

Comunicação breve

Democracia sanitária, judicialização da política e neoliberalismo

Brief communication

Health democracy, judicialization of politics and neoliberalism

Comunicación breve

Democracia sanitaria, judicialización de la política y neoliberalismo

Daniel dos Santos Rodrigues¹

Resumo

O objetivo do presente ensaio é especular as razões pelas quais a literatura jurídica sanitária não se debruçou de maneira incisiva sobre as causas mais remotas do fenômeno da judicialização da saúde e como isso se relaciona diretamente com a crise democrática atual. Afirma-se que o conceito de democracia sustentado pela doutrina jurídica sanitária é uma derivação do conceito idealizado de democracia do liberalismo, porquanto ingenuamente subestima a degeneração da democracia em *lobby* e ignora os estudos empíricos da ciência política contemporânea que apontam o desinteresse e a passionalidade dos cidadãos com relação aos assuntos públicos. Além disso, ao exaltar um suposto exercício democrático via demandas judiciais de saúde, a doutrina jurídica sanitária dá pouca atenção a explicações alternativas sobre a origem da judicialização da política, tal como a oferecida por Ran Hirschl, o qual sustenta que a crescente judicialização (*juristocracia*) nasce de um acordo estratégico entre as elites econômica, política e jurídica para a preservação hegemônica de seus interesses e para o avanço de uma agenda econômica neoliberal. Sustenta-se a hipótese de que a omissão da doutrina jurídica sanitária para com explicações mais profundas acerca da judicialização da política está relacionada exatamente com esta preservação de interesses da elite jurídica. Por tal razão, para se avançar no aperfeiçoamento da democracia, há que se refletir acerca das causas estruturais da judicialização, e assim promover reformas institucionais que mitiguem tanto a influência do poder econômico na política quanto os mecanismos de produção de ativismo judicial.

Palavras-chave

Democracia. Judicialização da saúde. Liberalismo.

Abstract

The purpose of this essay is to speculate on the reasons why the health legal literature has not focused more incisively on the most remote causes of the phenomenon of the health's judicialization and how this is directly related to the current democratic crisis. It is asserted that the concept of democracy supported by the legal health doctrine is a derivation of the idealized concept of democracy of liberalism, as it naively underestimates the degeneration of democracy in lobby and ignores the empirical studies of contemporary political science

¹ Mestre pelo Programa de Pós-graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás. Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-6190-2097>. E-mail: danielsrodrigues@live.com.

that point to the disinterest and the passionate behavior of citizens regarding public affairs. Furthermore, in praising an alleged democratic exercise via health lawsuits, health legal doctrine pays little attention to alternative explanations of the origin of the judicialization of politics, such as that offered by Ran Hirschl, who sustains that the increasing judicialization (*juristocracy*) stems from a strategic agreement between the economic, political and legal elites for the hegemonic preservation of their interests and for the advancement of a neoliberal economic agenda. It is supported the hypothesis that the omission of the sanitary legal doctrine in regard to deeper explanations about the judicialization of politics is exactly related to this preservation of the interests of the legal elite. For this reason, in order to advance in the improvement of democracy, it is necessary to reflect on the structural causes of judicialization, and thus promote institutional reforms that mitigate both the influence of economic power in politics and the mechanisms of production of judicial activism.

Keywords

Democracy. Health's Judicialization. Liberalism.

Resumen

El propósito de este ensayo es especular sobre las razones por las cuales la literatura jurídica en salud no se ha enfocado de manera más incisiva en las causas más remotas del fenómeno de la judicialización de la salud y cómo eso se relaciona directamente con la actual crisis democrática. Se dice que el concepto de democracia sustentado por la doctrina de la salud jurídica es una derivación del concepto idealizado de democracia del liberalismo, ya que ingenuamente subestima la degeneración de la democracia en el lobby e ignora los estudios empíricos de la ciencia política contemporánea que apuntan al desinterés y pasión de los ciudadanos en relación con los asuntos públicos. Además, al ensalzar un supuesto ejercicio democrático a través de demandas judiciales de salud, la doctrina jurídica de la salud presta poca atención a explicaciones alternativas del origen de la judicialización de la política, como la que ofrece Ran Hirschl, quien sostiene que la creciente judicialización (*juristocracia*) surge de un acuerdo estratégico entre las élites económica, política y legal para la preservación hegemónica de sus intereses y para el avance de una agenda económica neoliberal. Se sustenta la hipótesis de que la omisión de la doctrina jurídica sanitaria para explicaciones más profundas sobre la judicialización de la política está exactamente relacionada con esta preservación de los intereses de la élite jurídica. Por ello, para avanzar en el mejoramiento de la democracia, es necesario reflexionar sobre las causas estructurales de la judicialización, y así promover reformas institucionales que mitiguen tanto la influencia del poder económico en la política como los mecanismos de producción del activismo judicial.

Palabras clave

Democracia. Judicialización de la salud. Liberalismo.

Introdução

Interessante notar que a literatura jurídica sanitária brasileira pouco comenta sobre causas outras acerca do fenômeno da judicialização da saúde e da política no Brasil.

Como é sabido, as narrativas sobre o fenômeno mais específico da judicialização da saúde geralmente se dividem em dois grandes grupos.

O primeiro tem por posição defender as decisões judiciais que obrigam o Estado a prestar obrigações específicas de saúde. Nesse grande grupo, no qual se exalta uma espécie de democracia sanitária, alguns argumentam, em suma, que o direito à saúde, aliado à inafastabilidade da jurisdição, pode e dever exigir a intervenção judicial em qualquer hipótese (1). Outros, apesar de reconhecerem o impacto regressivo de decisões judiciais, especialmente em demandas individuais, entendem que tal litigância possui potencial de transformação institucional de longo prazo. Ou seja, mesmo que em curto prazo haja riscos de regressividade, essas demandas teriam a capacidade de provocar mudanças institucionais positivas nas políticas públicas de saúde (2).

O segundo grupo, que vem ganhando mais força ultimamente, é crítico às decisões judiciais, particularmente tomadas em demandas individuais, uma vez que essas decisões ignoram as prescrições legislativas sobre a prestação de políticas públicas, provocando desorganização orçamentária e efeitos regressivos duradouros (3,4).

Não é objetivo desse pequeno ensaio repisar essa literatura, mas sim especular por que ela, independentemente da narrativa explicativa escolhida, não se debruçou de maneira mais incisiva sobre as causas mais conjunturais do fenômeno da judicialização da saúde e como isso se relaciona diretamente com a crise democrática atual.

Democracia sanitária e romantismo

Muito embora atualmente o conceito de democracia sanitária seja entendido como uma extensão da democracia social, ou seja, um conceito que prescreve o direito de os cidadãos participarem e influenciarem ativamente nos processos de tomada de decisões estatais de saúde, sua origem possui um caráter mais particularista. O termo *democracia sanitária* surge na França, com a mobilização e cobrança de associações de doentes, especialmente os portadores de doenças raras. Em suma, surge como um *lobby* (1).

Apesar de posteriormente depurada e revisada para abarcar características sociais, vemos que o exercício da democracia sanitária, com a judicialização, novamente retorna ao ponto de onde surgiu: na atividade lobista. Se em países desenvolvidos esse problema se apresenta agudo, como o caso do ativismo das associações de pais de pessoas com transtorno do espectro autista (TEA) na França (5), no Brasil, que passa por acentuado processo de desindustrialização, o *lobby* de doentes e pacientes se avulta com a atuação pouco escrupulosa da indústria farmacêutica nacional e, principalmente, estrangeira (6).

Não se está a criticar aqui a legitimidade ou o direito de pacientes e associações de pacientes reivindicarem as prestações em saúde que eles entendem que merecem receber. O que registramos é apenas o quão fácil a democracia se degenera, o que permite nos perguntar se não depositamos esperanças demais no princípio democrático, exigindo dele coisas que não pode entregar.

A verdade é que acreditamos ingenuamente em um conto de fadas liberal acerca do funcionamento da democracia, narrativa que perpassa atualmente todo o espectro político, da esquerda à direita. Segundo os cientistas políticos Christopher H. Achen e Larry Bartels, “a história do pensamento democrático - inclusa boa parte da ciência política moderna - é marcada por um apego a teorias românticas” (7, tradução livre), as quais acreditam em uma suposta sabedoria popular realizada por cidadãos bem informados e engajados. Como os autores demonstram, a partir de uma vasta análise do conjunto de pesquisas empíricas realizadas pela ciência política nos últimos anos, os cidadãos são muito ocupados para entender os complexos assuntos da política contemporânea, além de altamente passionais em razão de seus desejos por pertencimento a grupos ou partidos. E concluem que, exatamente por tais motivos, mais democracia não parece ser a solução, uma vez que as tentativas nesse sentido vêm promovendo justamente o oposto: populismo e demagogia, tal como uma doença autoimune – aliás, como bem ilustram os últimos anos das arenas políticas no Brasil e no mundo.

Se a cura para as doenças da democracia não parece ser, simplesmente, mais democracia, a suposta democratização via demandas judiciais comete erro semelhante. Portanto, devemos procurar as verdadeiras causas do problema da democracia antes de nos distrairmos com a aplicação açodada de prescrições sem suficiente evidência empírica.

Juristocracia, judicialização e neoliberalismo

Escreve o cientista político Ran Hirschl que o fenômeno da judicialização da política nas democracias ocidentais é explicado por três grupos de teorias: um evolucionista, um funcionalista e um de modelos institucional-econômicos (8).

No primeiro grupo, reúnem-se várias teorias que, de uma forma ou de outra, entendem que a positivação dos direitos e do constitucionalismo foi uma reação aos horrores da Segunda Guerra Mundial. Assim, o Judiciário seria um poder para garantir os direitos de grupos minoritários e vulneráveis contra a *tiranía das maiorias*, que teriam levado ao nazismo e ao fascismo.

No segundo grupo, a constitucionalização dos direitos e a expansão judiciária derivam de problemas políticos orgânicos e sistêmicos surgidos das democracias modernas, que passaram a exigir a intervenção do Poder Judiciário para garantir e moderar as disputas entre atores políticos cada vez mais suspeitos aos olhos do público.

Por fim, o terceiro grupo vê a judicialização como um mecanismo de mitigar problemas de ação coletiva e de informação, bem como de construção e execução de compromissos políticos. Assim, um Judiciário independente seria uma resposta eficiente para o problema da construção de *compromissos críveis*, necessários para se dar segurança aos investimentos, inovação e desenvolvimento econômicos na expansão do capitalismo.

Hirschl vai escrever que nenhum desses grupos de teorias explica suficientemente a evolução das democracias ocidentais rumo à *juristocracia*, pois elas ignoram a agência humana e as forças político-econômicas, que (sempre) determinam as mudanças institucionais em toda e qualquer sociedade. No lugar delas, citando e analisando os exemplos das transformações constitucionais no Canadá, Israel, África do Sul e Nova Zelândia, o autor escreve que uma explicação muito mais consentânea com a realidade é a da preservação hegemônica das elites econômica, política e jurídica, as quais entraram em acordo para o avanço de uma agenda econômica liberalizante :

Tal explicação estratégica "densa", a qual eu nomeio de tese da preservação hegemônica, sugere que o fortalecimento judicial através da constitucionalização é melhor compreendida como um subproduto da interação estratégica entre três grupos chave: elites políticas ameaçadas que procuram preservar ou aumentar sua hegemonia política ao insular os processos de decisão política das vicissitudes da política democrática; as elites econômicas que podem ver a constitucionalização de certas liberdades econômicas como um meio de promoção de uma agenda neoliberal de mercados abertos, desregulação econômica, antiestatismo e antioletivismo; e elites judiciais e das altas cortes nacionais que procuram reforçar sua influência política e sua reputação internacional. (8, tradução livre)

Hirschl não destaca tal aspecto, mas é interessante notar como as explicações mais comuns e disseminadas acerca da constitucionalização e da judicialização (aquelas dos três grupos de explicações vistos anteriormente) compartilham de uma visão ideológica de desconfiança do fenômeno político, comum a muitas teorias liberais, algumas delas reavivadas e distorcidas pelo neoliberalismo.

Desses conjuntos de teorias, o primeiro é mais disseminado, sendo especialmente de ampla aceitação no Brasil, tendo animado uma geração de ativistas e atores do sistema de

justiça (promotores, procuradores, juízes, defensores públicos etc.), da esquerda à direita. Teorias diversas foram recebidas acriticamente no país e se valeram de concepções ingênuas ou idealizados do funcionamento da democracia e do Estado de Direito, especialmente a partir das influências de Habermas, Alexy e Dworkin na doutrina jurídica nacional, como há muito alertava Lenio Streck (9).

No direito público, assistimos a uma fetichização não apenas de princípios, mas de todo a processualística, como a nova moda dos processos estruturais e da mediação e conciliação como os institutos que irão salvar o Judiciário brasileiro da morosidade e finalmente garantir os direitos dos brasileiros despossuídos. Depois de sustentarem a ideia de superação do princípio da separação dos poderes, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira (10) reproduzem e endossam o seguinte trecho de Eduardo José da Fonseca Costa:

Bem vistas as coisas, o ativismo não é do juiz, mas da lei e da Constituição (e até mesmo, muitas vezes, dos estatutos normativos das instituições a serem reestruturadas) ao estabelecerem qual a finalidade a ser alcançada. O reconhecimento do problema estrutural direciona todos os esforços para a promoção deste estado ideal de coisas que é um comando jurídico para ajustar a situação constatada ao ordenamento jurídico (10).

O trecho acima não constata apenas que doutrina jurídica brasileira entrou em um modo autorreferencial, abstraindo a realidade a sua volta para a sustentação de sua posição hegemônica conquistada, exatamente como Hirschl sugeriu. O trecho é também o epitáfio da morte da política-democrática pelas mãos dos juristas, erigindo sobre seu jazigo uma confusa engenharia jurídico-processual que aspira a substituir parlamentos, congressos e assembleias.

Chantal Mouffe desde a década de 1990 já vinha alertando acerca de como a capitulação ao lema *there is no alternative* da terceira via (de Tony Blair a Fernando Henrique Cardoso), com o seu esvaziamento da política democrática pela negação dos conflitos e pela insipidez da linguagem jurídica, fatalmente nos conduziria à hiperpolitização e ao populismo dos últimos anos (11, 12).

Por tais motivos, não deixa de ser surpreendente como por muito tempo ignoramos os sinais de que o caminho que trilhamos era um autoengano, sendo imprescindível no momento buscarmos respostas diferentes para salvarmos nossas democracias.

Conclusão

Se mais ou menos democracia ou a judicialização não são a solução para os dilemas da política contemporânea, o que fazer? Como sustentamos acima, não é simplesmente com mais democracia que o processo democrático funcionará melhor. No entanto, isso não quer dizer também o contrário, que menos democracia seja a solução, como o fenômeno da juristrocracia, conforme explicado por Hirschl, muito bem demonstra. O que se precisa é que a democracia seja mais funcional, e isso impõe uma série de medidas que geralmente passam ao largo da doutrina jurídica nacional ou estrangeira. Em outros termos, tudo depende de *como* a democracia funciona e *onde* ela pode funcionar melhor.

Se a judicialização da política é um fenômeno irrefreável, reformarmos as suas instituições para serem mais *accountable* é imperativo, em especial no Brasil, em razão do déficit democrático histórico do seu sistema de justiça. E tal solução é diferente daquela de simplesmente abriremos o processo judicial para inúmeros legitimados e permitirmos uma ampla flexibilização de seus institutos. É compreensível e louvável o esforço de tornarmos o *processo estrutural* ou de arranjos como os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS) nas demandas em saúde, muito em razão de uma *dependência de trajetória* (*path dependence*), pois é o que temos a curto prazo para tentarmos realizar os direitos sociais. Mas essas soluções não podem ser um fetiche, desconectadas da compreensão de suas causas, sob pena de cairmos em uma realidade autoalienante, tal como a metáfora do Barão de Münchhausen, que busca fugir de um pântano ao puxar a si pelos próprios cabelos. Enfim, precisamos ir além e pensarmos em soluções de fato *estruturais*.

Primeiro, precisamos de uma ampla reengenharia institucional, a qual deve passar, necessariamente, pela ampla revisão dos mecanismos de instabilidade governamental que produzem a necessidade de maior ativismo judicial, como o sistema proporcional para eleições no parlamento e o sistema presidencialista (13), além da possibilidade de criação de novas instituições e de novos poderes (14).

Em seguida, voltando às lições dos cientistas políticos Christopher H. Achen e Larry Bartels, que ao final sustentam que o melhor funcionamento da democracia encerra, fundamentalmente, a promoção de maior igualdade econômica e social (7), precisamos, inevitavelmente, repensarmos – sem ingenuidade – o financiamento privado de campanhas políticas e o funcionamento e os impactos do *lobby*, além de, fundamentalmente, avançarmos na pauta de uma renda básica universal (15).

São reflexões e propostas ousadas, evidentemente. No entanto, em tempos de crises política, econômica e sanitária, temos uma janela de oportunidade que não podemos desperdiçar.

Referências

1. Aith F. Direito à saúde e democracia sanitária. São Paulo: Quartier Latin; 2017, p. 103, 85.
2. Prado MM. The debatable role of courts in Brazil's health care system: does litigation harm or help? *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. 2013;41(1):124–37.
3. Ferraz OLM. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*. 2019;15(3).
4. Wang DWL. Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?: The Judicial Review of Rationing Decisions in Brazil and England. London School of Economics and Political Science (University of London); 2013.
5. Barros FPC de. Democracia Sanitária: um caminho ainda longo a percorrer. Em: Alves SMC, Lemos ANLE, editores. *Direito Sanitário: coletânea em homenagem à Profa Dra Maria Célia Delduque*. São Paulo: Matrioska; 2021. p. 77–92.
6. Soares JCR de S, Deprá AS. Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*. 2012;22:311–29.
7. Achen CH, Bartels LM. Democracy for realists: Why elections do not produce responsive government. Vol. 4. Princeton University Press; 2017. p. 20.
8. Hirschl R. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Harvard University Press; 2009. p. 31-49.
9. Streck LL. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*. 2012;(144).
10. Didier Jr F, Zaneti Jr H, Oliveira RA de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. 2020;(75 jan./mar. 2020):101–36.
11. Mouffe C. *The democratic paradox*. Verso; 2000.
12. Mouffe C. *O regresso do político*. Tradução de Ana Cecília Simões. Portugal, Lisboa: Gradiva; 1996.
13. Cooter R. *The strategic constitution*. Princeton University Press; 2002. p. 229.
14. Ackerman B. The new separation of powers. *Harvard law review*. 2000;633–729.



15. Rodrigues D dos S. Lições de Carl Schmitt & Chantal Mouffe: política, democracia e liberalismo. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido; 2020. p. 171-182.

Submetido em: 28/01/2021

Aprovado em: 05/02/2021

Como citar este artigo

Rodrigues DS. Democracia sanitária, judicialização da política e neoliberalismo. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2021 jan./mar.;10(1):224-232.

<http://doi.org/10.17566/ciads.v10i1.759>