

Judiciary and strategies to ensure the right to health in Brazil and Portugal

Judiciário e estratégias de efetivação do direito à saúde no Brasil e em Portugal *

**

Fecha de recepción: 28 de agosto de 2012
 Fecha de revisión: 09 de septiembre de 2012
 Fecha de aceptación: 16 de septiembre de 2012

*Felipe Asensi ****

ABSTRACT

The aim of this work is to establish the strategies and ways to ensure the right to health, as well as reflect on the limits and possibilities of implementation of state and non-state mechanisms for its recognition in Brazil and Portugal. To this end, it was carried out a qualitative and quantitative research, in order to discuss -comparatively- existing challenges to guarantee the right to health through judiciary. The results show that the complexity of the choice of state or non-state mechanism is closely related to the legal culture of citizens, and a series of political and economic factors that emerge from the set of opportunities in each environment.

RESUMO

O objetivo do trabalho consiste em discutir as estratégias e formas de efetivação da saúde como direito, de modo a refletir sobre os limites e possibilidades de utilização de mecanismos estatais e não-estatais para sua reivindicação no Brasil e em Portugal. Para tal, foi realizada uma pesquisa qualitativa e quantitativa, com o objetivo de discutir comparativamente os desafios de efetivação do direito à saúde com foco no acesso à justiça. Os resultados evidenciam que a complexidade da eleição do mecanismo estatal ou não-estatal está fortemente relacionada à cultura jurídica dos cidadãos, além de fatores políticos e econômicos oriundos da estrutura de oportunidades de cada uma das localidades.

* Produto de investigação: *Judiciário e estratégias de efetivação do Direito à saúde no Brasil e em Portugal*. Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS/UERJ). Rio de Janeiro (Brasil).

** Agradeço ao Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra pelo apoio financeiro para a realização da pesquisa, em especial aos professores Mauro Serapioni, Sílvia Portugal e Boaventura de Sousa Santos.

*** Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Cientista Social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Aperfeiçoamento em Derechos Fundamentales y Globalización pela Universidad Complutense de Madrid (UCM). Pesquisador Associado do Laboratório de Estudos sobre a Democracia (LED/IESP/UERJ) e do Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS/UERJ). Membro Efetivo da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Comitê Nacional da Biblioteca Virtual de Saúde (BVS-Integralidade). Professor e Coordenador de Publicações da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO). Correio eletrônico do contato: felipedml@yahoo.com.br / felipe.asensi@fgv.br

Palavras Chave

Poder Judiciário, Direito à saúde, Cultura jurídica, Judicialização da saúde, Medicamentos.

Key words

Judiciary, Right to Health, Legal Culture, Legalization of Health, Medicines.



Poder judicial y estrategias para garantizar el derecho a la salud en Brasil y Portugal

Judiciário e estratégias de efetivação do direito à saúde no Brasil e em Portugal*

**

Fecha de recepción: 28 de agosto de 2012
 Fecha de revisión: 09 de septiembre de 2012
 Fecha de aceptación: 16 de septiembre de 2012

*Felipe Asensi ****

RESUMEN

El objetivo del trabajo consiste en establecer las estrategias y formas para garantizar, el derecho a la salud, como también reflexionar sobre los límites y posibilidades de implementación de los mecanismos estatales y no estatales para su reconocimiento en Brasil y Portugal. Para tal efecto, fue realizada una investigación cualitativa y cuantitativa, con el objeto de discutir comparativamente los retos existentes para garantizar el derecho a la salud a través del acceso a la justicia. Los resultados muestran que la complejidad de la elección del mecanismo estatal o no estatal, se encuentra estrechamente relacionada con la cultura jurídica de los ciudadanos, así como de los factores políticos y económicos que surgen del conjunto de oportunidades en cada entorno.

RESUMO

O objetivo do trabalho consiste em discutir as estratégias e formas de efetivação da saúde como direito, de modo a refletir sobre os limites e possibilidades de utilização de mecanismos estatais e não-estatais para sua reivindicação no Brasil e em Portugal. Para tal, foi realizada uma pesquisa qualitativa e quantitativa, com o objetivo de discutir comparativamente os desafios de efetivação do direito à saúde com foco no acesso à justiça. Os resultados evidenciam que a complexidade da eleição do mecanismo estatal ou não-estatal está fortemente relacionada à cultura jurídica dos cidadãos, além de fatores políticos e econômicos oriundos da estrutura de oportunidades de cada uma das localidades.

* Produto de investigação: *Judiciário e estratégias de efetivação do Direito à saúde no Brasil e em Portugal*. Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS/UERJ). Rio de Janeiro (Brasil).

** Agradeço ao Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra pelo apoio financeiro para a realização da pesquisa, em especial aos professores Mauro Serapioni, Sílvia Portugal e Boaventura de Sousa Santos.

*** Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Cientista Social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Aperfeiçoamento em Derechos Fundamentales y Globalización pela Universidad Complutense de Madrid (UCM). Pesquisador Associado do Laboratório de Estudos sobre a Democracia (LED/IESP/UERJ) e do Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS/UERJ). Membro Efetivo da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Comitê Nacional da Biblioteca Virtual de Saúde (BVS-Integralidade). Professor e Coordenador de Publicações da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO). Correio eletrônico do contato: felipedml@yahoo.com.br / felipe.asensi@fgv.br

Palavras Chave

Poder Judiciário, Direito à saúde, Cultura jurídica, Judicialização da saúde, Medicamentos.

Palabras clave

Poder Judicial, Derecho a la Salud, Cultura Jurídica, Legalización de Salud, Medicamentos.

INTRODUÇÃO: ESTRUTURAS E CULTURAS

Reivindicar, contestar, efetivar e exercer. Comumente, tais termos são utilizados para possibilitar a compreensão das estratégias de atuação da sociedade civil em relação aos seus direitos. O modo como os indivíduos vivenciam seus direitos pode definir os repertórios de ação coletiva de que dispõem para efetivá-los, e o inverso também pode ser verdadeiro. Esta correferencialidade entre cultura e estrutura pode permitir uma reflexão dinâmica, densa e “inovadora” a respeito das práticas de resistência e reivindicação de direitos numa chave menos polarizada entre estruturalismo e agência. Estruturas importam, assim como a cultura.

Quando se pensa em estratégias de resistência e efetivação de direitos, isso se revela ainda mais importante. Isto porque os direitos encontram-se no limiar de questões estruturais (normas jurídicas, instituições jurídicas, mecanismos formais de canalização de demandas, etc) e culturais (costumes, associativismo, solidariedade, etc), e a sua efetivação depende diretamente de como os atores vivenciam e experienciam estas duas dimensões correferenciais. Um exemplo de direito que revela estas questões é o direito à saúde. Por envolver diretamente a integridade física e psíquica dos indivíduos e por estar fortemente incluído entre os deveres do Estado-Providência, a saúde permite visualizarmos, de forma bastante contundente, a relação entre estruturas e culturas e de que modo tais dimensões são vivenciadas pelos atores no cotidiano de suas práticas sociais. No caso da saúde, o debate comparativo entre Portugal e Brasil permite discutir a relação entre Estado, sociedade e Judiciário a partir da dimensão da cultura de participação dos cidadãos, das redes de solidariedade que constituem no espaço local e da utilização cada vez mais frequente de mecanismos institucionais e não-institucionais. Portanto, o objetivo deste artigo consiste em discutir as estratégias e formas de efetivação da saúde como direito em ambos os países, de modo a refletir sobre os limites e possibilidades de utilização de mecanismos judiciais e extrajudiciais numa perspectiva participativa e solidária pelos cidadãos.

Parte-se da constatação de que, no Brasil, ocorre uma judicialização volumosa de demandas em saúde, ao passo que, em Portugal, a judicialização é praticamente inexistente. De início, é possível sugerir que tais diferenças ocorrem em função dos pa-

drões sociais e econômicos de cada um desses países, mas a complexidade da questão é ainda maior, pois versa sobre a correferencialidade de estruturas e culturas em cada localidade. O problema que envolve este artigo consiste no seguinte: por que ocorre uma baixa judicialização da saúde em Portugal, ao passo que no Brasil há uma alta judicialização, considerando que em ambos os países temos um arcabouço jurídico-institucional dos sistemas de saúde e de justiça similares?

Deste modo, este artigo apresenta o estudo de caso sobre as estratégias de reivindicação do direito à saúde desenvolvidas pelos cidadãos em ambos os países para que, a partir de suas questões específicas, possamos compreender características da relação entre Estado e sociedade que são fundamentais para a própria construção social deste direito.

ESTRATÉGIA METODOLÓGICA

A pesquisa desenvolvida buscou identificar parâmetros, arranjos institucionais e modos de sociabilidades que influem na definição das estratégias dos atores sociais na reivindicação e efetivação do direito à saúde no Brasil e em Portugal, tendo como referencial os anos de 2011 e 2012. A peculiaridade é que o foco de pesquisa não consistiu somente nas ações judiciais, mas também na heterogeneidade de práticas sociais desenvolvidas no espaço extrajudicial, que pode propiciar o estabelecimento de outras formas de efetivar direitos em ambos os países. O argumento central consistiu na assunção de que há outras formas e estratégias de efetivação de direitos estabelecidos pelos atores sociais que não envolvem necessariamente uma *judicialização* dos conflitos.

A eleição do estudo dos casos de Brasil e Portugal ocorreu por uma série de razões, tais como: semelhanças entre os sistemas de saúde e de justiça; disponibilidade de material empírico para analisar congruências e divergências; interesse em discutir, em que medida a relação passada entre “metrópole” e “colônia” pode ter produzido simetrias e assimetrias institucionais e sociais; etc. Compreende-se que estes fatores tenham despertado o interesse por analisar as experiências de ambos os países a seu modo, com o foco nas oportunidades e culturas políticas que lhes são constitutivas.

Metodologicamente, a identificação e o estudo das estratégias judiciais e extrajudiciais não possuem, necessariamente, uma forma padronizada de se

proceder, como ocorre no âmbito judicial, em que se analisa a quantidade de ações propostas, o tempo de tramitação, as demandas das partes envolvidas, etc. No âmbito judicial, os parâmetros processuais, as regras de apresentação de provas e arguição, os limites atinentes à construção da verdade processual, etc, são parâmetros padronizados em normas jurídicas, que são aplicáveis a qualquer indivíduo que ingresse na seara judicial. Diferentemente, no âmbito extrajudicial, observa-se uma pluralidade de práticas e estratégias que não necessariamente encontram-se inscritas e determinadas por procedimentos previstos normativamente, tampouco orientadas processualmente por normas estatais. De fato, em função de seu caráter de autocomposição, o âmbito extrajudicial pode permitir aos diversos atores um protagonismo mais efetivo e menos visível na definição das regras de resolução dos conflitos e, ainda mais, na condução do processo decisório, o que complexifica a estratégia metodológica. Neste sentido, ao se focar nas práticas sociais de reivindicação de direitos, com especial enfoque para a saúde, os objetivos da pesquisa desenvolvida se voltaram para a cultura política e participativa dos cidadãos em ambos os países.

O foco da pesquisa consistiu na coleta empírica de dados qualitativos e quantitativos, além da análise de experiências concretas de efetivação de direitos e resolução de conflitos no âmbito institucional e não institucional de ambos os países. O período de referência da pesquisa foi o pós-constitucional, isto é, a década de 70 em diante em Portugal, e a década de 80 em diante no Brasil. Neste contexto, foi fundamental a construção de dimensões analíticas, as quais servem ao propósito de auxiliar a sistematização dos dados e na correspondente análise. Em outras palavras, foram constituídas três dimensões que foram consideradas no processo de coleta de dados, quais sejam: a) concepção de direito subjacente aos diversos atores e instituições presentes no âmbito judicial e extrajudicial (ex.: concepções de justiça dos atores; perspectivas sobre o que é o direito; etc); b) estratégias institucionais e não institucionais adotadas na interface entre instituições jurídicas, Estado e sociedade civil na efetivação de direitos e resolução de conflitos (ex.: acordos alcançados; negociações travadas; mecanismos de cristalização de consensos; etc); c) relação concreta entre a esfera extrajudicial e a judicial, ou seja, de que forma os atores que transitam em ambas as esferas utilizam os recursos e estratégias de cada uma delas de modo a efetivar direitos e resolver conflitos

(ex.: incorporação de procedimentos judiciais no âmbito extrajudicial; utilização da via judicial como último recurso; etc).

A escolha das técnicas de pesquisa permite justamente minimizar o impacto das múltiplas dimensões que podem ser abarcadas em um estudo de caso. A triangulação dos métodos pode auxiliar na redução de vieses e na correta adequação da análise das estratégias desenvolvidas pelos atores sociais. Portanto, na pesquisa foram privilegiadas duas técnicas: a) análise de documentos institucionais: com ênfase nos conselhos participativos, instituições jurídicas e sanitárias, documentos do governo, relatórios internacionais, etc, de ambos os países; b) pesquisas quantitativas e qualitativas sobre Judiciário, sistemas de saúde e cultura de participação em ambos os países.

A pertinência da pesquisa encontra-se diretamente relacionada à necessidade de se estudar, pesquisar e refletir sobre os espaços, dinâmicas e estratégias institucionais e não institucionais que se desenvolvem a seu modo em ambos os países como oportunidades políticas. Compreende-se que a atuação não institucional pressupõe outros métodos e formas de resolução de conflitos e efetivação de direitos que não se confundem com a atuação institucional, sobretudo a judicial.

RESULTADOS

Considerando o exposto, podemos então discutir as diferenças nas estratégias de reivindicação do direito à saúde em Brasil e em Portugal, com foco especial na utilização das instituições jurídicas. Indo além, é possível pensar os condicionantes que influenciam a diversificação de estratégias em ambos os países, de modo a refletir sobre as variáveis políticas, econômicas e culturais que influem a constituição de estratégias reivindicativas ou de contestação. Inicialmente, as estratégias de reivindicação e contestação são distintas porque há incentivos e condicionantes que influenciam a ação dos atores sociais em ambos os países e, portanto, influem nas estratégias dos atores atuam na efetivação do direito à saúde. Tais condicionantes envolvem três tipos de relações:

- a. *Saúde e solidariedade*: o modo como os indivíduos concebem o dever do Estado de implementar satisfatoriamente os serviços de saúde e a responsabilização do indivíduo pela sua

própria saúde, o que produz forte influência na utilização de espaços institucionais e de redes de solidariedade. Admite-se que há diferenças no que concerne aos itinerários do cuidado em saúde, ora enfatizando a centralidade do Estado no cuidado (Brasil), ora a responsabilidade do indivíduo pela sua própria saúde (Portugal), o que enseja impactos na própria cultura de participação dos indivíduos em ambos os países e a utilização de espaços institucionais e não institucionais;

- b. *Participação social e cultura política*: o modo como os indivíduos participam do processo de formulação, execução e fiscalização das políticas de saúde em espaços institucionais e não institucionais, além da própria cultura política historicamente constituída e variada entre os países. Admite-se que os sistemas de saúde de ambos os países foram construídos por influência predominantemente internacional (Portugal) ou dos movimentos sociais (Brasil), de modo que isto permitiu constituir em cada um destes países formas distintas de lidar com o direito à saúde pelos cidadãos;
- c. *Judicialização e desjudicialização*: o modo como os indivíduos concebem o Judiciário como efetivador de direitos e as estratégias que adotam para veicular reivindicações e demandas em saúde. Admite-se que há diferenças no que concerne à relação ente o Judiciário e a sociedade, ora estabelecendo políticas de proximidade com o cidadão (Brasil), ora estabelecendo políticas de desjudicialização (Portugal), o que enseja repercussões na própria forma como os indivíduos concebem o sistema judicial e o ativam em seu cotidiano.

De antemão, podemos salientar algumas similaridades nos sistemas de saúde de ambos os países, quais sejam:

- a. *Saúde é um direito constitucional*: pode-se observar que a saúde figura como direito constitucional previsto no Brasil e em Portugal, ensejando a necessidade do desenvolvimento de um sistema de saúde que dê conta, em alguma medida, da topografia constitucional deste direito. Porém, isto não quer dizer que a força normativa da Constituição se expresse da mesma forma em ambos os países. A topografia constitucional do direito à saúde no Brasil reforçou a exigibilidade de tal direito sobremaneira, ao passo que em Portugal a topografia constitucional não

se expressa como argumento jurídico (político, social, cultural, etc) relevante¹;

- b. *Sistemas de saúde são contemporâneos*: em que pese terem se solidificado em momentos históricos relativamente distintos (década de 40 e 50 em Portugal e década de 80 e 90 no Brasil), é possível afirmar que os sistemas de saúde são verdadeiramente contemporâneos. A qualificação de “contemporâneos” não diz respeito somente à temporalidade em que foram constituídos, mas às próprias características de tais sistemas: universalização; participação social; serviços de baixa, média e alta complexidade e regionalização;
- c. *Sistemas de saúde universais e públicos*: a universalização e o caráter público são características definidoras de ambos os sistemas de saúde. Porém, disto não quer dizer que tanto a universalização quanto o caráter público não tenham desafios para a sua efetivação. No Brasil, por exemplo, a universalização a 190 milhões de brasileiros ensejou desafios econômicos e institucionais para a administração em saúde. Além disso, o caráter público da saúde veio acompanhado, pelo menos em serviços de baixa e média complexidade, de uma relativa precarização e má qualidade. Em Portugal, a universalização esteve amplamente condicio-

1 No Brasil, com a Constituição de 1988 e as intensas reivindicações de uma pluralidade de grupos sociais e políticos, a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental, cujo imperativo é a prestação positiva do Estado no sentido de concretizá-la e ampliá-la a todos os cidadãos. A universalização da saúde foi acompanhada de sua institucionalização normativa, o que possibilitou a cristalização de princípios, normas e diretrizes que seriam desenvolvidos nos anos seguintes, cuja expressão mais significativa foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Em seu artigo 196, a Constituição estabelece que a saúde é um “direito de todos e dever do Estado” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988), o que denota a pretensão universalizante deste direito. Aqui, a saúde é caracterizada como um direito fundamental e dever do Estado, o que denota uma dupla-dimensão (direito-dever) em sua natureza. Em Portugal, pela leitura do texto Constitucional, podemos observar que o modelo racionalizador e governamental encontra-se presente, e, inclusive, restringiu a própria possibilidade do cidadão conceber o seu direito como um dever do Estado. De fato, sobretudo em função das diversas revisões que passou desde 1976, a Constituição portuguesa passou a ter uma marginalidade jurídica no processo de efetivação da saúde em Portugal. João Nunes, por exemplo, salienta que falar da saúde como direito implica algo que está para além do domínio estrito do direito e que nos conduz a um terreno distinto, marcado por controvérsias, lutas e derivações que não passam (apenas) pelo domínio do direito à saúde: o da consagração da saúde como um direito fundamental ou um dos direitos humanos, referido no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (NUNES, 2009, p. p. 143). Deste modo, é possível sustentar o status normativo da saúde encontra-se, por exemplo, mais relacionado à Declaração de Direitos da ONU do que propriamente à Constituição.

nada às políticas de governo, o que legitimou ao governo estabelecer políticas de restrição da saúde no país. Ademais, o caráter público veio acompanhado de uma desvinculação de qualquer gratuidade com a introdução das taxas moderadoras, além de também incorporar uma diversidade de subsistemas de saúde públicos e privados²;

- d. *Pressupõem participação social*: em ambos os países, a consolidação dos sistemas de saúde veio acompanhada de ideários de participação social, em que a sociedade civil teria a possibilidade de participar e influir diretamente no processo de formulação, execução e fiscalização das políticas de saúde. No Brasil, esta participação desenvolveu-se de forma privilegiada em espaços institucionalizados estatais, com foco especial nos Conselhos e Conferências de Saúde. Os dilemas da participação³ dizem respeito, por exemplo, à cooptação dos usuários pelos grupos políticos mais coesos que participam do Conselho, à divulgação das atividades do Conselho e da Conferência, etc. Em Portugal, a participação desenvolveu-se em espaços predominantemente informais. Os poucos espaços informalmente, a exemplo do Conselho Nacional de Saúde Mental, receberam pouca adesão popular e as estratégias de reivindicação da saúde,

em geral, desenvolvem-se por meio de protestos, reclamações individuais, etc⁴.

- e. *Promovem regionalização dos serviços*: uma das principais estratégias contemporâneas de universalização dos sistemas de saúde consiste em aliar a participação social com a regionalização dos serviços. No caso Brasileiro, a regionalização foi ainda intensificada com estratégias de descentralização político-administrativa, que conferiu à União, Estados e, principalmente, Municípios a responsabilidade por promover políticas de saúde. A esta descentralização foi constituída paralelamente uma descentralização da participação, com Conselhos e Conferências de Saúde presentes nos três níveis de governo. Em Portugal, a estratégia consistiu na regionalização por si só, que foi operada por meio de uma divisão administrativa realizada pelo governo português com base numa racionalidade gerencial de alocação de recursos, análise populacional, etc. Às regiões não foram atreladas quaisquer instâncias participativas efetivas que confirmem algum tipo de legitimidade democrática às decisões.

No caso dos sistemas judiciários - que envolvem não somente o Poder Judiciário, mas as instituições jurídicas correlatas, tais como Ministério Público - também é possível elencar semelhanças em ambos os países, tais como:

- a. *Estrutura hierarquizada e burocratizada*: a estrutura judiciária densa e com uma diversidade de cargos e funções faz com que a figura do magistrado se constitua de forma "anônima". Isto porque, ao restar imerso na estrutura e hierarquia do Judiciário, o juiz - principalmente o de 1ª instância - recebe pouco protagonismo e destaque

2 Conforme salienta Serapioni (2010), existem seis subsistemas sanitários em Portugal que, em conjunto com o Sistema Nacional de Saúde, podem influenciar na saúde da população, quais sejam: o setor da seguridade sanitária pública, que é totalmente dependente da administração pública (cerca de 10% da população); a seguridade sanitária voluntária, cuja população beneficiária é cerca de 10%, que engloba a oferta dos trabalhadores e dos contratos assecuratórios estipulados individualmente; a seguridade sanitária privada dos dependentes das telecomunicações e dos correios; o subsistema dos funcionários dos bancos e sua seguridade; o sistema assecuratório privado ofertado pelas organizações sem fins lucrativos que contam com cerca de 7% da população; as despesas diretas da família (*out-of-pocket*).

3 Os desafios participação em saúde no Brasil foram objeto de diversas pesquisas. De um lado, observam-se espaços institucionais estatais que são amplamente utilizados pelos cidadãos e, de outro, observa-se uma relativa seletividade da utilização de tais espaços considerando a cultura política e as estratégias de reivindicação do direito à saúde. A este respeito, destacam-se as pesquisas de Gerschman (2004), Guizardi et al (2004), Fuks (2005), Guizardi & Pinheiro (2006), Morita, Guimarães e Muzio (2006), Serapioni & Romani (2006) e Oliveira & Pinheiro (2010).

4 Segundo Serapioni e Sesma, uma característica comum aos países da "Europa do Sul" (Portugal, Espanha e Itália) diz respeito ao "inadequado grau dos direitos garantidos aos utentes pelo respectivo sistema de saúde" (SERAPIONI & SESMA, 2001, p. 607). Os autores salientam que o relatório Health Consumer Powerhouse, de 2009, utilizou quatro dimensões (direito às informações, possibilidade de escolha dos prestadores, envolvimento ativo e incentivos financeiros) e uma série de indicadores que culminaram no Europatient Empowerment Index para analisar a saúde nestes países. Este índice tem o propósito de avaliar o nível de empowerment (empoderamento) dos doentes dos 27 países da União Europeia. Os resultados "assinalam a necessidade dos sistemas de saúde da Europa do Sul de reduzir o gap, na área dos direitos dos pacientes, da informação e da participação, com os países da Europa continental, da Europa Escandinava e até com alguns países da Europa do Leste" (Idem).

no Judiciário nacional. No Brasil, assim como em Portugal, os magistrados que ocupam destaque político e social são os de tribunais superiores e ministros de cortes constitucionais, de modo que a estrutura burocratizada vem acompanhada de uma hierarquia que frustra e torna anônimo o juiz de 1ª instância. A diferença é que, no Brasil, a burocracia judicial é ancorada no cânone da independência em relação aos demais poderes, e isto se reforça com a criação do Conselho Nacional de Justiça com estrutura inserida no Poder Judiciário e responsável pela sua administração nacional. Em Portugal, a burocracia judicial, ao menos do ponto de vista administrativo, encontra-se fortemente influenciada pelas políticas de governo. A criação da Direcção-Geral de Administração da Justiça, vinculada ao Poder Executivo, é reveladora desta influência;

- b. *Tradição de civil law*: inseridos na tradição de *civil law*, as instituições jurídicas de Brasil e Portugal revelam um forte apego às normas jurídicas escritas como fontes primárias do direito, situando em segundo plano os costumes, por exemplo. A tradição de *civil law* faz com que estes países confirmem uma forte centralidade à lei e, portanto, boa parte da transformação social opera-se, por definição, por uma transformação legal, apesar do inverso também ser verdadeiro;
- c. *Law in books x law in action*: em ambos os países, o direito construído por meio de normas predominantemente escritas pode revelar uma afeição por normas abstratas que, em função de sua abstração, podem ser insensíveis às peculiaridades sociais, culturais e políticas de cada um dos países. O apego à abstração, em países de tradição de *civil law*, enseja a necessidade de dar algum tipo de concretude às normas jurídicas. No cenário de efetivação de direitos brasileiro, o Judiciário é ator privilegiado para conferir esta concretude; e, em Portugal, temos o protagonismo do governo;
- d. *Ingresso predominante por meritocracia*: a meritocracia é critério predominante para ingresso na carreira da magistratura no Brasil e em Portugal. Isto possibilita a constituição de um segmento de poder exercido pelos magistrados. No caso brasileiro, podemos pensar num contexto fortemente judicializante a respeito dos mais diversos assuntos, inclusive a saúde. No caso português,

quanto mais os atores agem extrajudicialmente no cotidiano de suas práticas sociais, maior é a ideia de que o Judiciário não é o ator privilegiado para a resolução de conflitos e efetivação de direitos, inclusive na saúde;

- e. *Obstáculos de acesso à justiça e ao direito*: tanto em Portugal quanto no Brasil podemos observar desafios e obstáculos sócio-culturais e econômicos de acesso à justiça e ao direito. Não somente em relação aos próprios mecanismos institucionais de efetivação dos direitos, mas aos próprios direitos, podemos observar obstáculos que se revelam de forma relativamente acentuada em ambos os países. Porém, no Brasil, observam-se políticas públicas que buscam reduzir os déficits de uma sociedade civil historicamente marginalizada aos serviços jurídicos estatais, tais como a gratuidade de justiça, a Defensoria Pública, etc, o que contribui fortemente para a judicialização dos conflitos. Em Portugal, a histórica separação entre Estado e sociedade, associada à própria cultura extrajudicial dos cidadãos, fez com que a judicialização fosse bastante inexpressiva. No Brasil, caminhou-se de um “fechamento” judicial para a judicialização radical e, em Portugal, ocorreu justamente o inverso.

A despeito das aproximações aqui descritas, podemos assumir que a realidade de efetivação e reivindicação do direito à saúde pode se diferenciar a partir de diversas variáveis, tais como: social, cultural, geográfica, recursos humanos, qualidade dos serviços públicos, influência dos governos, itinerários dos cuidados em saúde e inserção do Judiciário.

Entre tais variáveis, podemos elencar que as duas últimas recebem protagonismo. De um lado, os *itinerários dos cuidados em saúde* desenvolvidos em ambos os países revelam os incentivos e performances estatais e não estatais que os cidadãos adotam para promoverem sua própria saúde, cuja escolha encontra-se com frequência influenciada por aspectos culturais, sociais, governamentais, etc. De outro lado, a *inserção do Judiciário na sociedade* como um efetivador de direitos também é fundamental para pensar a forma como os cidadãos concebem e ativam este Poder no Brasil e em Portugal. Articulando as duas variáveis, temos a seguinte análise ideal típica:

Tabela 01 – Estratégias de reivindicação

		Dimensão política	Dimensão social	Dimensão governamental
Itinerário dos cuidados em saúde	Brasil	A relação entre os três poderes é de forte interpenetração mútua, de modo que todos participam ativamente na construção das políticas de saúde e efetivação de direitos.	Recebe forte influência da participação social, que se desenvolve de maneira perene sobretudo em mecanismos institucionais (Conselhos e Conferências)	Forte dependência das políticas governamentais, porém com ampla participação social com mecanismos institucionais
	Portugal	A relação entre os três poderes é de pouca interpenetração mútua, com protagonismo do Poder Executivo na construção das políticas de saúde e de justiça e efetivação de direitos.	Recebe baixa influência da participação social formal que, quando se desenvolve, o faz em mecanismos não institucionais (protestos, reclamações, etc.) e de forma pontual e eventual.	Forte dependência das políticas governamentais, porém com baixa participação social em mecanismos institucionais.
Inserção do Judiciário	Brasil	Judiciário como ator privilegiado e com legitimidade formal para efetivar os direitos, a despeito dos obstáculos de acesso à justiça e ao direito.	Como profecia que se cumpre por si mesma, a forte judicialização das relações sociais encontra-se ancorada na percepção dos cidadãos do Judiciário como forma privilegiada de resolução de conflitos e efetivação de direitos (Pirâmide de litigiosidade com base pequena).	Baixa influência do governo na determinação da atividade administrativa e gerencial do Judiciário, além das políticas de governo serem amplamente suscetíveis ao controle judicial
	Portugal	Judiciário historicamente afastado da sociedade civil e, a despeito da legitimidade formal, os obstáculos de acesso à justiça e ao direito se apresentam como condicionantes da baixa litigação.	A pouca recorrência social dos indivíduos ao Judiciário faz com que se constitua uma profecia “às avessas”, em que o meio extrajudicial não institucional passa a ser estratégia privilegiada de efetivação da saúde (Pirâmide de litigiosidade com base grande).	Forte influência do governo na determinação da atividade administrativa e gerencial do Judiciário, acompanhada de uma baixa influência do Judiciário no controle das políticas de governo.

DISCUSSÃO

No Brasil, a estratégia predominantemente institucional de reivindicação do direito à saúde esteve fortemente relacionada à constituição de uma cultura política de participação da sociedade no processo de planejamento, execução e fiscalização das políticas de saúde. Fruto das demandas oriundas de movimentos sociais, cujo mais representativo é o movimento de reforma sanitária, as políticas de saúde no Brasil foram

permeadas e fortemente influenciadas pela sociedade civil nos diversos espaços públicos de participação, sobretudo os Conselhos e Conferências de Saúde⁵.

5 Vale ressaltar que sob influência das reivindicações do movimento sanitário e de diversos grupos e associações da sociedade civil, foi promulgada a Lei 8.142/90, que consolidou espaços públicos de participação da sociedade civil na saúde com a regulamentação dos Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde. Tais espaços se apresentam como relevantes para a continuidade do processo de garantia e efetivação do direito à saúde, sobretudo porque pressupõem uma *horizontalização* da relação Estado-sociedade.

Gradativamente, o espaço da representação parlamentar passou a conviver com outros espaços representativos que trouxeram, em seu interior, a missão de democratizar radicalmente a política de saúde, de um lado, e de fomentarem a construção social das políticas, de outro. Porém, também gradativamente o espaço de representação do parlamento e o dos Conselhos e Conferências passaram a conviver com mais um espaço de efetivação de direitos: o Judiciário.

Tribunais, promotorias, defensorias, e outras instituições jurídicas têm sido cada vez mais presentes no cotidiano das estratégias dos cidadãos na efetivação da saúde. Dentre tantos motivos, isso ocorre porque tais instituições têm recebido maior protagonismo e se apresentam como oportunidades políticas de reivindicação e efetivação de direitos. A progressiva constitucionalização que os direitos sociais passaram na década de 1980 em diante no Brasil, associada aos desafios de implementação efetiva por parte do Estado, fez com que tais direitos fossem cada vez mais submetidos ao crivo destas instituições para a obtenção do mandamento de efetivação. A judicialização do direito à saúde, mais especificamente, tem versado sobre diversos serviços públicos, tais como o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças⁶.

Em algumas localidades no Brasil⁷, as instituições jurídicas têm até se apresentado como um espaço de diálogo, pois passam a possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde em um foro comum. Portanto, no cotidiano da efetivação do direito à saúde brasileiro temos o protagonismo decisivo das instituições jurídicas, o que influi decisivamente na forma como os atores sociais reivindicam este direito.

A cultura de reivindicação de direitos no Brasil, em função do componente centrado no Estado, que faz parte de sua constituição sociológica, passou a incorporar as instituições jurídicas e, em especial, o Judi-

ciário como estratégia privilegiada⁸. Quando mais se acreditou que o Judiciário seria um ator privilegiado na efetivação da saúde, maior foi o seu fortalecimento institucional interno (de forma corporativa) e externo (com a judicialização da saúde). As esferas representativas ou participativas que se constituíram na saúde passaram a conviver com a esfera judicial, que ocupou um espaço privilegiado - apesar de não exclusivo - na efetivação do direito à saúde. Atualmente, as instituições jurídicas têm atuado não somente na implementação de políticas públicas de saúde em voga, mas também no reconhecimento de direitos demandados pelos cidadãos, tais como: operações para mudança de sexo; autorização de mudança de nomes de transexuais; saúde do homem e da mulher; autorização para realização de cirurgia bariátrica; reconhecimento de aposentadoria e planos de saúde para dependentes em união estável; saúde indígena; etc.

Este protagonismo das instituições jurídicas não esteve isento de contradições no Brasil. São exemplos de contradições, por exemplo, os obstáculos de acesso à justiça e ao direito, que contribuem para uma relativa "colonização" da judicialização da saúde, ao menos de forma predominante, por um determinado perfil sócio-econômico. Outro exemplo é a própria discussão a respeito das consequências econômicas das decisões judiciais. Exames, tratamentos e medicamentos, principalmente se forem excepcionais, trazem em seu bojo, quando deferidos judicialmente, a necessidade de fornecimento sem necessariamente haver um planejamento de governo. Independentemente disto ser boa ou ruim, o fato é que a judicialização da saúde no Brasil tem reconfigurado drasticamente as responsabilidades dos Poderes para o estabelecimento de políticas públicas que atendam aos critérios de universalidade, integralidade e descentralização.

Em Portugal, os mecanismos de efetivação da saúde são marcadamente não-institucionais e, portanto, mais heterogêneos. Não é incomum observar uma série de protestos, levantes, cartas e boicotes que caracterizam decisivamente no processo de reivindi-

6 Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foram propostos cerca de 240.000 processos judiciais sobre saúde no Brasil em 2011. Trata-se de uma pesquisa nacional sobre o Judiciário brasileiro, com a finalidade de monitoramento das ações judiciais em saúde. Os dados foram disponibilizados no site do CNJ.

7 A respeito das instituições jurídicas como espaço de diálogo entre sociedade civil e Estado, ver ASENSI (2010; 2013).

8 Logicamente, isto não quer dizer que esta judicialização esteja isenta de qualquer viés de classe. Pelo contrário, em função dos obstáculos culturais e sócio-econômicos do direito à saúde, é possível observar que a judicialização é colonizada predominantemente por um perfil de classe média. Portanto, de modo algum é possível afirmar que a judicialização é uma estratégia frequente em todas as classes sociais, tampouco se expressa da mesma forma nas diversas regiões do Brasil.

cação do direito à saúde⁹. A despeito da existência de uma série de elementos em comum com o Brasil - tais como a participação, a descentralização e a universalização -, em Portugal a cultura política dos cidadãos foi constituída numa perspectiva de afastamento institucional entre Estado e sociedade, principalmente na saúde.

Os espaços representativos do parlamento e dos mecanismos de participação foram se enfraquecendo e perdendo força normativa. No caso do parlamento, isto ocorre em função do sistema parlamentarista que confere ao Primeiro Ministro proeminência na definição das políticas e na introdução da racionalidade econômica e administrativa na sua implementação. No caso dos mecanismos de participação - tais como o Conselho de Saúde - isto é ainda mais evidente porque, a despeito da previsão normativa da criação de Conselhos de Saúde em Portugal, estes jamais foram implementados. A sociedade civil secundária que se constituiu em Portugal trouxe, entre diversas características, a necessidade do cidadão fazer a sua saúde pelos seus próprios meios, inclusive porque é responsável direto por tal.

Segundo Santos, isto ocorre porque as deficiências de produção estatal de saúde e segurança social são em parte compensadas pela sociedade-providência. Em função de seu aspecto fortemente ruralista e das assimetrias regionais, a sociedade "adestrou-se" a não depender do Estado no que concerne aos cuidados em saúde, ao inverso do que ocorreu com a urbanização brasileira. Deste modo, o que caracteriza a sociedade portuguesa é a "forte presença da medicina popular de produção artesanal ao lado da medicina oficial e funcionando como mecanismo compensatório das deficiências da medicina estatal ou da inacessibilidade da medicina privada" (Santos, 1987, pp. 32-33).

Além disso, o ideal da participação em Portugal recebeu pouco destaque no âmbito do Estado-Providência e no âmbito da sociedade-providência. De fato, "os serviços centrais ignoravam, na prática, as Comissões Integradoras dos Serviços de Saúde" (Idem, p. 36).

9 Em Portugal, a utilização de protestos foi uma das principais estratégias da sociedade civil se relacionar com o Estado na reivindicação de seus direitos. A via judicial, a despeito de toda a similaridade institucional e jurídica com o Brasil, recebeu pouco destaque no processo de efetivação do direito à saúde. São autores que investigaram a prática de protestos em Portugal: Mendes (2005), Mendes & Seixas (2005), Seixas (2005), Duarte (2007) e Matos (2011).

Isto ocorre por conta da tradição autoritária do Estado português, mas também por conta do déficit de organicidade da sociedade em partidos ou em vias institucionais, o que permitiu ao Estado desenvolver autonomamente as políticas sem incorporação popular.

Em Portugal, a interação entre Estado e sociedade civil tornou-se extremamente pontual na saúde, de modo que os mecanismos institucionais de efetivação da saúde passaram a conviver com mecanismos societários construídos a partir da interação comunitária da sociedade-providência. O resultado é que os protestos em sentido amplo se tornaram a principal estratégia de interseção entre Estado e sociedade. Porém, esta cultura de protestos passou a conviver com as diversas práticas sociais orientadas pela medicina paralela, a entreatajuda e a solidariedade.

Não obstante, ainda é possível ressaltar um efeito político da participação de Portugal na União Européia: a livre circulação de pessoas e, conseqüentemente, a livre utilização dos serviços de saúde pelos cidadãos europeus. Com o ingresso de Portugal na União Européia, observa-se uma migração significativa de portugueses para outros países, mas também observa-se o que Carapinheiro e Page (2002) denominam como "circulação seletiva de consumidores". Mais precisamente, sendo cidadão europeu, o cidadão português passa a ter acesso a uma pluralidade de serviços de saúde em todo o continente, o que contribui para a própria redução do papel do Estado português na efetivação da saúde, sobretudo nos países fronteiriços, que passam a receber migrações pontuais, temporárias e voltadas para o consumo de serviços de saúde.

Em ambos os países, não podemos de modo algum afirmar que há uma apatia política da sociedade civil em relação ao Estado e às políticas de saúde. O que observa, na verdade, é a complexidade que envolve a interação entre culturas e estruturas, cujo resultado é uma miríade de estratégias de reivindicações de direitos. Indo além, é fundamental reconhecer que a judicialização do direito à saúde e dos serviços públicos que lhes são correlatos não significa, necessariamente, que as relações sociais estão se judicializando. No Brasil, em meio à constitucionalização dos diversos direitos sociais ao longo do século XX, de um lado, e à insuficiência das políticas públicas em implementá-los efetivamente, a estratégia judicial tem sido frequente na determinação de medicamentos,

tratamentos e exames. Observa-se a judicialização dos direitos e, mais propriamente, do direito à saúde. Isto evidencia que o Judiciário e os direitos não são necessariamente “faces de uma mesma moeda”, pois, a depender das dinâmicas societárias, isto pode não se afirmar.

Com base nisto, é possível sustentar que as estratégias de reivindicação de direitos, no caso da saúde, estão fortemente orientadas pelos incentivos e restrições advindos dos sistemas de saúde e dos sistemas de justiça de ambos os países. Isto produz repercussões diretas na forma como os cidadãos concebem e vivem seus direitos e na cultura de participação e reivindicação que eles desenvolvem no cotidiano de suas práticas sociais. Além disso, a relação entre estrutura e cultura permite pensar porque, no Brasil, há uma forte judicialização da saúde, ao passo que em Portugal este processo é praticamente inexistente. Inseridos na cultura política de cada localidade e submetidos às restrições e incentivos específicos, os cidadãos ativam-nas com base em variáveis estratégicas que vão além da similaridade normativa e institucional que existe entre os dois países.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou refletir sobre como os indivíduos experenciam o seu direito à saúde e de que forma, a partir de sua compreensão, ativam mecanismos institucionais e não-institucionais de efetivação. Esta compreensão encontra-se orientada, de um lado, pela cultura política de uma sociedade e, de outro, pelas estruturas que lhes são subjacentes. A efetivação da saúde como direito encontra desafios dos mais diversos, que versam não somente sobre a relação entre os indivíduos e o Estado, mas, sobretudo, sobre a própria forma como os indivíduos reivindicam seus direitos.

O resultado foi que, ao lado de um direito oficial e estatizado, observa-se um direito vivo em saúde que, em função de sua heterogeneidade e dinamicidade, revela as contradições fundamentais da relação entre Estado e sociedade civil, com foco nas instituições jurídicas. De fato, assim como o direito não se reduz à lei, o ator que efetiva direitos não é somente o magistrado. O que se observa no cenário contemporâneo é uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos no Brasil e em Portugal. O Judiciário, portanto, pode se apresentar somente como mais um desses atores, cuja aparente proeminência advém de suas competências e atribuições constitucionais, principalmente no que concerne à resolução de conflitos.

Os espaços extrajudiciais têm adotado, por vezes, estratégias de mediação, pactuação e negociação fundamentalmente céleres e que visam, em certa medida, a atuar na efetivação de direitos existentes e na construção de novos direitos. Isso reconfigura e tensiona a própria perspectiva de *judicialização* e chama atenção, de forma bastante clara, para as atuações extrajudiciais constituídas a partir das práticas sociais. O âmbito extrajudicial pode inaugurar e conferir realce a outros personagens que, em virtude de suas estratégias de ação, são decisivos na efetivação dos direitos, ganhando relevo as interações sociais. No Brasil, o Judiciário tende a se fortalecer cada vez mais na saúde, ao passo que, em Portugal, observa-se o fortalecimento das práticas extrajudiciais. Logicamente, isto não quer dizer que em ambos os países não tenhamos movimentos no sentido inverso, apesar de não se tratar de uma tendência. É neste processo contraditório entre cultura e estrutura, sociedade e Estado e judicial e extrajudicial que se constituem as oportunidades políticas de efetivação do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

- Asensi, F. (2010). *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio Janeiro: Editora FGV.
- Asensi, F. (2010). *Direito à saúde*. Curitiba: Juruá.
- Constituição da República Federativa do Brasil, {CRFB}, Art. 196. 05 do outubro 1988 (Brasil).
- Carapinheiro, G. & Page, P. (2002). As determinantes globais do sistema de saúde português. En Hespánha, P. & Carapinheiro, P. (Edits.). *Risco Social e Incerteza: pode o Estado social recuar mais?* Porto: Edições Afrontamento.
- Duarte, M. (2007). Entre o radicalismo e a contenção—o papel do direito na campanha women on waves em Portugal. *Oficina do ces*, Nº 279. Recuperado el 11/06/2013 em <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/index.php?id=2470>
- Fuks, M. (2005). Participação e influência política no conselho municipal de saúde de Curitiba. *Revi soc politica*, vol. 25, pp. 47 – 61.
- Gerschman, S. (2004). Conselhos municipais de saúde – atuação e representação das comunidades populares. *Cad de saude pública*, vol. 20, Nº 06, pp. 1670 – 1681.
- Guizardi, F. & Pinheiro, R. (2006). Dilemas culturais, sociais e políticos da participação dos movimentos sociais nos conselhos de saúde. *Cien saude colet*, vol. 11, Nº 03, pp. 797 – 805.
- Guizardi, F., Pinheiro, R., Mattos, R., Santana, A., Matta, G., Gomes, M. (2004). Participação da comunidade em espaços públicos de saúde: uma análise das conferências nacionais de saúde. *Physis*, vol. 14, Nº 01, pp. 15 – 39.
- Matos, A. (2011). A importância da participação cidadã nas políticas de saúde – o caso da reestruturação dos serviços de saúde materno-infantil em Portugal. *Saúde e sociedade*, vol. 20, Nº 03, pp. 604 – 616.
- Mendes, J. (2005). Só é vencido quem deixa de lutar – protesto e Estado democrático em Portugal. *Rev crit cien sociais*, Nº 72, pp. 161 – 185.
- Mendes, J. & Seixas, A. (2005). Acção coletiva e protesto em Portugal – os movimentos sociais ao espelho dos media (1992-2002). *Rev crit cien sociais*, Nº 72, pp. 99 – 127.
- Morita, I., Guimarães, J. & Muzio, B. (2006). A participação dos conselheiros municipais de saúde – solução que se transformou em problema?. *Saúde e sociedade*, vol. 15, Nº 49 – 57.
- Nunes, J. (2009). Saúde, direito à saúde e justiça sanitária. *Rev crit cien sociais*, Nº 87, pp. 143 – 169.
- Oliveira, L. & Pinheiro, R. (2010). A participação nos conselhos de saúde e sua interface com a cultura política. *Cien saude colet*, vol. 15, Nº 05, pp. 2455 – 2464.
- Santos, B. (1987). Estado, sociedade, políticas sociais: o caso da política de saúde, *rev crit cien sociais*, Nº 23, 13-74, pp. 32-33.
- Seixas, A. (2005). Aprender a democracia – jovens e protesto no ensino secundário em Portugal. *Rev crit cien sociais*, Nº 72, pp. 187 – 209.
- Serapioni, M. (2010). Il sistema sanitario portoghese. *Salute internazionale*, Recuperado el día 11/06/2013 en <http://saluteinternazionale.info/2010/09/il-sistema-sanitario-portoghese/>
- Serapioni, M. & Romaní, O. (2006). Potencialidades e desafios em instâncias colegiadas dos sistemas de saúde – os casos da Itália, Inglaterra e Brasil. *Cad de saude publica*, vol. 22, Nº 11, pp. 2411 – 2421.
- Serapioni, M. & Sesma, D. (2001). A participação dos cidadãos nos sistemas de saúde da Europa do Sul – Portugal, Itália e Espanha – resultados preliminares de um estudo comparativo. *Sociologia online*, Nº. 02, pp. 599 – 629.