Constitucionalismo simbólico e judicialização da saúde: caminhos da assistência à saúde no Brasil

Symbolic constitutionalism and judicialization of health: paths of health care in Brazil

Constitucionalismo simbólico y judicialización de la salud: caminos de la atención a la salud en Brasil

José Maria dos Santos Coelho Júnior[1]
Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro[2]

Resumo

A constituição brasileira de 1988 buscou garantir o acesso a direitos sociais, entretanto, seu simbolismo, caracterizado pelo atendimento às demandas da sociedade na década de 1980, pós-ditadura militar, tem gerado como produto, a crescente judicialização em busca da efetivação destes direitos constitucionalmente previstos, entre eles o da saúde. Objetivo: relacionar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil com a construção de uma constituição influenciada pelo constitucionalismo simbólico e responder à seguinte questão-problema: Qual a conexão entre o modelo constitucional brasileiro de 1988 e o fenômeno de judicialização da saúde no Brasil? A hipótese é de que o modelo de construção simbólica da constituição brasileira de 1988 mantém estreita relação com o atual cenário de judicialização na área da saúde. Metodologia: Trata-se de pesquisa sistemática, descritiva e histórica que versa sobre o tema e traça um paralelo com o conceito de Constitucionalismo simbólico de Marcelo Neves. Resultados: O resgate histórico da assistência à saúde no Brasil e do processo de constitucionalização do direito à saúde permite o entendimento da atual situação da busca por esta garantia do direito por vias judiciais, uma vez que é possível constatar que não houve preocupação com a efetividade da norma, no momento de sua formulação. Conclusão: o estudo demonstra a correlação intrínseca entre a crescente demanda judicial no campo da saúde e a constitucionalização do direito à saúde como dever do estado na constituição brasileira de 1988, decorrente de, à época, atender necessidades agudas da população.

Palavras-chave: Constituição. Simbolismo. Judicialização da Saúde. Assistência à saúde.

[1] Discente do 10º semestre do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.
[2] Orientadora. Doutora em Desenvolvimento Socioambiental (PPGDSTU/NAEA/UFPA) - Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.

Abstract

The Brazilian Constitution of 1988 sought to guarantee access to social rights, however, its symbolism, characterized by meeting the demands of society in the 1980s, after the military dictatorship, has generated as a product, the growing judicialization in search of the realization of these constitutionally provided rights, including health. Objective: to relate the phenomenon of judicialization of health in Brazil with the construction of a constitution influenced by symbolic constitutionalism and to answer the following question-problem: What is the connection between the Brazilian constitutional model of 1988 and the phenomenon of judicialization of health in Brazil? The hypothesis is that the model of symbolic construction of the Brazilian Constitution of 1988 maintains a close relationship with the current scenario of judicialization in the area of health. Methodology: This is a systematic, descriptive and historical research that deals with the theme and draws a parallel with the concept of symbolic constitutionalism by Marcelo Neves. Results: The historical review of health care in Brazil and the process of constitutionalization of the right to health allows the understanding of the current situation of the search for this guarantee of the right through the courts, since it is possible to verify that there was no concern with the effectiveness of the norm at the time of its formulation. Conclusion: the study demonstrates the intrinsic correlation between the growing judicial demand in the field of health and the constitutionalization of the right to health as a duty of the state in the Brazilian Constitution of 1988, resulting from, at the time, meeting the acute needs of the population.
Keywords: Constitution. Symbolism. Judicialization of Health. Health care.

Resumen

La Constitución brasileña de 1988 buscó garantizar el acceso a los derechos sociales, sin embargo, su simbolismo, caracterizado por atender las demandas de la sociedad en la década de 1980, después de la dictadura militar, ha generado como producto, la creciente judicialización en busca de la realización de estos derechos constitucionalmente previstos, incluida la salud. Objetivo: relacionar el fenómeno de la judicialización de la salud en Brasil con la construcción de una constitución influenciada por el constitucionalismo simbólico y responder a la siguiente pregunta-problema: ¿Cuál es la conexión entre el modelo constitucional brasileño de 1988 y el fenómeno de la judicialización de la salud en Brasil? La hipótesis es que el modelo de construcción simbólica de la Constitución brasileña de 1988 mantiene una estrecha relación con el escenario actual de judicialización en el área

de la salud. Metodología: Se trata de una investigación sistemática, descriptiva e histórica que aborda el tema y establece un paralelismo con el concepto de constitucionalismo simbólico de Marcelo Neves. Resultados: La revisión histórica de la atención a la salud en Brasil y el proceso de constitucionalización del derecho a la salud permite comprender la situación actual de la búsqueda de esta garantía del derecho a través de los tribunales, ya que es posible verificar que no existía preocupación por la efectividad de la norma en el momento de su formulación. Conclusión: el estudio demuestra la correlación intrínseca entre la creciente demanda judicial en el campo de la salud y la constitucionalización del derecho a la salud como un deber del Estado en la Constitución brasileña de 1988, resultante, en su momento, de la satisfacción de las necesidades agudas de la población.
Palabras clave: Constitución. Simbolismo. Judicialización de la Salud. Atención médica.

INTRODUÇÃO

O movimento da Reforma Sanitária Brasileira (MSRB) é fruto da ação política de distintos sujeitos sociais, sejam individuais ou coletivos, tais como entidades, associações, partidos ou outras formas de organização social, que convergiram e divergiram em diversos momentos, seja na análise da conjuntura em que atuavam e na maneira como interpretam o processo de reforma, seja na definição dos objetivos e das estratégias a serem adotadas (1).

Este fenômeno tem seu ponto de partida na década de 1970 e seu ápice na VIII Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em Brasília-DF e contou com cinco dias de debates, mais de quatro mil participantes, 135 grupos de trabalho e objetivos muito claros: contribuir para a formulação de um novo sistema de saúde e subsidiar as discussões sobre o setor, que terminaram por serem elencados entre os artigos 196 a 200 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste sentido, especialmente no que se refere ao Art. 196 da Constituição Federal de 1988, o papel do estado passa a ser fundamental na garantia deste direito, sem que antes houvesse um preparo estatal para passar a ter tal responsabilidade. Uma vez que, diferente de outros direitos que tem o caráter de ideal de sociedade, ainda a ser buscado a partir da constituição, o direito à saúde, da forma em que está expresso no texto constitucional, a partir de sua promulgação, permitiu o incremento da judicialização da saúde.

Pois, embora o constitucionalismo global já acumule quase duas décadas de debate e tenha ocupado uma porção significativa da teoria constitucional desde os anos 2000, são tímidas as tentativas de observar o que esta evolução do sistema jurídico

significa desde o ponto de vista das periferias da sociedade mundial, regiões nas quais o constitucionalismo, atravessado por desigualdades e relações de subintegração e sobreintegração, caracteriza-se por um modo específico de reprodução, a "constitucionalização simbólica" (2).

Entretanto, são incipientes as investidas na observação do que tem se passado nas periferias da sociedade mundial, o que implicaria levar em consideração padrões específicos de reprodução social. Ocorre que o modo como se deu a neoconstitucionalização nos países periféricos não foi de modo idêntico (3).

Sendo assim, a experiência constitucional no Brasil sob a vigência da Constituição de 1988 ampliou o grau de participação popular nas deliberações estatais e viabilizou a redução da exclusão que ainda existe no país, entretanto, a Constituição de 1988, diante dos limites da experiência democrática, num país cuja estrutura social é tão excludente segue distribuindo de modo tão desigual o acesso a direitos e o cumprimento de deveres (4).

Por conseguinte, considerando o ano de distribuição dos processos, verifica-se que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas anuais de primeira instância (Justiça Estadual) relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017. Para o mesmo período, os relatórios "Justiça em Números" do CNJ apontam um crescimento de 50% no número total de processos em primeira instância. Os principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância são: "Plano de Saúde", "Seguro" e "Saúde", seguidos de "Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos". Nota-se, em particular, uma participação muito elevada dos assuntos "Plano de Saúde" e "Seguro", revelando a relevância da litigância judicial na esfera da saúde suplementar, assunto ainda pouco investigado na literatura sobre o tema (5).

O fenômeno da judicialização tem gerado efeitos em todos os entes federativos, considerando que o número de ações judiciais sobre o tema obteve um crescimento relevante. Nesta linha. Dddos ados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam que em 2016 o número de ações judiciais sobre o tema ascendia a de um milhão e trezentos mil processos (6).

As estimativas do Relatório da Judicialização da Saúde no Brasil em pesquisa realizada em Tribunais das 5 Regiões da Federação, durante os anos de 2012-2013, apontam que mais de 70% dos recursos judiciais foram interpostos pelos Estados. O que significa dizer que a demanda em juízo inicial foi julgada procedente aos requerentes por acesso a bens e serviços de saúde. (7)

Este crescimento, implica diretamente no dispêndio dos entes públicos para o cumprimento das decisões judiciais determinando o fornecimento de medicamentos de alto custo, por exemplo (8).

Assim, a presente pesquisa pretendeu responder à seguinte questão-problema: Qual a causa da conexão entre o modelo constitucional brasileiro de 1988 e o fenômeno de judicialização da saúde no Brasil?

A hipótese do estudo foi de que o modelo de construção simbólica da constituição brasileira de 1988 mantém estreita relação com o atual cenário de judicialização de ações na área da saúde.

A pesquisa teve como objetivo geral, relacionar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil com a construção de uma constituição influenciada pelo constitucionalismo simbólico.

Especificamente, pretendeu-se: a) Apresentar o histórico da assistência sanitária brasileira até a criação do Sistema Único de Saúde - SUS; b) Explicar a garantia constitucional do direito à saúde como fruto de um constitucionalismo simbólico; e c) Descrever o cenário da judicialização da saúde como consequência do simbolismo constitucional brasileiro.

Da reforma sanitária ao Sistema Único de Saúde - SUS

A partir do final da década de 1970, a crise econômica internacional proveniente do aumento do preço do petróleo, iniciado em 1974, atingiu fortemente o Brasil. Embora o governo continuasse, sustentando diversas iniciativas de investimento, por algum tempo, terminava o ciclo de forte crescimento econômico, isto favoreceria a ampliação das tensões sociais e o surgimento de diversas formas de mobilização popular em busca de transformações políticas e mudanças na realidade social. Esta mistura de culturas e diferentes anseios daria origem aos primeiros movimentos pelas reformas no campo da saúde (9).

No que se refere propriamente ao sistema público de saúde, o país vivia sob a duplicidade de um sistema dividido entre a medicina previdenciária e a saúde pública. O primeiro setor tinha ações voltadas à saúde individual dos trabalhadores formais e dirigia-se principalmente para as zonas urbanas, estando na responsabilidade dos institutos de pensão. A saúde pública, sob a égide do Ministério da Saúde (MS), estava voltada principalmente às zonas rurais e aos setores mais carentes da população, e tinha como alvo, majoritariamente, atividades de caráter profilático (9).

O mais importante neste contexto é que o benefício era ligado ao contrato de trabalho formal, tendo as características de seguro e não de direito de cidadania. Portanto, reveste-se do caráter meritocrático vinculado à inserção no mercado de trabalho, cujas diferenciações reproduz. Além disso, a política de saúde brasileira apresentava diferenciação funcional e institucional: ao Ministério da Saúde cabiam as ações de caráter coletivo e algumas de assistência básica, e à Previdência Social, a saúde curativa restrita aos segurados (10).

Notam-se na Constituição as visões antagônicas desses dois grupos de atores. Na época, suas posições eram simplificadas em dois termos: a estatizante, que era a perspectiva de vanguarda, daqueles que desejavam a reforma da saúde, uma reforma no sentido de garantir o direito à saúde como obrigação a ser provida pelo Estado; e a privatizante, que representava os interesses e pensamentos surgidos na trajetória da política de saúde como efeito de retorno positivo das próprias decisões governamentais do passado (10).

A reforma sanitária no Brasil ficou conhecida como o projeto e a trajetória de constituição e reformulação de um campo de saber, uma estratégia política e um complexo processo de transformação institucional. Surgindo como parte da luta pela democracia, a reforma sanitária já ultrapassa três décadas, tendo alcançado a tutela constitucional do direito universal à saúde e a operacionalização institucional do Sistema Único de Saúde (SUS), inclusive como principal bandeira a ser defendida como melhor alternativa aos que são desprovidos de qualquer assistência (11).

> É bom lembrar que a reforma sanitária vem desse movimento de diferentes atores na sociedade: a categoria médica, as associações médicas, o movimento popular em saúde, os partidos de esquerda, então na clandestinidade, o apoio da Igreja por meio das comunidades eclesiásticas de base e vários parlamentares, que passam a ter significativa atuação no Congresso. Esse movimento, portanto, conseguiu colocar em pauta uma proposta bem definida e clara de reforma da saúde (10).

A reforma sanitária, estabelecida na constituição, foi pensada visando à criação do SUS, foi de fato uma quebra com todos os princípios que direcionavam a política de saúde brasileira até então. Assim, “podemos falar de fato em reordenamento ideológico e institucional. Ideológico devido aos princípios fundantes da política de saúde, que são completamente alterados, e institucional em função da criação do sistema único” (10).

> Este ambiente de críticas, do qual o movimento sanitário brasileiro seria expressão viva, corresponderia, por outro lado, à crescente popularidade das abordagens ditas integrais e das experiências de medicina simplificada empreendidas em países em desenvolvimento, entre as quais aquela que

> envolveu a utilização dos Médicos de Pés Descalços na República Popular da China. Todo esse trânsito culminou, em termos internacionais, no estabelecimento, em 1977, da meta de “Saúde para todos no ano 2000” e, no ano seguinte, durante a Conferência de Alma-Ata, na proposição da atenção primária como a estratégia central para alcançá-la (9).

Nesse contexto, a grande mobilização da sociedade pela reforma do sistema de saúde teve como marco a oitava Conferência Nacional de Saúde (CNS), realizada em Brasília em 1986. Nas assembleias e discussões foram aprovadas as principais demandas do movimento sanitarista: Setor público de saúde forte e efetivo, a cobertura universal aos cidadãos brasileiros e um sistema único integral entre a medicina previdenciária e a saúde pública. Nos debates, havia a presença de quase cinco mil participantes, indicados por instituições de diversos setores da saúde e organizações da sociedade civil. Entre os principais temas da Conferência estavam o dever do Estado e direito do cidadão no tocante à saúde; a reformulação do sistema nacional de saúde; e o financiamento do setor. Temas específicos, como a hierarquização dos cuidados médicos segundo sua complexidade e especialização, e a participação popular nos serviços de saúde também foram amplamente discutidos. Todos estes temas acabaram sendo absorvidos pela Constituição e posteriormente compuseram a Lei de nº 8080/90 como princípios doutrinários do SUS (12).

Sob o ponto de vista da reforma sanitária como um fato histórico, em sua dimensão simbólica, essa leitura choca-se com aquelas que, no limite, a compreendem como um marco circunscrito na trajetória da saúde pública brasileira. Segundo esta última perspectiva, a reforma, quase de forma mítica, seria o divisor de águas que, pela sua força, engendraria novo capítulo na história das políticas sociais no país.

Portanto, percebe-se que desde o início da década de 1970, houve uma onda de mudanças de pensamento, influenciada pelas experiências positivas de outros países que demonstraram a necessidade pungente de fazer assistência à saúde sob uma nova ótica, de lógica preventiva e que deveria ser encabeçada pela atenção primária e pelo estabelecimento de um sistema integral e hierarquizado. Entretanto, apesar da constitucionalização dos anseios, a sua operacionalização não recebeu especial atenção dos legisladores, denotando seu caráter meramente simbólico a ser explicado no capítulo a seguir.

O Constitucionalismo simbólico

Quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a ‘separação’ de poderes e a eleição democrática – não encontram

ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, nem na conduta e nas expectativas da população, ocorre o que Marcelo Neves nomeia de constitucionalismo simbólico (3).

Embora defina a Constituição como um acoplamento estrutural entre dois sistemas autônomos, o Direito e a Política, Neves afirma que no simbolismo constitucional há uma sobreposição do sistema político ao jurídico, valendo-se o governo ou Estado de um artifício ideológico de construção de uma imagem pública de identificação com os valores constitucionais, apesar de uma mínima concretização das normas constitucionais (13).

Afirma que a legislação simbólica "aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental" (3).

A respeito do assunto, Almeida e Aguado (14) apontam que:

> Não se pode negar a ímpar inovação dos textos constitucionais do chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Entretanto, não há relação normativa consistente entre ele e as atividades de concretização. Existem barreiras que impedem a sua concreção na busca de sua realização. A sua irrealização, com o tempo, pode deformar seu conteúdo, arrastando-o para um novo círculo vicioso e histórico entre instrumentalismo e simbolismo constitucional.

Então propõe um modelo tricotômico para a tipologia da legislação simbólica, estabelecendo que o seu conteúdo pode ser: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios (14).

Para esta análise, é importante o modelo da "confirmação de valores sociais", uma vez que nesse sentido, o legislador ou assembleia constituinte, assume uma posição em relação a determinados conflitos sociais, e ao consagrar um correto posicionamento, para o grupo que tem sua posição baseada na lei, essa vitória legislativa se caracteriza como superioridade da concepção valorativa, sendo secundária a eficácia normativa da lei. Assim, o grupo prestigiado procura influenciar atividade legiferante, fazendo prevalecer os seus valores contra os do grupo adversário. A legislação é um símbolo de *status*. A vitória legislativa funciona simbolicamente a um só tempo como "ato de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores", sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais (15).

Neste sentido, na constituição simbólica, ocorre uma predominância do discurso conotativo (significado latente) sobre o denotativo. Ou seja, o simbolismo na atividade constituinte funcionaria como álibi para legisladores constitucionais e governantes, que procuram positivar normas em resposta aos anseios da sociedade para então pensar a

exequibilidade destas normas. Tais situações tem efeitos diretos sobre a autonomia do sistema jurídico por não concretizar direitos fundamentais constitucionalmente previstos (16).

Sendo assim, Neves (3) afirma ainda que:

> ... no caso da constitucionalização simbólica, à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional. Assim como já afirmamos em relação à legislação simbólica, o elemento de distinção é também a hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais.

Com efeito, uma das consequências mais perversas da constitucionalização simbólica consiste, precisamente, no fato de que o sistema jurídico se torna, simultaneamente, cúmplice e refém das relações sociais que deveriam, em vez disso, ser por ele reguladas (17).

Portanto, pelo que expõe Neves, fica evidente o quanto o sistema judiciário brasileiro é afetado em decorrência do ativismo legislativo ocorrido na construção do que, à época, ficou conhecida como a Constituição cidadã, que, visando atender anseios de uma sociedade tolhida de direitos sociais por duas décadas, acaba por ratificar estes direitos na carta magna, mas sem a garantia de sua efetivação. Tal enredo acarretou, e ainda acarreta, consequências como a da busca da efetivação do direito à saúde constitucionalmente previsto, entretanto não atendido na sua totalidade, conforme será debatido no capítulo seguinte.

O Simbolismo constitucional e a Judicialização da Saúde no Brasil

A compreensão da disparidade entre as promessas e objetivos estabelecidos pelo texto da Constituição Federal de 1988 e seu grau de concretização implica entender as circunstâncias em que a Carta foi elaborada (13).

Apesar dos esforços, a estrutura institucional política e administrativa brasileira tem se mostrado incapaz de propiciar os meios necessários à concretização das promessas constitucionais.

Em relação à eficácia das normas constitucionais, pode-se classificá-las, conforme proposto por José Afonso da Silva, em: normas de eficácia plena, aptas a produzir efeitos desde sua entrada em vigor; normas de eficácia contida, que, embora produzam efeitos imediatos, deixam margem à atuação restritiva do legislador, que pode fixar-lhes limites; normas de eficácia limitada, as quais dependem de normatividade ulterior para que possam

incidir sobre determinada matéria e subdividem-se em normas de princípio institutivo, que dispõem sobre o início de um órgão, entidade ou instituição, deixando sua criação, formação ou estruturação a cargo de lei posterior; e normas de princípio programático, ou normas programáticas, que não regulamentam diretamente determinada matéria, mas apenas estabelecem preceitos e objetivos a serem alcançados pelo Estado (13)

Os direitos sociais, especialmente no que diz respeito a saúde e educação correspondem as garantias determinantes para o desenvolvimento. Desta forma, diante da inércia dos poderes legislativo e executivo, é apresentado o judiciário como última forma de satisfação (18).

É principalmente nas áreas da saúde e da educação que atualmente se concentra a maior parte dos litígios judiciais entre, de um lado, pessoas que buscam as condições mínimas necessárias à sobrevivência e a uma vida digna e, de outro lado, o Estado, que se nega a atender tais reivindicações mediante a alegação de insuficiência de recursos (13).

Embora não haja dúvida quanto à responsabilidade do Estado em prover as condições fáticas necessárias à satisfação dos direitos enunciados por normas constitucionais programáticas, é certo que a consecução dessa tarefa sofre com as restrições orçamentárias, em grande parte devidas a fatores que incluem má gestão de recursos financeiros e corrupção (13).

Os sistemas político-administrativo e o jurídico quando acoplados, adquirem um novo sentido que é materializado pela aquisição evolutiva da sociedade moderna, a constituição. Entretanto a função deste acoplamento estrutural é provocar irritação neste conjunto de tal modo que, tendo em vista a complexidade que se acentua na relação entre estes dois sistemas, a complexidade do direito causa desordem político-administrativa à medida em que a complexidade político-administrativa gera desordem para o direito (16).

Tal situação, tem gerado cada vez mais casos de judicialização do direito à saúde, uma vez que no constitucionalismo simbólico, o discurso conotativo é mais forte que o denotativo, pois derivou do atendimento a necessidades sociais latentes à época, resultando em efeitos deletérios ao sistema jurídico.

Como consequência, mais de 520 mil processos judiciais referentes à saúde tramitam na justiça brasileira. Até meados de 2022, mais de 90 mil ações sobre saúde coletiva já e mais de 50 mil a respeito de saúde suplementar já foram ingressadas. As demandas são, em sua maioria, sobre fornecimento de medicamentos, leitos e tratamento médico-hospitalar, além de reajuste contratual (19).

A judicialização no campo da saúde, gerou impactos positivos e negativos. Entre os pontos positivos, o fomento à formulação e à revisão de políticas públicas e a inclusão da saúde na agenda política e entre os pontos negativos, a desorganização do SUS e das finanças públicas, além da ampliação das desigualdades em saúde (20).

Vale ressaltar que em 2016, o congresso promulgou emenda à constituição nº 55/2016, estas decisões sobre a política fiscal foram tomadas no âmbito da União e impactaram negativamente direitos sociais, como a implantação do teto de gastos para as despesas primárias, o congelamento das aplicações mínimas em saúde e educação, a ausência de limitação das despesas financeiras e a ampliação do gasto tributário (21).

Em decorrência, os gestores em saúde argumentam sob a lógica da reserva do possível, não ser possível o atendimento das demandas, uma vez que encontram limitações legais em relação ao orçamento. Já é reconhecido que atendimento a direitos sociais, entre eles o da saúde, sofrem limitações em três dimensões: i) reserva do faticamente possível: a satisfação da demanda precisa ser viável; ii) reserva do juridicamente possível: a demanda precisa ser juridicamente possível; e iii) reserva do financeiramente possível: o atendimento à demanda fica limitado à capacidade financeira do Estado.

Especificamente em relação à Reserva do faticamente possível, principal argumento utilizado nas defesas dos estados para não ter que cumprir as decisões judiciais favoráveis aos demandantes, Gloeckner (22) aduz que:

> A limitação jurídica reside na capacidade de o Estado, mesmo possuindo meios financeiros, poder dispor dos recursos existentes. Desse modo, o ente público, além de possuir a capacidade material (limite fático) deverá ter a possibilidade jurídica de disposição desses bens. Isso significa que o gasto com o direito prestacional deverá estar previsto no orçamento público anual. Neste caso, mesmo tendo a Administração Pública possibilidade financeira de prestar o direito, se o gasto não estiver previsto em Lei Orçamentária, não poderá dispor daquele valor.

Sendo assim, deve haver razoabilidade e equilíbrio entre o que está sendo pleiteado e a capacidade financeira e jurídica de o estado atender o pedido, que muitas vezes são tratamentos alternativos ou experimentais com medicamentos de alto custo que ainda nem foram formalmente introduzidos no país.

Neste sentido, Ferraz (23) comenta que:

> A jurisprudência atual do “direito a tudo” praticamente ignora as listas, os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas. Estudo recente e pioneiro do Insper e CNJ analisou o texto de quase 170 mil decisões judiciais em diferentes estados do Brasil para verificar se havia menção à Comissão

> Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, à Relação Nacional de Medicamentos, às Relações de Medicamentos Municipais, à Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde e aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, todos estes termos relacionados ao processo de incorporação de novas tecnologias no SUS. Em algumas regiões a resultado foi 0%. O percentual mais alto não chegou a 9%, demonstrando grande desconhecimento ou desinteresse nas decisões judiciais sobre as políticas públicas de saúde.

Entretanto, por haver a previsão na constituição do simbolismo do dever do estado, a judicialização termina por ser a via escolhida para a efetivação do direito à saúde e por falta de balizamento dos tribunais superiores, os juízes *a quo* permanecem, em sua maioria, com decisões que favorecem o individual em detrimento do coletivo.

CONCLUSÃO

Neste estudo, constatou-se que a assistência à saúde no Brasil ao longo do século XX foi marcada pelo dualismo entre assistência preventiva e curativa, tendo a primeira ganhado protagonismo nas derradeiras décadas, sendo o cerne do movimento da reforma sanitária que elevou o direito social à saúde ao patamar de universal garantido constitucionalmente.

Entretanto, esta constitucionalização é marcada pelo simbolismo, ou seja, ocorreu em decorrência de atendimento às demandas sociais do momento e não porque o estado já estaria preparado para a sua operacionalização.

Como consequência, por constar apenas no texto constitucional, mas não efetivado nos rincões do país, gerou diversas demandas judiciais, denotando a fragilidade da norma, repassando uma responsabilidade que era do legislativo ao poder judiciário, que precisa decidir cotidianamente sobre ações na área da saúde que caberiam ao executivo garantir.

Dito isto, entende-se que o objetivo foi alcançado e a hipótese inicial foi confirmada, uma vez que ficou evidenciado que o crescente fenômeno da judicialização da saúde no Brasil mante estreita conexão com o simbolismo da constituição brasileira de 1988.

Entende-se que mais estudos são necessários, com vistas ao esclarecimento do fenômeno da judicialização, uma vez que o acesso aos serviços de saúde, como previsto tanto na constituição quanto na Lei 8080/90 precisa ser efetivado, sem a necessidade de que se recorra ao judiciário.

Para além disso, importante ressaltar que o acesso à saúde ao passar pelo acesso inicial à justiça por si só já demonstra uma segregação, uma vez que este é, muitas vezes, mais difícil que aquele, denotando mais uma exclusão daqueles que, de fato, necessitam e muitas vezes sendo mais uma garantia de privilégios a uma determinada classe social do que de assistência à saúde.

REFERÊNCIAS

1- TEIXEIRA, F C; VIRGENS, J H A. Reforma Sanitária Brasileira: uma revisão sobre os sujeitos políticos e as estratégias de ação. Saúde debate. Rio de Janeiro, v. 46, n. 133, p. 534-550, abr-jun 2022.

2- NEVES, M. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

3- DANTAS, M E B. O constitucionalismo como significante vazio na periferia da sociedade mundial: o que a categoria “terrorismo de estado” pode dizer sobre o constitucionalismo global? ATÂTÔT, Anápolis, v. 1, n. 2, p.54-81, jul./dez., 2020.

4- CARVALHO, A D Z de, Marcelo Neves. Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tempo Social, revista de sociologia da USP. São Paulo. v. 32, n. 1, 2018 (Resenha)

5- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). Justiça pesquisa. Brasília (DF), 2019.

6- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). Justiça em números 2017: ano-base 2016. Brasília (DF), 2017.

7- RIBEIRO, K D. VIDAL, J P. Uma análise da produção acadêmica sobre a evolução do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, 7(2):239-261, abr./jun, 2018.

8- LEITE, I C; BASTOS, P R H O. Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários. Argumento, Vitória, v. 10, n. 1, p. 102-117, jan./abr. 2018.

9- PAIVA, C H A; TEIXEIRA, L A. Reforma Sanitária e a criação do sistema único de saúde: notas sobre contextos e autores. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.20, n.2, abr.-jun. 2013, p.653-6

10- MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. História da reforma sanitária brasileira e do Sistema Único de Saúde: mudanças, continuidades e a agenda atual. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.21, n.1, jan.-mar. 2014, p.77-92.

11- FLEURY, S. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. Revista Ciência e Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 2009.

12- PAIM, J S. Uma análise sobre o processo da reforma sanitária brasileira. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 27-37, jan./abr. 2009.

13- CAMPOS, W O. Direitos fundamentais e a efetividade das normas constitucionais: o declínio da força simbólica da constituição brasileira de 1988. Revista Jurídica da OAPEC Ensino Superior. Santa Cruz do Rio Pardo- SP, 2018.

14- ALMEIDA, A; AGUADO, J C. O novo constitucionalismo latino-americano: possibilidades de uma constitucionalização simbólica. In: 1º Simpósio sobre constitucionalismo, democracia e estado de direito. Disponível em: . Acesso em: 07de nov. 2023.

15- LENZA, P. Direito Constitucional esquematizado. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

16- RIBEIRO, K D. Galáxia de distinções: A complexidade da judicialização da saúde nos tribunais. Curitiba: CRV, 2021.

17- DANTAS, M E B. Constitucionalismo periférico e teoria dos sistemas sociais: por uma interpretação pós-colonial da tese de constitucionalização simbólica. Dissertação (Mestrado em ciência política). Programa de pós-graduação em Ciência Política, Universidade de Brasília. Brasília, 2016.

18- BERARDI, J P doS; SANTOS, R C N dos. Constitucionalização Simbólica e a Judicialização dos direitos à saúde e educação. Trabalho de Conclusão de Curso Bacharel em Direito – Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná, Pitanga, 2019.

19- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). In: https://www.cnj.jus.br/dados-processuais-de-saude-podem-ser-monitorados-em-painel-do-cnj/. Acessado em 13 de abril de 2023.

20- VIEIRA, F S. Judicialização e direito à saúde no Brasil: uma trajetória de encontros e desencontros. Revista de Saúde Pública. São Paulo, 2023.

21- Vieira FS, Piola SF, Benevides RPS. Vinculação orçamentária do gasto em saúde no Brasil: resultados e argumentos a seu favor. Rio de Janeiro: Ipea; 2019 [citado 15 jan 2022]. (Texto para Discussão; nº 2516). Disponível em: https://bit.ly/2JO4lUp

22- GLOECKNER, J L. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. Revista de Direito administrativo e constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2003.