

CONSECUENCIAS POLÍTICAS E INSTITUCIONALES DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD EN BRASIL Y COLOMBIA: UN ANÁLISIS COMPARADO

POLITICAL AND INSTITUTIONAL CONSEQUENCES OF THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL AND COLOMBIA: A COMPARATIVE ANALYSIS

**Luciana Souza d'Ávila¹ Eli lola Gurgel Andrade²
Fernando Mussa Abujamra Aith³**

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)05)

RESUMEN:

El objetivo de este artículo es analizar las consecuencias políticas e institucionales de la judicialización de la salud en Brasil y Colombia. Para esto, se realizó una revisión de la literatura, basada en referencias relacionadas con las políticas en salud y judicialización de los países. La salud es un derecho reconocido en Brasil y en Colombia, mas hay diferencias entre los sistemas de salud y jurídicos. Los problemas de acceso han provocado el aumento de las acciones judiciales, lo que lleva a efectos políticos e institucionales. En Brasil, fueron realizadas audiencias públicas; conformados grupos de interés y creadas nuevas instituciones en el poder ejecutivo y en el judiciario. En Colombia, fueron instituidas políticas y reformas estructurales importantes. Se espera que los resultados contribuyan para las discusiones de las políticas y judicialización, con vistas a buscarse la efectucción de lo derecho a la salud en los dos países.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the political and institutional consequences of the judicialization of health in Brazil and Colombia. For that, it was accomplished a literature review, based on references in health policies and judicialization in both countries. Health is a right recognized in Brazil and in Colombia, but there are differences between the health and juridical systems. Problems of access has induced growth of judicial processes, what lead to political and

1 Analista em Educação e Pesquisa da Escola de Saúde Pública (SP) do Estado de Minas Gerais, Brasil. Mestre e doutoranda em SP pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Sanitário. Resultados parciais da pesquisa de doutorado "A efetivação do direito à saúde no Brasil e na Colômbia: uma análise comparada na perspectiva histórica e da judicialização da saúde", financiada pela FAPEMIG, por meio de bolsa. E-mail: lucianasd14m@gmail.com. ORCID iD: 0000-0001-6998-4587.

2 Professora Titular da Faculdade de Medicina da UFMG. Líder do Grupo de Pesquisa em Economia da Saúde da UFMG. Membro da Câmara de Assessoramento de Políticas Públicas da FAPEMIG. Pesquisadora (1C) do CNPQ/Brasil. Membro do Conselho Deliberativo da ABRASCO. Doutora em Demografia pela UFMG. Especialista em Ciência Política. Orientadora da pesquisa. E-mail: iola@medicina.ufmg.br. ORCID iD: 0000-0002-0206-2462.

3 Professor Titular do Departamento de Política, Gestão e Saúde da Faculdade de SP da Universidade de São Paulo (FSP/USP). Co-Diretor Científico do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da USP. Livre-Docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Pós-Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris 2. Doutor em SP pela USP. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela FADUSP. Co-Orientador da pesquisa. E-mail: fernando.aith@usp.br. ORCID iD: 0000-0003-1971-9130.

institutional effects. In Brazil, it was fulfilled public audiences; shaped interests groups and created new institutions in executive and judiciary branches. In Colombia, it was instituted policies and structural reforms. We hope that the results contribute to the discussions about policies, judicialization and the search for the right to health in the countries.

PALABRAS CLAVE: Judicialización de la salud; estudios comparados; Brasil; Colombia.

KEY WORDS: Judicialization of health; comparative studies; Brazil; Colombia

I. Introdução

O Brasil e a Colômbia enfrentam, desde os anos 1990, o aumento de ações judiciais que envolvem prestações de saúde, o que gera consequências para os sistemas e questionamentos quanto à abrangência do direito à saúde. Em 2018 no Brasil, foram interpostas 2.228.531 ações envolvendo questões de saúde, significando um aumento de quase 20% em relação a 2017.⁴ A Colômbia também apresentou aumento do número de ações, passando de 197.655 tutelas em 2017, para 207.734 em 2018.⁵ A realidade brasileira revela o predomínio de ações individuais, perfil que vem se mantendo com o decorrer dos anos. Em 2008, somente 2% dos litígios analisados se referia a ações coletivas⁶ e uma década depois, a mesma proporção (2,35%) foi observada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).⁷ Além disso, houve diferença do volume de ações entre a saúde suplementar e a saúde pública, sendo que o setor privado apresentou um aumento mais expressivo da litigância ao longo do tempo. Outro dado importante são as baixas taxas ou ausência de ações em municípios mais vulneráveis,^{8,9} resultado também encontrado no caso colombiano, onde regiões mais desenvolvidas foram as que apresentaram maior volume de tutelas em 2018.¹⁰

Diversos estudos são desenvolvidos com foco nas características das ações, decisões dos juízes ou acesso aos serviços. Há abordagens que percebem o fenômeno como a materialização do acesso à justiça e um sinalizador das necessidades de saúde, enquanto outras, consideram que a judicialização prejudica o cumprimento das políticas de saúde, o financiamento e a sustentabilidade do sistema. Nessa perspectiva, o objetivo do artigo é analisar as consequências políticas e institucionais da judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia. Foi realizada uma revisão narrativa da literatura em bases de literatura científica e oficiais. Para a análise, o debate acerca dos arranjos institucionais no âmbito dos sistemas de saúde e jurídicos do Brasil e da Colômbia se mostrou

4 SCHULZE, Clênio Jair (2019): Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil. Tomado de: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>, Fecha de consulta: 06.09.2019.

5 DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2019): La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2018, Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá.

6 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil" en GAURI, Varun y Daniel M. BRINKS (eds.): *Courting Social Justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge University Press, New York, pp.100-145.

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2019): Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, Insuper/CNJ, Brasília.

8 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2019): Op. Cit.

9 LOPES, Luciana de Melo Nunes, Francisco de Assis ACURCIO, Semíramis Domingues DINIZ et al. (2019): "(Un)Equitable distribution of health resources and the judicialization of healthcare: 10 years of experience in Brazil", en *International Journal for Equity in Health*, Vol.18, Nro.10, BMC, Londres, pp.1-8, doi: <https://doi.org/10.1186/s12939-019-0914-5>.

10 DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2019): Op. Cit.

necessário, dado que tais arranjos influenciam as características da judicialização em cada país, bem como as respostas dos atores e instituições.

II. Arranjos político-institucionais: interface com a judicialização no Brasil e na Colômbia

1. Os sistemas de saúde e jurídicos e sua relação com as características da judicialização

De forma geral, em países nos quais o judiciário é autônomo e receptivo,¹¹ a sociedade encaminha suas demandas às cortes, sendo que a litigância, as decisões dos juízes e respostas a essas decisões tendem a acompanhar a infraestrutura política e institucional dos sistemas de saúde. As cortes estão mais propensas a intervir em sistemas com maior capacidade instalada e financeira para suportar as imposições, além de direcionarem as decisões para as políticas já existentes. Por outro lado, quando as decisões não são compatíveis com a burocracia estatal, a implementação se torna um desafio ainda maior.¹²

No Brasil, o direito à saúde foi reconhecido pela Constituição de 1988 (CF/88) e institucionalizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), um sistema público, com uma rede complexa e descentralizada, que abrange os três níveis de governo. Aos municípios, cabe a gestão e prestação (por rede própria ou contratada) da maioria dos serviços e, ao nível federal, compete a proposição de políticas nacionais, o co-financiamento do sistema, regulação, fiscalização, entre outras. Os estados também são responsáveis pelo financiamento, podendo assumir a gestão da assistência de municípios que ainda não possuem essa competência.¹³ Diante desse arranjo complexo, a gestão da estrutura política e de cobertura torna-se desafiadora e, frequentemente, enfrenta problemas de ineficiência e insuficiência de financiamento, o que faz com que os usuários precisem percorrer várias etapas burocráticas para obterem o atendimento ou recorrer aos prestadores privados e planos de saúde.¹⁴

Há o favorecimento constante das práticas privadas, com contratação de diversas entidades, limitando a capacidade do governo em ampliar a rede pública e restringindo o Estado ao papel de comprador.^{15, 16} Tais práticas podem ser explicadas, em grande parte, pelos legados das políticas de saúde anteriores à reforma sanitária. Ao mesmo tempo em que houve a criação de um sistema público universal, a rede privada foi fortalecida, levando ao estabelecimento de um sistema segmentado.¹⁷ A incoerência entre o texto constitucional e a realidade institucional têm contribuído para o deslocamento de milhares de cidadãos para a via judicial,¹⁸ o que associado ao perfil do sistema jurídico brasileiro, faz com que a judicialização assuma contornos específicos e de proporções

11 GARGARELLA, Roberto (2013): *Latin American Constitutionalism, 1810 – 2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, New York.

12 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): "A new policy landscape: legalizing social and economic rights in the developing world" en GAURI, Varun y Daniel M. BRINKS (eds.): *Courting Social Justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge University Press, New York, pp.303-352.

13 AITH, Fernando M. Abujamra (2010): "A saúde como direito de todos e dever do Estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil" en AITH, Fernando M. Abujamra, Luciana T. Mattana SATURNINO, Maria G. Araújo DINIZ et al. (orgs.): *Direito Sanitário - Saúde e Direito, um diálogo possível*, ESP-MG, Belo Horizonte, pp.73-105.

14 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

15 FLEURY, Sônia (2012): "Judicialização pode salvar o SUS", en *Saúde em Debate*, Vol.36, Nro.93, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 159-162.

16 MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves (2007): *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*, Fiocruz, Rio de Janeiro.

17 MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves (2007): Op. Cit.

18 FLEURY, Sônia (2012): Op. Cit.

sem precedentes. Além da ampliação dos mecanismos de acesso à justiça, a CF/88 proveu o Judiciário com um alto nível de independência e capacidade de *accountability* dos outros poderes¹⁹. Ainda, há a perda da confiança no poder Legislativo, permitindo seu controle pelo Executivo por meio de estratégias de atração dos parlamentares para a base governamental, relacionadas ao atendimento de demandas locais e eleitorais. A cooptação do legislativo sequestra sua agenda política, ao mesmo tempo em que esvazia a esfera pública e reduz os mecanismos de expressão de demandas pela sociedade. Nesse contexto e diante de medidas voltadas para a privatização de serviços públicos, observa-se o deslocamento das vias republicanas para a Justiça.²⁰

Vale ressaltar que a ordem jurídica brasileira - com predomínio do sistema *civil law* e resistência ao aspecto vinculante de decisões prévias - favorece o alto volume de ações individuais e repetitivas. As cortes são reticentes quanto ao provimento de ações coletivas devido ao receio de interferência nas políticas e desvio do princípio da separação de poderes. O Brasil apresenta um controle misto de constitucionalidade, no qual há a combinação entre o controle concentrado/abstrato, exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e difuso/concreto (o mais comum). Cada juiz se vê livre para a interpretar a lei, mesmo em situações similares. As ações individuais podem ser interpostas por meio da Defensoria Pública (DP) ou advogados particulares e têm efeitos somente inter partes. Ao Ministério Público (MP), cabe a proposição da ação civil pública, que apresenta impacto *erga omnes*. A entidade, entretanto, vem assumindo casos individuais em locais onde a DP está ausente ou enfraquecida, o que remete à questão do acesso à justiça. A classe média pode recorrer a advogados privados e tende a ter maior conhecimento quanto aos seus direitos.^{21, 22} As pessoas mais vulneráveis socialmente, portanto, enfrentam uma dupla exclusão: da garantia do direito à saúde e do acesso à via jurídica, dado que os locais onde há maior problemas de acesso aos serviços, coincidem com os locais de menor proteção jurídica.

No caso da Colômbia, o direito à saúde foi positivado pela Constituição de 1991 e regulamentado pela Lei 100, marco da reforma sanitária e da criação do Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde (SGSSS), um sistema híbrido que tem o Estado como modulador e gestor e o setor privado como principal prestador dos serviços.^{23, 24} As Entidades Promotoras de Saúde (EPS) atuam como gestoras e as Instituições Prestadoras de Serviço (IPS) são responsáveis pela assistência aos usuários, tendo como base o Plano Obrigatório de Saúde (POS),²⁵ atualmente Plano de Benefícios de Saúde (PBS). O sistema institucionaliza dois regimes de inserção da população: um contributivo, financiado por meio das remunerações laborais, e um subsidiado, criado para assegurar

19 SANTISO, Carlos (2004): "Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability" em GLOPPEN, Siri, Roberto GARGARELLA, Elin SKAAR (eds.): *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Court in New Democracies*, Frank Cass, London, pp.117-131.

20 VIANNA, Luiz Werneck y Marcelo Baumann BURGOS (2005): "Entre Principios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública", em DADOS - Revista de Ciências Sociais, Vol.48, Nro.4, ABRASCO, Rio de Janeiro, pp.777-843, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000400003>.

21 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): Op. Cit.

22 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

23 ALMEIDA, Célia Maria de (1999): "Reforma do Estado e reforma de sistemas de saúde: experiências internacionais e tendências de mudança", em *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol.4, Nro.2, ABRASCO, Rio de Janeiro, pp.263-286, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81231999000200004>.

24 LONDOÑO, Juan-Luis y Julio FRENK (1997): *Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la Reforma de los sistemas de salud en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington.

25 VELEZ, Marcela (2016): *La salud en Colombia: pasado, presente y futuro de un sistema en crisis*, Debate, Bogotá.

a assistência à população mais vulnerável e sem capacidade de pagamento.^{26, 27, 28} Os dois regimes, entretanto, foram criados com coberturas diferentes, sendo que os filiados ao regime subsidiado apresentavam um plano de benefícios mais restrito em relação ao contributivo.²⁹ À época da reforma, foi estabelecido que a unificação das coberturas ocorreria até 2001, mas apesar de grandes avanços, somente 82% da população estava inserida no SGSSS em 2006.³⁰ Nem mesmo os assegurados do regime contributivo têm garantia de atenção, havendo copagamentos e cotas moderadoras, demora na marcação de consultas, tramites excessivos e burocráticos, fazendo os usuários (dos dois regimes) tenham que contratar diretamente os serviços privados e/ou acionar o judiciário.^{31, 32}

Assim como no Brasil, o poder judiciário colombiano é autônomo e receptivo, mas há diferenças em sua ordem jurídica. A Corte Constitucional Colombiana (CCC) foi criada pela Constituição de 1991 com fortes prerrogativas em relação aos outros poderes, atuando como substituta do legislador diante da fragilidade das instituições políticas.³³ Ainda, o precedente jurisprudencial adquiriu força vinculante e o sistema jurídico colombiano passou a ser uma combinação entre o *Civil Law* e o *Common Law*.³⁴ O acesso ao judiciário para obtenção de prestações de saúde é realizado por meio das ações de tutela, que foram criadas pela Constituição de 1991 e podem ser interpostas diretamente pelo cidadão, sendo pouco dispendiosas e rápidas. Apesar de terem sido criadas para a proteção de direitos fundamentais, as tutelas aplicam-se aos direitos sociais a partir da sua conexão com a violação de um direito fundamental (como o direito à vida).³⁵ A Corte pode atuar diretamente nas tutelas ou como revisora das decisões emitidas por tribunais inferiores, quando suas sentenças atingem somente as partes envolvidas no processo. Para a revisão, a CCC instaura, mensalmente, uma sala de seleção de tutela na qual são analisadas, a partir da doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional, as ações que envolvem a violação de direitos fundamentais e coletivos por falhas estruturais. Nesse sentido, a Corte assume a centralidade da proteção aos direitos constitucionais, pois além das ações de revisão servirem como baliza para as decisões das outras instâncias, o controle de constitucionalidade das leis é concentrado/abstrato.³⁶

26 ALMEIDA, Célia Maria de (1999): Op. Cit.

27 GÓMEZ-CEBALLOS, Diego Alexander, Isabel Maria Rodrigues CRAVEIRO, Luzia Augusta Pires GONÇALVES (2018): "A importância da judicialização da saúde na garantia do direito à saúde em Medellín – Colômbia", em SANTOS, Alethele de Oliveira y Luciana Tolédo Lopes (orgs.): Coletânea direito à saúde: institucionalização, CONASS, Brasília, pp.82-93.

28 VELEZ, Marcela (2016): Op. Cit.

29 GÓMEZ-CEBALLOS, Diego Alexander, Isabel Maria Rodrigues CRAVEIRO, Luzia Augusta Pires GONÇALVES (2018): Op. Cit.

30 FUHRMANN, Italo Roberto (2016): "Direito fundamental à saúde na Colômbia: perspectivas constitucionais a partir da jurisprudência da corte constitucional da República da Colômbia", em Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Vol.4, Nro.2, UnilaSalle, Canoas, pp.147-164, doi: <http://dx.doi.org/10.18316/2318-8081.16.29>.

31 GUERRERO, Ramiro, Ana Isabel GALLEGO, Victor BECERRIL-MONTEKIO et al (2011): "Sistema de salud de Colombia", em Salud Pública de México, Vol.53, Supl.2, Instituto Nacional de Salud Pública, Cuernavaca, pp.S144-S155.

32 VELEZ, Marcela (2016): Op. Cit.

33 LANDAU, David y Julián Daniel LÓPEZ-MURCIA (2009): "Political institutions and judicial role: an approach in context, the case of the Colombian Constitutional Court", em Universitas, Nro.119, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp.55-92.

34 IBARRA, Jennifer Patricia Santos (2013): "Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente", em Revista Academia & Derecho, Vol.6, Nro.4, Universidad Libre, Cúcuta, pp.155-172.

35 YEPES, Rodrigo Uprimny (2006): "The enforcement of social rights by the Colombian, Constitutional Court: Cases and debates" em GARGARELLA, Roberto, Pilar DOMINGO, Theunis ROUX (eds.): Courts and Social Transformation in New Democracies. An institutional voice for the poor? Ashgate, Hampshire, pp.127-151.

36 FUHRMANN, Italo Roberto (2016): Op. Cit.

2. As consequências políticas e institucionais da judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia

A judicialização da saúde é um fenômeno que traz consequências para os sistemas de saúde, entre elas as orçamentárias, políticas e penais para os gestores. Pode haver o desrespeito a procedimentos de compra de medicamentos, a desconsideração das prioridades de saúde e o não respeito às filas para atendimento. Por outro lado, há implicações pedagógicas para os governantes e positivas para as políticas de saúde, dado que algumas ações estão relacionadas a falhas nas prestações já cobertas^{37, 38, 39} ou à desatualização dos programas e protocolos terapêuticos. Nesse último caso, a gestão pode optar por se antecipar às ações judiciais e programar a distribuição de medicamentos não incluídos, por exemplo, mas corre o risco de não atender aos parâmetros de segurança e eficácia da inclusão.⁴⁰ Em relação às questões políticas e institucionais, as consequências da judicialização podem significar impactos estruturais para as políticas ou podem ser pontuais, com a criação de novas instituições ou mudanças de processos e papéis.

No Brasil, um dos maiores impactos da judicialização da saúde foi promovido no final dos anos 1990 com o aperfeiçoamento da política de HIV/AIDS, havendo a incorporação de medicamentos antirretrovirais e para infecções oportunistas. Em 2007, foi criada a Comissão para o Uso Racional de Medicamentos, com o objetivo de elaborar diretrizes para o uso de todos os medicamentos incluídos no SUS.⁴¹ Em contrapartida, como resposta direta ao aumento das ações, o Ministério da Saúde implementou, a partir de 2014, medidas para otimizar os custos da aquisição dos medicamentos demandados judicialmente, como a formalização de contratos anuais para viabilizar a compra em escala de medicamentos de alto custo e a contratação de fornecedor único para os de baixo custo.⁴² Ao mesmo tempo, a judicialização está relacionada à mudança na atuação do MP para um controle administrativo e pré-processual, assumindo o papel de gestor ou mesmo de formulador de políticas. Há estratégias de negociação conjunta e extrajudicial, estabelecida entre o próprio MP, Defensoria, juízes e gestores, para a busca de soluções para os casos concretos⁴³ e para problemas gerais das políticas. Observa-se a criação de instâncias de Mediação Sanitária em diversas partes do país, como Brasília e Minas Gerais.⁴⁴ Um caso emblemático de cooperação foi o desfecho de uma ação civil pública do Rio de Janeiro em 2002, na qual era pleiteado o fornecimento de medicamentos pelos governos estadual e municipal, solidariamente. A partir da uma audiência entre os interessados, foi estabelecido um acordo para a criação da Central de Atendimento para os Necessitados de Medicamentos, uma instância comum entre estado e município, visando-se aumentar e eficiência da dispensação e evitar a ação judicial. Entretanto, a Central enfrentou problemas de estoque e forneceu

37 BETANCUR, Carlos Mario Molina (2013): "La tutela y reforma en salud: desencanto de un juez soñador", en *Universitas*, Nro.127, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp.157-188, doi: <http://dx.doi.org/10.1144/javeriana.VJ127.trsd>.

38 DELDUQUE, Maria Célia y Eduardo Vazquez de CASTRO (2015): "A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil", en *Saúde em Debate*, Vol.39, Nro.105, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 506-513, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>.

39 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

40 MACHADO, Marina Amaral de Ávila, Francisco de Assis ACURCIO, Cristina Mariano Ruas BRANDÃO et al. (2011): "Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil", en *Revista de Saúde Pública*, Vol.45, Nro.3, FM/USP, São Paulo, pp.590-598, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102011005000015>.

41 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

42 DAVID, Grazielle, Alane ANDRELINO, Nathalie BEGHIN (2016): *Direito a medicamentos. Avaliação das despesas com Medicamentos no âmbito federal do Sistema Único de Saúde entre 2008 e 2015*, Instituto de Estudos Socioeconômicos, Brasília.

43 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

44 DELDUQUE, Maria Célia y Eduardo Vazquez de CASTRO (2015): Op. Cit.

principalmente os medicamentos básicos a cargo do município, o que levou ao aumento da concessão de liminares.⁴⁵

Pode-se ressaltar a realização de uma audiência pública no STF em 2009, que contou com a participação de atores envolvidos com a judicialização da saúde e cujo objetivo foi discutir aspectos técnicos e políticos do fenômeno, criando balizas para as decisões e gerando consequências políticas importantes. Foi criada a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), a qual substituiu a antiga Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde (Citec) e visou o aprimoramento do processo de incorporação de tecnologias no SUS.⁴⁶ Paralelamente, o CNJ editou a Recomendação n. 31/2011, indicando o seguimento das diretrizes da audiência e a adoção pelos tribunais de medidas para assegurar maior eficiência no tratamento e solução das demandas.^{47, 48} Para tanto, foram criados os Núcleos de Assessoria Técnica (NAT) em vários estados, compostos por equipes multidisciplinares e com o objetivo de fornecer consultoria aos magistrados por meio da elaboração de pareceres sobre questões clínicas e das políticas de saúde relacionadas à ação judicial.⁴⁹ Ainda, o CNJ criou o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das ações em saúde, além da proposição de medidas de prevenção de conflitos.⁵⁰

Em 2016, na Ação Direita de Inconstitucionalidade que buscou a suspensão da lei que liberava a dispensação da fosfoetanolamina (pílula do câncer), o STF estabeleceu que medicamentos e tecnologias que não tenham a segurança e eficácia comprovadas, não devem ser fornecidos. Podem-se citar ainda a conformação de grupos de interesse, a formação de escritórios de advocacia especializados em ações de saúde e a criação de Organizações Não-governamentais (ONGs) e associações de pacientes. Destaca-se o fortalecimento do *lobby* da indústria farmacêutica por meio de marketing voltado aos prescritores e usuários do sistema, contribuindo para a pressão quanto à incorporação de produtos sem a devida regulação.^{51, 52, 53}

Na Colômbia, os desafios do sistema de saúde e o alto volume de tutelas, fizeram com que a CCC buscasse soluções estruturais, com efeitos coletivos, que ultrapassem a proteção individual. No final dos anos 1990, a Corte determinou que todos os prestadores garantissem a assistência aos usuários vinculados ao regime contributivo. Nos casos em que os serviços não eram cobertos pelo POS, os prestadores deveriam buscar o reembolso após o atendimento. Para os usuários do regime subsidiado, os prestadores eram obrigados a informar e conduzir os pacientes aos serviços públicos. Após essa jurisprudência, no ano 2000, o Ministério da Saúde emitiu uma resolução que estabelecia a mesma proteção garantida ao regime contributivo para os usuários

45 VIANNA, Luiz Werneck y Marcelo Baumann BURGOS (2005): Op. Cit.

46 GOMES, Dalila F, Camila Rufino SOUZA, Felipe Luiz da SILVA. et al. (2014): "Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?", en *Saúde em Debate*, Vol.38, Nro.100, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 139-156, doi: <http://dx.doi.org/10.5935/0103-104.20140008>.

47 AITH, Fernando Mussa Abujamra (2010): Op. Cit.

48 BALESTRA NETO, Otávio (2015): "A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade", en *Revista de Direito Sanitário*, Vol.15, Nro.1, USP, São Paulo, pp. 87-111, doi: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111>.

49 GOMES, Dalila F, Camila Rufino SOUZA, Felipe Luiz da SILVA. et al. (2014): Op. Cit.

50 BALESTRA NETO, Otávio (2015): Op. Cit.

51 DAVID, Grazielle, Alane ANDRELINO, Nathalie BEGHIN (2016): Op. Cit.

52 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

53 MACHADO, Marina Amaral de Ávila, Francisco de Assis ACURCIO, Cristina Mariano Ruas BRANDÃO et al. (2011): Op. Cit.

do subsidiado.⁵⁴ Entretanto, a atuação da CCC até 2000 focou em garantir tratamentos não incluídos no sistema e não promoveu grandes mudanças em sua estrutura. A partir de então, houve mudanças jurisprudenciais com implicações para a cobertura do sistema, e o direito à saúde passou a ser julgado como direito social fundamental.⁵⁵ O Congresso deixou claro seu apoio à CCC, ao rejeitar diversos projetos que buscavam limitar o alcance das tutelas e, em 2005, aprovou uma lei que visava melhorar o cuidado de pessoas que sofriam de doenças terminais ou catastróficas, como a HIV/AIDS.⁵⁶

Em 2007, foi realizada uma reforma parcial do SGSSS, com vistas a melhorar a prestação dos serviços, a partir de ajustes na gestão, financiamento, vigilância, entre outros. Apesar dos esforços do governo, o volume de tutelas continuou em crescimento, culminando com a expedição da sentença T-760 de 2008, marco jurisprudencial que implicou em consequências estruturais para o sistema de saúde. Foram selecionadas 22 tutelas que buscavam a proteção individual do direito à saúde e que representavam as causas mais frequentes de demandas judiciais. Uma parte da decisão analisou cada caso, enquanto a outra se referiu aos problemas estruturais do sistema (principalmente de regulação), com a finalidade de promover a redução da litigância, tendo como base decisões anteriores e as leis do sistema.^{57, 58}

Entre as ordens apresentadas, a Corte estabeleceu que fosse garantida a sustentabilidade financeira do sistema e o fornecimento adequado de informações aos usuários, para favorecer a escolha do prestador de saúde. A maioria das ordens se relacionou aos planos de benefícios e foi apontada a obsolescência do plano de saúde, assim como a imprecisão quanto ao seu conteúdo e cobertura. Foi ressaltado que a maior parte das tutelas se referia a serviços já incluídos no plano, o que revelou uma estratégia utilizada pelas operadoras para burlarem a regulação do sistema, transformando a tutela em um pré-requisito para garantir o acesso aos procedimentos. Do mesmo modo, foi considerada inaceitável a diferenciação entre os planos de saúde dos dois regimes, sendo recomendada sua unificação gradual. Instituiu-se ainda a obrigatoriedade de o poder executivo informar à CCC e à Defensoria sobre os avanços nesse sentido.^{59, 60, 61} Em 2011, o governo encaminhou nova reforma parcial do SGSS em resposta à sentença T-760, mas a unificação dos planos só ocorreu em julho de 2012.⁶²

Outra mudança promovida foi a adoção, a partir de 2013, de dois novos tipos de regulação da precificação de medicamentos para redução dos gastos: liberdade de mercado supervisionada e controle direto de preços. Finalmente, em 2015, a partir da linha jurisprudencial da CCC, o Congresso publicou uma lei estatutária que reconhece a saúde como um direito fundamental e, portanto, protegido diretamente pela tutela, sem necessidade de conectá-lo a outro direito. As mudanças, entretanto, enfrentaram

54 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): "Realizing the fundamental right to health through litigation: the Colombian case", en *Health and Human Rights Journal*, Vol.20, Nro.1, Harvard, Boston, pp. 133-145.

55 BETANCUR, Carlos Mario Molina (2013): Op. Cit.

56 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): Op. Cit.

57 CANO, Luisa F. (2015): "El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia", en *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Vol.33, Nro.1, Universidad de Antioquia, Medellín, pp. 111-120.

58 FUHRMANN, Italo Roberto (2016): Op. Cit.

59 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): Op. Cit.

60 CANO, Luisa F. (2015): Op. Cit.

61 FUHRMANN, Italo Roberto (2016): Op. Cit.

62 GÓMEZ-CEBALLOS, Diego Alexander, Isabel Maria Rodrigues CRAVEIRO, Luzia Augusta Pires GONÇALVES (2018): Op. Cit.

resistência dos governantes, que tentaram obstruir as ordens estruturais, declarando estado de emergência econômica e social e utilizando poderes de emergência para mudar o arcabouço legal.⁶³ Foi introduzida uma Emenda Constitucional, estabelecendo o princípio da sustentabilidade fiscal e possibilitando ao governo e ao MP a apresentação de um incidente de impacto fiscal para frear as sentenças. No âmbito da CCC, foi criada uma Sala Especial de Seguimento, com o objetivo de emitir comunicados e autos relativos ao monitoramento da implementação de cada recomendação. Diante da diversidade de critérios entre os atores, da complexidade do tema e da ausência de participação da sociedade, o seguimento proposto teve poucos resultados.⁶⁴ Paralelamente, a sentença reconheceu o dever dos juízes em apoiar e respeitar decisões políticas limitantes do direito à saúde, desde que fundamentadas, razoáveis e transparentes.⁶⁵

III. Considerações finais: a judicialização da saúde como questão política estruturante

A delimitação da judiciabilidade do direito à saúde e avaliação de suas consequências não é uma tarefa simples, já que depende do contexto legal e político do país, assim como da distribuição dos bens sociais e de fatores institucionais que ultrapassam o texto constitucional e suas interpretações.⁶⁶ Nessa perspectiva, a discussão proposta busca superar a ideia de combate à judicialização da saúde, evidenciando que as características institucionais produzem mudanças distintas nos sistemas e políticas de saúde e que muitas dessas mudanças foram (e são) fundamentais para a efetivação do direito à saúde nos dois países. Como ressalta Fleury,⁶⁷ é necessário apoiar a judicialização no sentido de garantir mudanças concretas no sistema de saúde, enfrentando a lógica de acumulação financeira e as investidas dos interesses privados. Vale destacar que no Brasil, a predominância das ações individuais que caracteriza a atuação do judiciário, termina por legitimar movimentos para restringir sua abrangência. No caso da Colômbia, Arrieta-Gómez⁶⁸ apresentou percepção similar e assinala que essa reatividade à litigância, na verdade, leva ao aumento do volume de ações.

Ademais, para que a judicialização tenha consequências políticas e institucionais efetivas, a literatura aponta alguns condicionantes: a necessária coletivização das medidas; o cumprimento das sentenças e sua emissão baseadas em políticas existentes; a presença de infraestrutura prévia para execução das ordens judiciais; o apoio político às demandas e o acompanhamento da execução das sentenças, com participação social.^{69, 70, 71} A coletivização das medidas depende da receptividade das cortes, além da sua posição em termos de controle de constitucionalidade, sendo que cortes centralizadas, como a colombiana, tendem a promover maior impacto. No caso do Brasil, o sucesso de ações coletivas é um desafio,⁷² mas questiona-se se o deferimento

63 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): Op. Cit.

64 CANO, Luisa F. (2015): Op. Cit.

65 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): Op. Cit.

66 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): Op. Cit.

67 FLEURY, Sônia (2012): Op. Cit.

68 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): Op. Cit.

69 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): Op. Cit.

70 CANO, Luisa F. (2015): Op. Cit.

71 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

72 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): Op. Cit.

de um grande número de ações individuais e difusas já não estaria acarretando o temido impacto financeiro. O Judiciário brasileiro poderia, por exemplo, intervir em questões que afetam diretamente a distribuição dos serviços, como o financiamento do SUS.⁷³ Ainda, as Cortes poderiam atuar na limitação de proteção de patentes; no controle de preços de medicamentos ou na restrição a esquemas de privatização.⁷⁴ Espera-se que os resultados do presente estudo, além do intercâmbio de experiências entre o Brasil e a Colômbia, possam contribuir para os debates acerca das políticas e da judicialização da saúde nos dois países.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AITH, Fernando M. Abujamra (2010): "A saúde como direito de todos e dever do Estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil" em AITH, Fernando M. Abujamra, Luciana T. Mattana SATURNINO, Maria G. Araújo DINIZ et al. (orgs.): *Direito Sanitário - Saúde e Direito, um diálogo possível*, ESP-MG, Belo Horizonte, pp.73-105.
- ALMEIDA, Célia Maria de (1999): "Reforma do Estado e reforma de sistemas de saúde: experiências internacionais e tendências de mudança", em *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol.4, Nro.2, ABRASCO, Rio de Janeiro, pp.263-286, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81231999000200004>.
- ANDRADE, Eli Iola Gurgel, Carlos Dalton MACHADO, Daniel Resende FALEIROS et al. (2008): "A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça", em *Revista Médica de Minas Gerais*, Vol.19, Supl.4, Coopmed, Belo Horizonte, pp.S46-S50.
- ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): "Realizing the fundamental right to health through litigation: the Colombian case", em *Health and Human Rights Journal*, Vol.20, Nro.1, Harvard, Boston, pp. 133-145.
- BALESTRA NETO, Otávio (2015): "A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade", em *Revista de Direito Sanitário*, Vol.15, Nro.1, USP, São Paulo, pp. 87-111, doi: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111>.
- BETANCUR, Carlos Mario Molina (2013): "La tutela y reforma en salud: desencanto de un juez soñador", em *Vniversitas*, Nro.127, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp.157-188, doi: <http://dx.doi.org/10.1144/Javeriana.VJ127.trsd>.
- BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): "A new policy landscape: legalizing social and economic rights in the developing world" em GAURI, Varun y Daniel M. BRINKS (eds.): *Courting Social Justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge University Press, New York, pp.303-352.
- CANO, Luisa F. (2015): "El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia", em *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Vol.33, Nro.1, Universidad de Antioquia, Medellín, pp. 111-120.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2019): *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Insper/CNJ, Brasília.

73 LOPES, Luciana de Melo Nunes, Francisco de Assis ACURCIO, Semíramis Domingues DINIZ et al. (2019): *Op. Cit.*

74 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): *Op. Cit.*

- DAVID, Grazielle, Alane ANDRELINO, Nathalie BEGHIN (2016): Direito a medicamentos. Avaliação das despesas com Medicamentos no âmbito federal do Sistema Único de Saúde entre 2008 e 2015, Instituto de Estudos Socioeconômicos, Brasília.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2019): La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2018, Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá.
- DELDUQUE, Maria Célia y Eduardo Vazquez de CASTRO (2015): "A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil", en Saúde em Debate, Vol.39, Nro.105, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 506-513, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>.
- FLEURY, Sônia (2012): "Judicialização pode salvar o SUS", en Saúde em Debate, Vol.36, Nro.93, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 159-162.
- FUHRMANN, Italo Roberto (2016): "Direito fundamental à saúde na Colômbia: perspectivas constitucionais a partir da jurisprudência da corte constitucional da República da Colômbia", en Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Vol.4, Nro.2, UnilaSalle, Canoas, pp.147-164, doi: <http://dx.doi.org/10.18316/2318-8081.16.29>.
- GARGARELLA, Roberto (2013): Latin American Constitutionalism, 1810 – 2010. The Engine Room of the Constitution, Oxford University Press, New York.
- GOMES, Dalila F, Camila Rufino SOUZA, Felipe Luiz da SILVA. et al. (2014): "Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?", en Saúde em Debate, Vol.38, Nro.100, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 139-156, doi: <http://dx.doi.org/10.5935/0103-104.20140008>.
- GÓMEZ-CEBALLOS, Diego Alexander, Isabel Maria Rodrigues CRAVEIRO, Luzia Augusta Pires GONÇALVES (2018): "A importância da judicialização da saúde na garantia do direito à saúde em Medellín – Colômbia", en SANTOS, Alethele de Oliveira y Luciana Tolêdo Lopes (orgs.): Coletânea direito à saúde: institucionalização, CONASS, Brasília, pp.82-93.
- GUERRERO, Ramiro, Ana Isabel GALLEGO, Victor BECERRIL-MONTEKIO et al (2011): "Sistema de salud de Colombia", en Salud Pública de México, Vol.53, Supl.2, Instituto Nacional de Salud Pública, Cuernavaca, pp.S144-S155.
- HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil" en GAURI, Varun y Daniel M. BRINKS (eds.): Courting Social Justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world, Cambridge University Press, New York, pp.100-145.
- IBARRA, Jennifer Patricia Santos (2013): "Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente", en Revista Academia & Derecho, Vol.6, Nro.4, Universidad Libre, Cúcuta, pp.155-172.
- LANDAU, David y Julián Daniel LÓPEZ-MURCIA (2009): "Political institutions and judicial role: an approach in context, the case of Colombian Constitutional Court", en Vniversitas, Nro.119, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp.55-92.
- LONDOÑO, Juan-Luis y Julio FRENK (1997): Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la Reforma de los sistemas de salud en América Latina, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington.
- LOPES, Luciana de Melo Nunes, Francisco de Assis ACURCIO, Semíramis Domingues DINIZ et al. (2019): "(Un)Equitable distribution of health resources and the judicialization of healthcare: 10 years of experience in Brazil", en International Journal for Equity in Health, Vol.18, Nro.10, BMC, Londres, pp.1-8, doi: <https://doi.org/10.1186/s12939-019-0914-5>.
- MACHADO, Marina Amaral de Ávila, Francisco de Assis ACURCIO, Cristina Mariano Ruas BRANDÃO et al. (2011): "Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil", en Revista de Saúde Pública, Vol.45, Nro.3, FM/USP, São Paulo, pp.590-

598, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102011005000015>.

- MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves (2007): *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*. Fiocruz, Rio de Janeiro.
- SANTISO, Carlos (2004): "Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability" en GLOPPEN, Siri, Roberto GARGARELLA, Elin SKAAR (eds.): *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Court in New Democracies*, Frank Cass, London, pp.117-131.
- SCHULZE, Clênio Jair (2019): *Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil*. Empório do Direito. Tomado de: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>, Fecha de consulta: 06.09.2019.
- VELEZ, Marcela (2016): *La salud en Colombia: pasado, presente y futuro de un sistema en crisis*. Debate, Bogotá.
- VIANNA, Luiz Werneck y Marcelo Baumann BURGOS (2005): "Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública", en *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Vol.48, Nro.4, IESP/UERJ, Rio de Janeiro, pp.777-843, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000400003>.
- YEPES, Rodrigo Uprimny (2006): "The enforcement of social rights by the Colombian, Constitutional Court: Cases and debates" en GARGARELLA, Roberto, Pilar DOMINGO, Theunis ROUX (eds.): *Courts and Social Transformation in New Democracies. An institutional voice for the poor? Ashgate, Hampshire*, pp.127-151.