poderia ser submetida a novos riscos à sua saúde, especialmente devido à experiência da terminalidade: “tratamentos como tais não podem ser interrompidos, dada a gravidade da doença” (Caso 1, Fls. 50). Ou seja, tal como autores e réus, os juízes também fazem menção à prioridade do atendimento do pleito pela gravidade da situação. Além disso, ainda sobre o Caso 1, seria injustificável a omissão do Estado sob alegação de atraso na entrega do medicamento, “considerando a necessidade de manter-se um estoque dos remédios que assegurem o tratamento de pessoas em casos como o da impetrante” (Caso 1, Fls. 50).

Em ambos os casos, a jurisprudência dos Tribunais Superiores já se consolidou no sentido de que os artigos 196 e 198 da Constituição Federal asseguram aos que precisam e pleiteiam o fornecimento de medicamentos. No entanto, por mais que os juízes reconheçam a responsabilidade dos entes públicos no cumprimento da assistência médica específica, a dignidade impressa na idéia da preservação da saúde não alcança o conceito de dignidade trazido por Nussbaum (2006), mas sim, pautada na idéia de manutenção das oportunidades de Daniels (2008):

A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade... (Caso 1, Fls. 87).

Promover e proteger o direito à saúde são uma obrigação social e sua importância moral deriva de seu impacto nas oportunidades. Ou seja, para Daniels, a falta de saúde afeta o acesso igualitário às oportunidades e é dever da sociedade, através do Estado e de suas instituições para tanto desenhadas, garanti-las e protegê-las (DANIELS, 2008).

De modo geral, não é aceite pelos juízes a argumentação de que a decisão judicial privilegia situação individual em detrimento do coletivo, pois compete ao Poder Judiciário fazer valer norma constitucional, principalmente nos casos de enfermidades graves. Também é refutada a menção à escassez de recursos, considerada como insuficiente para desresponsabilizar o Estado do dever de subsidiar medicamentos necessários à manutenção da saúde. No entanto, também para os juízes, o direito à saúde não corresponderia ao atendimento a uma necessidade básica de garantia da dignidade humana, independente do perfil dos sujeitos, mas sim à proteção da atuação dos cidadãos na sociedade, supostamente impedida por uma condição física desfavorável.

Ministério Público

O Ministério Público – MP, apesar de não ser parte nos processos, tem papel fundamental na fiscalização de direitos. O MP, quando chamado a opinar, reafirma a garantia do direito à vida perante a gravidade da doença, ou seja, seguindo o padrão, se posicionando, de maneira reiterada, pela priorização do acesso à saúde dos pacientes em piores condições, na terminalidade da vida: “Prosseguindo nessa omissão, o Hospital Universitário de Brasília - HUB estará dispondo da vida do Impetrante, já que constatada a gravidade da doença e necessidade do tratamento” (Caso 1, Fls. 45).

Para o MP, a argumentação dos réus levanta predominantemente questões administrativas e processuais, e em momento algum refuta o fato de que os autores comprovam seu grave estado de saúde e a necessidade do tratamento médico. Assim, para essa instituição, sobressai a necessidade de tratamento em vista de uma doença e a obrigação do Estado de garantir o direito à saúde, condições suficientes para verificar a existência do direito.

O MP insere na discussão o direito de igualdade. Considerando que os pacientes sejam pobres e incapazes de obter medicamentos por conta própria, é dever do Estado assegurar-lhes tratamento desigual a fim de impedir que os menos favorecidos tenham seu direito à vida ameaçado, no sentido de dar oportunidades iguais aos diferentes. Esse componente de classes não foi levantado por nenhum outro ator

considerado neste trabalho, o que reafirma o caráter do MP de proteção aos direitos e políticas sociais a partir da Constituição Federal de 1988.

Conclusão

Inicialmente, parece predominar no debate brasileiro da judicialização em saúde a concepção das capacidades e dignidade presentes na concepção de saúde de Nussbaum (2006), na qual, o mínimo necessário a cada um é individual, devido à diversidade de doenças e necessidades. Ainda segundo essa autora, a resposta a essas pessoas que estão fora da política, que deve ser razoável e transparente, seria judicializar suas demandas. No entanto, essa idéia logo esbarra em limites concretos: quem deve ser protegido? E até quando? Ou quanto? É nesse contexto que o Estado, representado pelos entes federados nos processos, em sua argumentação de defesa, destaca o papel da discussão orçamentária e administrativa, que corrobora a idéia de Daniels (2008) sobre a importância de se priorizar racionalmente necessidades em saúde, diante da escassez de recursos e infinidade de demandas. O próprio conceito de reserva do possível nasce em decorrência da realidade, da experiência concreta no desenho de políticas públicas.

Nos processos judiciais estudados, todos os atores admitiram ser dever do Estado assegurar o direito à saúde, que em momento algum foi negado, especialmente em se tratando de casos graves. A situação de terminalidade pareceu reforçar a urgência e importância da concessão desse direito. No entanto, não foi encontrada nas defesas referência à questão dos critérios explícitos na seleção de qual caso será considerado, uma vez que predominam argumentos calcados apenas em aspectos administrativos, como a questão orçamentária, em detrimento da consideração a critérios de transparência que devem nortear o desenho da política de saúde.

O próprio aumento da judicialização da política de saúde pode significar que o desenho da política brasileira de saúde não tem se dado de maneira transparente o suficiente, uma vez que casos controversos que chegam ao Judiciário podem ser aqueles que nascem em consequência da falta de clareza explícita na legislação ou provenientes de leis injustas. Além disso, o crescente fenômeno da judicialização é responsável, em certa medida, por trazer à superfície o posicionamento do Estado, contribuindo para a explicitação do debate e transparência das políticas públicas, além de proporcionar às minorias e classes sociais desfavorecidas uma instância legítima de reivindicação de direitos. Seguindo nessa linha, existe uma relação entre judicialização e falta de critérios transparentes, uma vez que as pessoas podem estar recorrendo à via judicial por se sentirem lesadas por uma política que desconhecem. Entretanto, por ser um tema relativamente novo nos debates acadêmicos, essa relação precisa ser melhor estudada, uma vez que outros fatores podem também estar determinantemente envolvidos nesse aumento de pleitos, como a recente implementação e concretização das Defensorias Públicas no Brasil, por exemplo.

Este artigo conclui que a publicidade e a transparência que se deva dar no estabelecimento de critérios das prioridades em saúde é determinante para a legitimidade das decisões, já que o debate sobre a racionalização da política de saúde brasileira, a partir de casos específicos de judicialização de medicamentos, pareceu tender à idéia de manutenção das oportunidades. Em regra, os governos não querem se envolver e assumir pública e explicitamente questões como limites de recursos, necessidade de definição de prioridades e, conseqüentemente, de racionalizar a assistência em saúde. É o que parece acontecer no Brasil, apesar do preceito da universalidade do sistema.

Estudos mais abrangentes e aprofundados devem ser realizados a fim de elucidar melhor os conceitos envolvidos, uma vez que são recentes. Especialmente o fenômeno da judicialização da política pública de concessão de medicamentos carece de maior aprofundamento, já que os dados sobre o precário acesso a medicamentos no Brasil, principalmente pela população pobre, parecem não condizer com afirmações de que a judicialização é elitizada ou que signifique ameaça à política de saúde.

Abstract: This article deals with the judicialization of medications as a means of access to the right to health, by analyzing two lawsuits involving terminally ill patients. The paper considers the voices of all actors involved in the case - judges, authors, defendants and public prosecutors - and describes the arguments backing their positions. For the debate on the guarantee of the right to healthcare as it applied in these lawsuits, the analysis draws on Martha Nussbaum's ideas of capacity and dignity and Norman Daniels's idea of opportunities. The need to protect the access to healthcare is a consensus, but the arguments raised by the defendants emphasized administrative issues, revealing a utilitarian tendency. The paper concludes that the Brazilian debate tends toward the maintainance of opportunities, so publicity and transparency in health policies are determinant for the decisions based on them to be considered as legitimate and fair, and may also influence the rate of complaints that the Judiciary receives.

Keywords: Judicialization; medication policies; health policies; right to health.

Referências

ARAÚJO, Laís Zaú Serpa de et al. Cuidador principal de paciente oncológico fora de possibilidade de cura, repercussões deste encargo. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Brasília, v. 62, n. 1, p.32-37, jan./ fev. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Mimeo. 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 62*, de 11 de março de 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relação nacional de medicamentos essenciais*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 3916*, de 30 de Outubro de 1998.

CHAVES, Adriano Aparecido Bezerra; MASSAROLLO, Maria Cristina Komatsu Braga. Percepção de enfermeiros sobre dilemas éticos relacionados a pacientes terminais em Unidades de Terapia Intensiva. *Revista da Escola de Enfermagem – USP*, São Paulo, v. 43, n. 1, p.30-36, mar. 2009.

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

DANIELS, Norman; SABIN, James E. *Can we learn to share medical resources? Setting limits fairly*. Oxford: Oxford University Press. 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005

LOYOLA, Maria Andréa. Medicamentos e saúde pública em tempos de AIDS: metamorfoses de uma política dependente. *Ciência & Saúde Coletiva*, 13 (Supl), p. 763-778, 2008.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n.1, p. 101-107, 2007.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEINERS, Constance. Patentes farmacêuticas e saúde pública: desafios à política brasileira de acesso ao tratamento anti-retroviral. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n.7, p. 1467-1478, jul. 2008.

MESSENDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n.2, p. 525-534, mar./ abr. 2005.

NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusion*. Espanha: Paidós, 2006.

QUINTANA, Alberto Manuel et al. Sentimentos e percepções da equipe de saúde frente ao paciente terminal. *Paidéia*, Ribeirão Preto, v. 16, n. 35, p.415-425, set./ dez. 2006.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SCHEFFER, Mário. *Análise Quantitativa das Decisões Judiciais sobre Medicamentos Para Tratamento do HIV/AIDS*. Mimeo. 2008.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Mandado de Segurança - DF (2002.34.00.026991-3). Brasília, 2002.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento - PI (2008.01.00.035238-0). Brasília, 2008.

VIEIRA, Fabíola S.; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v.41, n.2, p. 214-222, 2007.

