

A Tomada de Decisão nas Cortes e a Judicialização da Saúde no Brasil

Autoria: Simone Tiêssa de Jesus Alves

RESUMO

O direito à saúde é fundamental à vida, sendo um dos principais direitos humanos. A efetivação do direito à saúde via sistema judiciário é um mecanismo de defesa dos cidadãos para garantir que o Estado cumpra seu papel no que diz respeito aos direitos fundamentais. Por se tratar de um campo interdisciplinar, envolvendo, principalmente, o direito, a saúde e a gestão de políticas públicas, compreender a complexidade inerente às decisões sobre os processos nos tribunais é essencial do ponto de vista teórico, gerencial, econômico e social. Contudo, a revisão de literatura aponta que campo de estudos sobre judiciário carece de abordagens que incorporem aspectos gerenciais à luz do corpo de Teorias das Organizações. Assim, este ensaio tem como objetivo propor um modelo explicativo das dimensões que influenciam a tomada de decisão dos juizes, relacionando os reflexos da representação deste problema no desempenho para a sociedade em termos de equidade e universalidade de acesso.

1. Introdução

O direito à saúde perpassa as fronteiras dos países, estabelecendo-se como fundamental à vida. A partir da Declaração dos Direitos Humanos, adotada em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), o direito à saúde emerge como forma de garantia universal da dignidade dos cidadãos. Contudo, estudos sobre o papel da judicialização na efetivação desses direitos têm apontando falhas no papel dos Estados em garantir o acesso de todo e qualquer.

A diáde judicialização e saúde permeia diversas áreas do conhecimento, dentre as principais cita-se: o direito, a economia, a ciência política e a administração pública. Além disso, estudar o tema envolve a interpretação de valores e normas culturais, o funcionamento de instituições especializadas na oferta de serviços de saúde e também judiciais, assim como aspectos psicossociais, econômicos e administrativos. Nesse sentido, a participação ativa dos cidadãos tanto na avaliação de políticas públicas, seja pela atuação em fóruns, órgãos colegiados e representação legislativa, quanto pela defesa de seus direitos por via judicial, é uma ferramenta essencial para a análise crítica das ações e resultados obtidos pelos Estados na garantia dos direitos humanos fundamentais.

O Constitucionalismo traduz a limitação do poder e a supremacia da lei quanto ao respeito e à garantia dos direitos fundamentais (Barroso, 2009). Nas sociedades democráticas, contudo, essa questão torna-se dialética, ou seja, dada a soberania do governo, o foco nas majorias e as limitações orçamentárias e gerenciais dos Estados, bem como na democracia, muitas vezes, implica em restrição do direito de minorias em função do atendimento de demandas de massa. Assim, o Estado democrático pode vulnerar direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário intervir nessas questões, culminando na judicialização.

Esse debate no Brasil apresenta argumentos negativos e positivos sobre o fenômeno. Negativamente, são expostas as noções de finitude orçamentária, caráter individual da demanda e ausência de parâmetros médicos técnicos quando da decisão judicial. Positivamente, defende-se o direito constitucional à saúde, a ineficiência administrativa na prestação de serviços de saúde e a importância da atividade judicial (Gomes et al., 2014).

Apesar dos argumentos e justificativas, a judicialização dos direitos implica em uma série de agravantes, como colocar em risco a continuidade de políticas públicas, a desorganização das ações de planos governamentais nos diversos níveis da esfera de governo, impedindo, muitas vezes a aplicação racional de recursos públicos escassos. Ainda, as

diferentes interpretações da Constituição e das leis, e o próprio ativismo judicial, podem ocasionar privilégios a alguns em prejuízo à generalidade da cidadania (Barroso, 2009).

A judicialização surge no cenário internacional conjugada ao ativismo judicial, que exprime “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais” (Barroso, 2009, p.19). A Organização Mundial de Saúde define a saúde como o completo bem-estar físico e mental do ser humano, envolvendo os aspectos: individual (psicológico), biológicos, socioeconômicos e culturais (OMS, 1978). Assim, o direito à saúde vai muito além da assistência médica e dos serviços de saúde, pois implica em promover ações relacionadas ao trabalho, ao emprego, ao lazer, ao transporte e demais condições ligadas à estrutura da vida em sociedade (Matias e Muniz, 2015). O primeiro passo para a efetivação do direito à saúde é entender que este não se esgota na norma constitucional e nas políticas públicas, indo além dos governos estabelecidos e manifestando um caráter contínuo, regular e dentro dos critérios de qualidade nos diferentes âmbitos da saúde (Asensi e Pinheiro, 2015).

A tomada de decisão nos julgamentos dos tribunais possui inúmeras dimensões analíticas que devem ser consideradas pelos juízes na representação do problema, geração e seleção de alternativas (Chisholm, 1995). Contudo, dada a complexidade e os múltiplos stakeholders envolvidos no processo, a racionalidade utilizada nos julgamentos é limitada (Simon, 1991) tanto pelo fator humano, quanto pela estrutura de apoio necessária aos processos do tribunal, como é o caso da força auxiliar dos magistrados. Ainda, as tecnologias são um elemento essencial para integrar não só a comunicação entre os envolvidos no processo de judicialização, como também para gerar informações integradas e úteis à decisão dos magistrados.

Posto isso, esse ensaio discute as seguintes questões: quais as dimensões e fatores são determinantes das decisões sobre judicialização da saúde nos tribunais brasileiros? Ainda: como a representação do problema nos tribunais afeta o desempenho das sentenças em termos de equidade de acesso e universalidade a esse direito fundamental? O campo de estudos sobre judiciário carece de abordagens que incorporem aspectos gerenciais à luz do corpo de Teorias das Organizações. Assim, o estudo traz essa discussão sob a perspectiva da teoria neo-institucional e da racionalidade limitada.

2. Discussão Teórica

A judicialização de demandas sociais é um fenômeno global e têm se tornado uma via cada vez mais recorrente para o acesso aos bens e direitos sociais, como saúde, educação e direitos políticos (Barroso, 2012). Dentre as origens do fenômeno, destaca-se o princípio da supremacia constitucional, que originou o constitucionalismo, uma das bases da política norte-americana, hoje compartilhado por mais de cem países (Hirschl, 2009).

A gestão da saúde é uma abordagem multidisciplinar, posto que abrange tanto a formulação de leis para execução de políticas, quanto a execução dessas políticas pelos órgãos executivos e a garantia desse direito humano fundamental pelos tribunais em nível mundial. Contudo, o crescimento do fenômeno nas últimas décadas, especialmente no caso brasileiro, evidencia que compreender os papéis, a gestão e as decisões dos tribunais sobre esses litígios é crucial, dado o impacto dessas decisões nas esferas executivas e também legislativas. Ainda, posto o princípio da equidade de acesso aos direitos fundamentais, uma das bases da judicialização, é importante mapear o perfil dos litigantes, as variáveis determinantes dos litígios, bem como seus impactos na sociedade e na diáde entre democracia e individualismo.

Diversos estudos no Brasil (Pepe et al., 2010; Chieffi & Barata, 2008; Machado, 2008) 2014; Figueiredo, Pepe & Castro, 2010; Soares, Calmo e Deprá, 2012; Pandolfo, Delduque & Amaral, 2012; D’Espindula, 2013; Diniz, Machado e Penalva, 2014) trataram da judicialização da saúde com foco na administração pública. A judicialização é um fenômeno global abarcado

por inúmeras instituições legais, normativas, gerenciais, econômicas e sociais que ampliam cada vez mais a complexidade do problema.

A teoria neoinstitucional propõe que as instituições, como é o caso das leis, são artifícios humanos e, para compreendê-los, precisamos saber as motivações que deram origem às mesmas, assim como os processos que as efetivam socialmente. Logo, faz-se necessário entender os processos de resolução de problemas inerentes à judicialização da saúde e perceber que o problema abrange dimensões que vão muito além das decisões dos tribunais. Estas decisões materializam escolhas dos esforços dos magistrados em identificar e estruturar o problema, que muitas vezes podem ocorrer de forma incompleta diante da racionalidade limitada tanto dos juizes quanto da estrutura dos tribunais em integrar o problema, suas causas, os stakeholders envolvidos e as informações necessárias para vê-lo de forma sistêmica (Chisholm, 1995). Sobre a racionalidade limitada, Simon (1991) ressalta a importância do mapeamento da representação dos problemas para compreender as razões que originam tais limitações, impedindo que a solução ocorra de forma satisfatória ou mesmo ideal.

Com o intuito de contextualizar o problema da judicialização da saúde, suas dimensões externas e internas aos tribunais, bem como sua expectativa de desempenho em relação ao acesso aos direitos fundamentais constitucionais por meio das decisões nos tribunais, esse trabalho foi organizado da seguinte forma: (seção 2.1) traz a apresentação do problema sob o aspecto gerencial de forma sistêmica, contemplando suas dimensões analíticas, os arranjos institucionais que a compõe e os principais atores interessados no tema; (seção 2.2) discute os aspectos internos aos tribunais que podem impactar o desempenho das decisões judiciais; (seção 2.3) traz a representação do problema da judicialização e os aspectos inerentes a geração e seleção de alternativas para a decisão; por fim apresenta-se a conclusão do estudo e suas limitações.

2.1 Dimensões da Judicialização, Arranjos Institucionais e Stakeholders

A judicialização da saúde é um processo multidisciplinar, que envolve atores do Executivo, Legislativos, Judiciário e sociedade civil organizada, contemplando aspectos sociais, sanitários, políticos, éticos e jurídicos, tendo, portanto múltiplas dimensões de análise (Pandolfo, Delduque & Amaral, 2012). Neste aspecto, Moraes (2017) propõe cinco dimensões básicas para análise do fenômeno: (1) sóciodemográfica, que contempla a análise do perfil demográfico, econômico e social dos demandantes do acesso a saúde; (2) processual, que inclui as características dos litígios, o tipo de acesso a justiça (privada ou via ministério público), as categorias de processos e sentenças, instâncias do judiciário, dentre outras; (3) a dimensão do Sistema Único de Saúde (SUS), que contempla (a) as políticas de saúde pública, (b) o acesso proporcionado aos pacientes nos âmbitos da saúde municipal e estadual, (c) o gerenciamento dos processos de judicialização pelos gestores do SUS, e (d) o orçamento dos municípios, estados e União; (4) a dimensão médico-sanitária, que envolve os representantes da indústria farmacêutica e os profissionais da saúde; e (5) a dimensão político-administrativa, que contempla as funções do Tribunal de Contas, do Legislativo, Judiciário e da Advocacia Geral da União.

Quanto à dimensão sociodemográfica, Asensi (2010) ressalta a importância de se analisar o pluralismo político, ou seja, os grupos que compõe o centro do poder no que tange o acesso aos direitos, buscando analisar os fatores sociais determinantes na produção jurídica e como a produção jurídica pode gerar embates de desigualdade social, promovendo grupos dominantes com maior acesso à lei e ao processo judicial. No âmbito da Lei 8080 de 1990, os fatores que compõe o delimitam a saúde são:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a

alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais (Brasil, 1990).

Acredita-se que os dados governamentais, especialmente dos Estados, sobre aspectos sociodemográficos, como alimentação, moradia, saneamento básico, empregabilidade, renda e educação possam ser utilizados para operacionalizar a dimensão sociodemográfica na pesquisa empírica.

Em um Estado Democrático de Direito, a execução de políticas públicas deve possibilitar a inserção social por meio de mecanismos de atuação burocrática do Executivo, quanto também a interação dos atores na criação da agenda de políticas públicas, bem como em sua avaliação, participação ativa dos cidadãos, entidades civis no processo e de controle (social, burocrático e judicial), seja por mecanismos diretos ou indiretos de representação e garantia dos direitos sociais. Esse conjunto de regras, mecanismos e processos que definem a forma particular como se coordenam atores e interesses na implementação de uma política pública específica em prol do acesso à saúde denomina-se arranjo institucional (Pires & Gomide, 2014).

Dentre os principais stakeholders que compõe o arranjo institucional, necessário citar o Ministério Público que, conforme Machado (2008) é incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses individuais indisponíveis e dos direitos coletivos. O autor também ressalta que a Constituição Brasileira contempla a participação da sociedade civil organizada e do Ministério Público no controle da constitucionalidade das leis.

Sobre a interlocução dos três poderes, estudos apontam a importância do delineamento das funções e competências dos três poderes, bem como a comunicação intra e inter poderes, por meio de banco de dados e sistemas automatizados que possibilitem comunicação em tempo real entre o sistema jurídico e as secretarias de saúde (Recomendação nº 31/2010 do CNJ; Pepe et al., 2010).

2.2 Fatores internos e desempenho de tribunais

É fato que o acesso à saúde por vias judiciais materializa a busca do cidadão por acesso aos direitos constitucionais não atendidos na prestação de serviços públicos do Executivo. Assim, os serviços prestados pelos tribunais tornam-se uma alternativa na busca da efetiva execução desses direitos. Nesse sentido, é importante tratar a questão também do ponto de vista dos prestadores de serviço público (tribunais) e dos usuários desses serviços (demandantes).

Boyne (2002, 2003) identificou as sete dimensões principais do desempenho do serviço público, para as quais se propõe a seguinte contextualização no judiciário: (a) quantidade de processos julgados; (b) qualidade das decisões judiciais; (c) eficiência nos processos (proporção de resultados por investimento financeiro); (d) equidade (justiça na distribuição de recursos, serviços e benefícios entre diferentes grupos); (e) resultados; (f) custo por ação; (g) satisfação do cidadão (consumidor do serviço público).

No caso da judicialização da saúde, as principais medidas de desempenho para o demandante do sistema judicial é o acesso ao direito à saúde. Contudo, também devem ser balizadas outros dois princípios importantes como a equidade do acesso e a universalidade. O princípio da equidade preza pelo acesso igualitário de todos os cidadãos aos direitos fundamentais garantidos pelo Estado. Porém, dadas as restrições da capacidade do Estado em atender plenamente esses direitos, os cidadãos têm acesso a serviços limitados de saúde. A judicialização traz à tona ao paradoxo da equidade, pois ao tentar promover a garantia dos direitos acaba gerando desigualdades no acesso entre os cidadãos, posto que os que não recorrem judicialmente a tais direitos recebem menor investimento do Estado na prestação de serviços públicos, podendo comprometer o tratamento de saúde. Ainda, o princípio da

universalidade preza que todos tenham o mesmo acesso, mesmo que limitado, podendo ser comprometido pelas decisões vai judicial (Machado, 2012).

O desempenho das sentenças judiciais pode ser abordado em várias dimensões, conforme o tipo de demanda. Contudo, estudos apontam que um dos fatores que afetam a qualidade da decisão sobre as sentenças, bem como o tempo de resposta dos magistrados é a força auxiliar, ou seja, a quantidade de funcionários auxiliares nos tribunais, como os assistentes de apoio aos juízes (Chaparro & Jiménez 1996, Mitsopoulos & Pelagidis 2007, 2010). Esses funcionários podem influenciar as condições de trabalho dos juízes, repercutindo na produtividade do tribunal (Jonski & Mankowski, 2014). Ainda, há evidências que o tempo de experiência do juiz impacte não só sua produtividade (número de processos julgados por período), como também a qualidade dos julgamentos (Bhattacharya & Smyth, 2001; Gomes e Guimarães, 2013).

Outro aspecto que influencia a prestação do serviço judicial é a tecnologia utilizada nos processos e na comunicação dos tribunais. Pepe et al. (2010) apontam como crucial o desenvolvimento de instrumentos que operacionalizem a judicialização da saúde em três aspectos: (i) atualização e compartilhamento de informações das demandas e ações para os principais stakeholders; (ii) promoção do acesso a essas informações a fim de delimitar práticas e posturas éticas, jurídicas e técnicas tanto dos planejadores da saúde, quanto dos médicos e demais atores; (iii) fomentar um perfil de comunicação capaz de estimular ações inovadoras pelos diversos agentes, nos distintos campos de conhecimento.

O caso dos tribunais europeus aponta que as tecnologias aprimoram a comunicação entre tribunais e os diferentes públicos envolvidos, sendo cada vez mais eficientes os sites e portais eletrônicos para esse fim (Velicogna, 2007). Há evidências empíricas que o uso das TICs em tribunais em diversos países (Estados Unidos, Canadá, Europa, Austrália, Cingapura, América do Sul, África e Ásia) proporciona não só melhoria da organização dos processos internos dos tribunais (como registros automatizados), como também a inclusão de sistemas de apoio às atividades dos juízes (leis, bibliotecas e sistemas de apoio às sentenças), eliminando tarefas repetitivas e registrando procedimentos do tribunal (Hunter, 2012). No que tange a melhoria da comunicação, estudos empíricos apontam avanços com os investimentos em TICs (Freitas & Medeiros, 2015; Fragale Filho & Veronese, 2009).

Os órgãos do Sistema Único de Saúde (SUS) passaram a gerenciar desde 2009 as demandas judiciais mais relevantes a fim de munir a tomada de decisão e as providências quanto a eficiência dos mecanismos de promoção do acesso à saúde. Silva (2017) ressalta que a criação da Coordenação de Demanda Judicial (CDJU), por meio da Portaria n. 3.965, de 14 de dezembro de 2010, possibilitou aumentar a integração entre as esferas do Executivo e Judiciário. A mesma autora relata que a criação do sistema PECJUDICIAL pelo DATASUS, em 2014, possibilitou a gestão das áreas envolvidas no cumprimento da determinação judicial, contemplando toda a cadeia logística dos medicamentos fornecidos para o atendimento das decisões judiciais. Contudo, a integração dos sistemas de saúde com os sistemas judiciais, gestores da saúde, abarcando outros stakeholders como o legislativo, fornecedores de medicamentos, agência reguladora (ANVISA) e peritos médicos são cruciais para a visão sistêmica do problema e delineamento das alternativas para a decisão judicial.

Proposição 01: os fatores internos dos tribunais preponderam sobre os externos no desempenho das decisões judiciais, dadas as limitações da racionalidade dos juízes em função de sua experiência, da equipe de apoio e do suporte tecnológico na integração das informações e stakeholders envolvidos na decisão.

2.2 Representação do problema da judicialização da saúde

Com a instituição da Constituição de 1988, ocorre a expansão do Poder Judiciário, emergindo, dentre as atribuições centrais, a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial (Ferreira e Costa, 2013). Conseqüentemente, três condições tornaram-se determinantes da judicialização das políticas: (1) as condições políticas, remetendo às discussões inerentes a democracia, pluralismo político, conflitos decorrentes do federalismo e a representatividade da população, garantia dos direitos da supremacia dos direitos do cidadão frente ao descrédito para com as representações políticas e executivas; (2) condições institucionais, ampliando os direitos constitucionais e também o controle constitucional, bem como reconstrução da doutrina judicial; (3) ativismo judicial, por meio do qual o judiciário monitora e fiscaliza a atuação dos outros dois poderes no que tange a adoção de medidas para garantia do “núcleo duro” dos direitos constitucionais, como é o caso da saúde (Brandão, 2012; Ferreira e Costa, 2013).

Para além dos determinantes constitucionais, Pandolfo, Delduque & Amaral (2012) apontam determinantes associados ao planejamento, execução e limites de atuação do Sistema Único de Saúde, bem como aspectos de caráter socioeconômico, que condicionam a judicialização da saúde no Brasil, a saber: (a) variáveis socioeconômicas e demográficas; (b) disponibilidade de acesso à saúde complementar; (c) tempo de espera por atendimentos; (d) disponibilidade de médicos; (e) condições da estrutura física de atendimento à saúde; (f) porcentagem de medicamentos prescritos efetivamente dispensados; (g) suprimento de medicamentos; (h) tempo médio de desabastecimento de medicamentos nas unidades de saúde;

(h) acesso da população ao sistema de saúde; (i) oferta de bens e serviços nos níveis de atenção e complexidade da saúde.

A ascensão de grupos minoritários em busca de garantia de direitos como determinantes da judicialização no cenário nacional (Machado & Dain, 2012). Brauner e Furlan (2013, p. 120) apontam que as principais razões da judicialização da saúde provêm das medidas tomadas dentro das competências do SUS, sendo: “a reivindicações de acesso a medicamentos, insumos de higiene íntima, procedimentos médicos de saúde – cirurgias, consultas e exames” e a requisição de vagas para internação em hospitais vinculados ao SUS. A tendência de medicalização da vida, que transforma questões não médicas (variações na cultura, tensões ambientais, fatores externos que interferem na qualidade biopsíquica), conforme Lima (2010), em problemas médicos também é destaque dentre as origens da judicialização da saúde no que diz respeito à ampla definição do conceito de saúde contemplado na Carta Magna e também nos organismos internacionais como a ONU.

(...) vem se produzindo uma desigualdade cada vez maior no acesso às ações e serviços de saúde, sendo que o que preocupa não é exatamente o quanto vem sendo gasto, mas a forma como vem sendo gasto. Tudo indica que se medidas mais diretas, que visem à diminuição do crescente processo social de medicalização da vida não forem adotadas, por consequência o impacto do processo de judicialização da saúde nas estruturas garantidoras do Sistema Único de Saúde será preocupante (Brauner & Furlan, 2013, p. 121).

Na ótica da administração pública, as ponderações sobre os efeitos negativos do fenômeno da judicialização da saúde, de acordo com D’Espíndula (2013), podem ser apresentadas sob três ângulos. O primeiro aponta que o deferimento absoluto de pedidos judiciais pode aprofundar as iniquidades de acesso ao sistema público de saúde, infringindo princípio do SUS, uma vez que favorecem aqueles que têm maior possibilidade de veicular sua demanda judicialmente. Além disso, compromete o princípio da integralidade, uma vez que ações de cunho individual não são estendidas aos demais portadores da mesma condição patológica, que poderiam se beneficiar do objeto da demanda.

O segundo ângulo refere-se às dificuldades na gestão da saúde propriamente dita, uma vez que a ágil resposta às demandas judiciais, não previstas no planejamento dos serviços, exige a criação de uma estrutura “paralela” para seu acompanhamento, com procedimentos de compra

não usuais na administração pública, e gastos mais elevados, por exemplo, na aquisição de medicamentos (D’Espíndula, 2013). E o terceiro ângulo refere-se à segurança do paciente em face de possíveis prescrições inadequadas, mesmo que de medicamentos já selecionados e incorporados no SUS, e, em especial, na prescrição de “novos” medicamentos e/ou indicações terapêuticas para os quais as evidências científicas ainda não se encontram bem estabelecidas (D’Espíndula, 2013). Problema esse que pode, inclusive, impactar ainda mais o orçamento dos órgãos da administração pública responsáveis pela gestão do sistema (Figueiredo, 2010).

Medeiros, Diniz e Schwartz (2013) apontam que o cerne do problema distributivo do acesso aos medicamentos (princípio da equidade) advém: (a) dos interesses dos laboratórios e distribuidores da indústria farmacêutica cujos medicamentos ainda passam por avaliação da eficácia clínica do tratamento; (b) das limitações do Estado em gerir a política de assistência farmacêutica; e (c) nas dificuldades do Estado em gerir essas políticas posto que os instrumentos de administração (planejamento, compras em escala, controle de estoques) são limitados pelas determinações judiciais.

Diante da complexidade inerente ao processo de tomada de decisão nos tribunais sobre a judicialização da saúde, o processo de representação dos problemas proposto pela teoria neotinstucional contribui ao expor como os atores criam mapas cognitivos para tentar simplificar tal complexidade em variáveis operacionalizáveis (Simon, 1991). Para Chisholm (1995), esses mapas podem divergir em um mesmo contexto de decisão conforme as premissas de valor e a expertise dos tomadores de decisão. Contudo, mapas de um mesmo contexto decisório podem ser estruturados e revisados por novas informações ou problemas. Os mapas cognitivos são um mecanismo estruturado de resposta ao problemas recorrentes e suas representações tendem a ser incorporadas à memória de longo prazo da organização.

Ainda, os mapas possuem conceitos ou dimensões que permitem agrupar dados e informações em tipologias de variáveis que influenciam as decisões e as alternativas geradas pelo processo, culminando em um sistema de causa-efeito entre conceitos e a direção de seus vínculos (Dutton, Fahey e Narayaman, 1983). Assim, os mapas aceleram tanto a detecção dos problemas como se tornam um mecanismo para melhoria do processo estruturado de tomada de decisão (Chisholm, 1995). A figura 01 é uma representação teórica das dimensões inerentes ao mapa cognitivo do processo de decisão sobre judicialização da saúde a partir da revisão de literatura discutida neste ensaio.



Figura 01. Mapa teórico-cognitivo do processo de judicialização (representação do problema) Fonte: elaborada pela autora

Simon (1991) e Chisholm (1995) ressaltam que os decisores limitam-se em abarcar apenas alguns aspectos inerentes ao problema e sua decisão, dadas suas restrições humanas e estruturais nas organizações em larga escala. Diante disso, indaga-se: quais dimensões são simplificadas ou mesmo desconsideradas no processo de cognição dos fatores mais relevantes para os julgamentos das causas? A estrutura de apoio (tecnológico e de pessoal), bem como o perfil do juiz (práticas de ativismo, tempo de experiência e processos de judicialização julgados) interferem na escolha das dimensões (ou mesmo fatores) mais relevantes para tomada de decisão?

Os estudos sobre o judiciário revisados têm tratado a problemática da judicialização da saúde de forma fragmentada, enfocando em sua grande maioria aspectos inerentes a aplicação da lei e dos direitos fundamentais, o acesso aos tratamentos e a necessidade de se considerar os impactos na gestão da saúde nas diferentes esferas de governo. Neste trabalho, tenta-se contemplar uma visão mais ampla do iceberg da judicialização da saúde

Chisholm (1995) explicita duas perspectivas na definição e solução de problemas: a vertente positiva e a neoinstitucional. A perspectiva positiva concentra-se apenas nos aspectos de tomada de decisão do problema e solução de alternativas. O autor compara esse processo de decisão como um iceberg, do qual a abordagem positiva reporta apenas a parte acima da linha d'água ou a operacionalização da decisão. Ainda, propõe que a representação do problema, a geração e seleção de alternativas no contexto de organizações de larga escala, como é o caso do judiciário, possa ser projetado em um iceberg, cuja ponta acima da linha d'água representa a parte simplificada que operacionaliza a seleção das alternativas para o problema.

Dentre os argumentos que tornam as decisões dos magistrados favoráveis à judicialização, o princípio moral que trata da dignidade da pessoa humana sobressai aos demais aspectos. Nesse sentido, a dimensão sanitária e a arguição médica em favor do paciente são o principal aspecto considerado na concessão da judicialização (Torres, 2013; Moraes, 2017). Contudo, o judiciário também poderá ir além intervindo procurando alternativas ou novas aplicações médicas em tratamentos não regularizados pela ANVISA ou com evidências de lobing da indústria farmacêutica (Borges, 2010)

Proposição 02: as dimensões legal e a sanitária preponderam sobre as demais dimensões externas aos tribunais na tomada de decisão sobre judicialização da saúde.

Estudos apontam que os tribunais consideram prioritário na decisão judicial a defesa do texto constitucional e o acesso à saúde do cidadão, sendo preponderante sobre questões de gestão pública (orçamento, restrição de recursos) e políticas de saúde conduzidas pelo Estado (Mazza, 2013; Engelmann & Cunha Filho, 2013). Dentre as razões para essa postura, pode-se citar: (a) as falhas do Executivo em gerir a coisa pública, implicando em medidas coercitivas pelo judiciário até que se cumpra a sentença proferida em favor do demandante; (b) a sobreposição dos direitos fundamentais ao cidadão ao princípio da divisão dos poderes do Estado, fazendo com que o Judiciário venha intervir como guardião da Constituição nas ações do Executivo e até Legislativo; (c) a constatação de que o Executivo está descumprindo o texto constitucional ao não conseguir prover corretamente esses direitos; (d) o entendimento da unidade do Estado e interseção entre os poderes; (e) o poder do Judiciário em intervir aspectos econômicos financeiros do Estado em função do cumprimento da lei; (f) o predomínio do juízo moral dos magistrados e ativismo político em prol do cidadão (Mazza, 2013; Engelmann & Cunha Filho, 2013)

Proposição 03: dentre os aspectos legais considerados na tomada de decisão, o acesso aos direitos fundamentais prepondera sobre a divisão e autonomia dos demais poderes (Executivo e Legislativo), dado o ativismo juizes na proteção do direito à saúde.

Posto que o Judiciário tem poder coercitivo de fazer valer suas decisões sobre os demais poderes (Mazza, 2013; Engelmann & Cunha Filho, 2013; Torres, 2003) como ente fiscalizador e guardião da Carta Magna, retoma-se que a dimensão interna (Fatores Internos) aos tribunais seja a principal determinante do desempenho as ações de judicialização em termos de garantia da equidade e universalidade do acesso. Uma vez que os demais poderes devem acatar as decisões judiciais, o desempenho da judicialização fica restrito principalmente às limitações internas dos tribunais e sua capacidade de interlocução com os stakeholders nesse processo, conforme proposto na proposição 01.

3. Considerações finais

Buscou-se neste trabalho propor um modelo explicativo das dimensões que influenciam a tomada de decisão dos juizes, relacionando os reflexos da representação deste problema no desempenho para a sociedade em termos de equidade e universalidade de acesso. A discussão teórica teve como enfoque o processo de racionalidade limitada dos juizes em função da complexidade de julgamento desse problema institucional que é a judicialização da saúde.

A principal contribuição do estudo centra-se na concepção de um modelo de tomada de decisão que subsidia futuras pesquisas no campo, trabalhando o tema de forma sistêmica e interdisciplinar. Recomenda-se, para estudos futuros, a utilização de abordagens qualitativas, como painel de especialistas, a fim de testar a hierarquia proposta no iceberg da decisão sobre judicialização, e quantitativas para verificar quais fatores interferem no desempenho desses processos, seja em termos de produtividade dos tribunais ou no mapeamento das razões que originam a judicialização.

A prévia revisão de literatura no campo efetuada e a escassez de estudos empíricos nacionais e internacionais que fundamentassem a discussão na perspectiva das teorias do processo de tomada de decisão deixa claro a necessidade de estudos exploratórios que contemplem mais evidências empíricas para o desenvolvimento do campo. Ainda, verificou-se nos estudos revisados a limitação de tratar as decisões sobre judicialização sobre o enfoque sistêmico, evidenciando os subsistemas inerente a esse problema institucional, tendo como suporte o corpo de Teoria das Organizações e Administração Pública. Embora o estudo apresente um corpo de proposições, faz necessário operacionalizar as dimensões e fatores do mapa cognitivo proposto a fim de testar empiricamente sua validade nos tribunais.

Referências

- Asensi, F. D. (2010).** Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade.
- Bhattacharya, M.; Smyth, R. (2001)** Ageing and productivity among judges: Some empirical evidence from the High Court of Australia. Australian Economic Papers, v. 40, p. 199-212.
- Barroso, L. R. (2009).** Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimentogratis de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, nº 188, p. 29-60.
- Barroso, L. R. (2012).** 'Aqui, lá e em todo lugar': a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais, 919, 127-196.

- Borges, D. D. C. L., & Ugá, M. A. D. (2010). Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o estado do Rio de Janeiro. *Cad. Saúde Pública*, 26(1), 59-69.
- Boyne, G. A. (2002). Theme: Local Government: concepts and indicators of local authority performance: an evaluation of the statutory frameworks in England and Wales. *Public Money and Management*, 22(2), 17-24.
- Boyne, G. A. (2003). Sources of public service improvement: A critical review and research agenda. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 13 (3):367-394.
- Brandão, R. (2012). *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Brasil, C. C. (1990). Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização eo funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da união*, 20.
- Chaparro, F. P, & Jimenez, J. S. (1996). An assessment of the efficiency of Spanish Courts using DEA. *Applied Economics*, 28(11), 1391-1403.
- Chieffi, Ana Luiza; Barata, Rita B. (2009). Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Caderno Saúde Pública*, v.25, n. 8.
- Chisholm, D. (1995). Problem solving and institutional design. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 5(4), 451-492.
- Conselho Nacional de Justiça (CNJ). (2010). Recomendação Nº 31 de 30/03/2010. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.
- Dutton, J. E., Fahey, L., & Narayanan, V. K. (1983). Toward understanding strategic issue diagnosis. *Strategic Management Journal*, 4(4), 307-323.
- D'Espíndula, Thereza C (2013). Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. *Revista Bioética*, v. 21, n. 3.
- Diniz, Debora; Machado, Teresa R.; Penalva, Janaina. (2014). A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, v.19, n.2.
- Engelmann, F., & Cunha Filho, C. (2013). Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, 21(45).
- Fragale Filho, R.; Veronese, A. (2009). Electronic Justice in Brazil. In: *E-Justice: Information and Communication Technologies in the Court System*, edited by A.C. Martínez and P.F. Abat. London: ISR/IGI Global, 135- 151.
- Ferreira, S. L., & Costa, A. M. D. (2013). Núcleos de assessoria técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais. *Revista SJRJ*. Rio de Janeiro, 20(36), 219-240.
- Figueiredo, Tatiana; Pepe, Vera; Castro, Claudia. (2010). Um enfoque sanitário sobre a demanda judicial de medicamentos. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v.20 n.1.
- Freitas, C.; Medeiros, J. (2015) Organizational impacts of the electronic processing system of the Brazilian Superior Court of Justice. *JISTEM Journal of Information Systems and Technology Management*, 12, 2, 317-332.
- Gomes, A. O., & Guimarães, T. A. (2013). Desempenho no Judiciário. Conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa. *Revista de Administração Pública-RAP*, 47(2).

- Gomes, Dalila et al. (2014). Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá. *Saúde Debate*. Rio de Janeiro, v. 38, n.100, 2014.
- Hirschl, R. (2009). *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press.
- Hunter, G. E. (2012). Implementation of information communication technology (ICT) in courtrooms: An overview around the world. *Law Technology*, 45(3), 1-62.
- Jonski, K. & Mankowski, D. (2014). Is sky the limit? Revisiting 'exogenous productivity of judges' argument. *International Journal of Court Administration*, 6 (2), 53-72.
- Lima, R. S. F. (2010) Direito à saúde e critérios de aplicação. In: (Org.) SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 242.
- Machado, F. R. (2008). Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, 9(2), 73-91.
- Machado, R. S., F., & Dain, S. (2012). A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. *Revista de Administração Pública-RAP*, 46(4).
- Mazza, F. F. (2013). Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal. [dissertação de mestrado]. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública/Universidade de São Paulo.
- Medeiros, M.; Diniz, D.; Schwartz, I. V. D. (2013) A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & Saúde Coletiva*, 18(4).
- Mitsopoulos, M., & Pelagidis, T. (2010). Greek appeals courts' quality analysis and performance. *European Journal of Law and Economics*, 30(1), 17-39.
- Mitsopoulos, M., & Pelagidis, T. (2007). Does staffing affect the time to dispose cases in Greek courts?. *International Review of Law and Economics*, 27(2), 219-244.
- Moraes, I. S. D. (2017). Judicialização da saúde: como reduzir os gastos do Ministério da Saúde? Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília.
- Organização Mundial da Saúde (OMS). (1978). *Primary Health Care. Report of the International Conference on PHC, Alma-Ata, USSR, 6-12 Sept.1978: WHO, Health-for-All Series*. OMS / UNICEF.
- Pandolfo, M., Delduque, M. C., & Amaral, R. (2012). Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. *Revista de Salud Pública*, 14(2), 340-349.
- Pepe et al. Vera L.E. (2010). A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*. v.15, n.5.
- Pires, R. R. C., & Gomide, A. D. A. (2014). Burocracia, democracia e políticas públicas: arranjos institucionais de políticas de desenvolvimento (No. 1940). *Texto para Discussão*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).
- Simon, H. A. (1991). Bounded rationality and organizational learning. *Organization science*, 2(1), 125-134.

- Soares, Reis de Souza; Calmon, Jussara; Deprá, Aline. (2012). Ligações Perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 22, n. 1.**
- Torres, I. D. C. (2013) Judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. 2013. 88f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva). Programa de Pósgraduação em Saúde Coletiva, Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia.**
- Velicogna, M. (2007). Justice Systems and ICT-What Can Be Learned from Europe. Utrecht L. Rev., 3, 129.**
- Wasserman, S., & Faust, K. (1994). Social network analysis: Methods and applications (Vol. 8). Cambridge University Press.**