

# JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE SOBRE O CORPO

Diogo Bacha e Silva\*  
Luciano Meni Gonçalves\*\*

**SUMÁRIO:** *Introdução; 1.1 O Direito à Saúde e o Levante Doutrinário e Jurisprudencial; 2 Judicialização da Saúde; 3 A Biopolítica e a Transferência do Poder ao Poder Judiciário; 4 Considerações Finais; Referências.*

**RESUMO:** A presente investigação tem por escopo desvelar a relação de poder que sobressai da denominada Judicialização da saúde. A crença de que os textos poderiam resolver nossos problemas sociais, em especial da saúde pública, foi esperançosamente colocada nos dispositivos da Constituição de 1988. A partir de então, toda a doutrina passou a crer que apenas tal providência resolveria a problemática. No entanto, pouco tempo após, e diante da ineficiência do Poder Público, mediante o Sistema Único de Saúde instituído em 1988, em prestar a assistência à saúde individual, as demandas chegam ao Poder Judiciário. Alçado a tutor da sociedade, o Poder Judiciário coloca-se na condição de salvaguarda dos direitos sociais. No entanto, por mais que se possa parecer inofensivo, tal tendência, ocasionada muitas vezes pela inércia dos demais poderes e outras tantas pela crença no poder de transformação sociais das normas, esconde uma relação de poder que é extremamente perniciosa. O Poder Judiciário assume o controle sobre o corpo do indivíduo e, dessa feita, pode fazê-lo viver ou deixá-lo morrer conforme o livre convencimento do magistrado. O único reduto de poder que o Poder Judiciário não estendia seus braços caiu com a Constituição de 1988 e com o movimento de judicialização da saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Biopolítica; Controle Sobre a Vida; Judicialização da Saúde.

## JUDICIALIZATION OF HEALTH AND CONTROL TRANSFERENCE ON THE BODY

**ABSTRACT:** Current investigation reveals the relationship of Power that prevails from health judicialization. The belief that texts may solve Brazilian social problems, especially public health, was hopefully inserted in the 1988 Constitution. All problems would be solved. However, due to the non-efficiency of the government in the

\* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM; Docente da Faculdade de São Lourenço – FASAMA; Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço – FASAMA; Advogado.

\*\* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM; Advogado.

case of the National Health System (SUS) founded in 1988 in giving health attention to the people, several requirements have reached the courts. Authorized to tutor society, the Courts places itself in a position to warrant social rights. However, this trend, frequently occasioned by the inertia of government departments and other beliefs in the social transformation power of the law, hides a highly pernicious power relationship. The Courts take control of the body of the person who may live or die according to the free convictions of the magistrates. The only power concentration that the Courts failed to reached fell with the 1988 Constitution and with the movement for the judicialaization of health.

**KEY WORDS:** Biopolitics; Control on Life; Judicialization of Health.

## **JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD Y LA TRANSFERENCIA DEL CONTROL SOBRE EL CUERPO**

**RESUMEN:** La presente investigación objetiva desvelar la relación de poder que sobresale de la denominada Judicialización de la salud. La creencia de que los textos pudieran resolver nuestros problemas sociales, en especial el de la salud pública, fue, esperanzadamente, puesta en los dispositivos de la Constitución de 1988. A partir de entonces, toda la doctrina pasó a creer que solo tal providencia resolvería la problemática. Sin embargo, hace poco tiempo, delante de la ineficacia del Poder Público, frente al Sistema Único de Salud instituido en 1988, en dar asistencia a la salud individual, las demandas llegan al Poder Judicial. Como tutor de la sociedad, el Poder Judicial se pone en la condición de salvaguardar los derechos sociales. Sin embargo, por más que pueda parecer inofensiva, tal tendencia, concretada, muchas veces, por la inercia de los demás poderes y otras tantas por la creencia en el poder de transformación social de las normas, disimula una relación de poder que es extremadamente dañosa. El poder judicial asume el control sobre el cuerpo del individuo y, a causa de eso, puede dejarlo vivir o dejarlo morir de acuerdo con el libre convencimiento del magistrado. El único reducto de poder en que el Poder Judicial no extendía sus brazos cayó con la Constitución de 1988 y con el movimiento de judicialización de la salud.

**PALABRAS-CLAVE:** Biopolítica; Control Sobre la Vida; Judicialización de la Salud.

## **INTRODUÇÃO**

Como se sabe, a ordem constitucional de 1988 é pródiga na enunciação dos direitos sociais. No entanto, entre a abstração dos textos normativos e a realização

concreta dos comandos normativos há uma grande distância que só pode ser preenchida pelos agentes do Poder.

Destaca-se, de princípio, que ambos os Poderes ou funções estatais estão coobrigados a garantir a efetividade de nosso projeto político comunitário estabelecido na Constituição.

A Constituição Federal de 1988 representou um novo paradigma constitucional, rompendo com as ordens constitucionais anteriores ao garantir diversos direitos sociais não antes previstos ou não previstos de forma universal. Em seu Preâmbulo, a Constituição de 1988 manifestou a intenção de instituir um Estado Democrático que garanta o exercício desses direitos sociais. Entretanto, por mais que o ordenamento constitucional e infraconstitucional pátrio assegure o direito à saúde como direito fundamental universal, é perceptível que, na prática, o Sistema Único de Saúde não logra êxito em atender todos os indivíduos que dele necessitam, evidenciando um lastimável cenário de padecimento público, descreditando uma garantia constitucional de eficácia plena e comprometendo a cidadania e a dignidade dos cidadãos.

Assim, assiste-se uma corrida dos indivíduos em busca do socorro do Poder Judiciário quando lhes faltam prestações mínimas por parte dos agentes públicos de saúde para assegurar sua sobrevivência.

O objetivo do presente artigo não é tanto esclarecer as bases teóricas de um direito individual à saúde ou, ainda, tentar compreender as causas ou possíveis consequências da denominada judicialização do direito à saúde. Nosso intuito é iniciar o debate acerca das relações de poder que oculta tal prática.

## 1.1 O DIREITO À SAÚDE E O LEVANTE DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Não se pode negar - ao menos normativamente - o extraordinário avanço teórico e dogmático representado pela promulgação da Constituição de 1988. Em que pese desacreditarmos na excessiva crença dos textos normativos, assim como denuncia Alexandre Bahia<sup>1</sup>, em real verdade, promulgada em 5 de outubro, a Constituição Federal de 1988 representou o maior avanço constitucionalismo pátrio da história, consagrando diversos direitos fundamentais jamais previstos ou não previstos

<sup>1</sup> BAHIA, Alexandre . As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012, p. 364.

de forma universal. Seguindo o exemplo da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, da Constituição portuguesa, de 1976, e da Constituição espanhola, de 1978, a Constituição do Brasil de 1988 “outorgou significado especial aos direitos fundamentais”<sup>2</sup>.

Baseado, então, nas premissas de que a positivação de direitos sociais em textos normativos salvaguardariam nossa sociedade das mazelas de um país subdesenvolvido, a doutrina pátria, ao longo da consolidação de nosso processo democrático, buscou interpretar ludicamente os direitos sociais previstos nos mais diversos dispositivos da Constituição.

Assim, por exemplo, José Afonso da Silva orienta acerca da imprescindibilidade destes direitos, regrando que “[o]s direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”<sup>3</sup>.

No ato de promulgação da Constituição de 1988, o presidente da Assembleia Constituinte, Dep. Ulisses Guimarães assentou:

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto, sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país.

Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã. Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar.

(...)

A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.

Talvez essa seja a maior simbolização do fato de que nossa crença nos textos normativos chega a tal ponto que acreditou-se que a promulgação de uma Carta Magna seria empecilho ou, ao menos, poderia servir de força propulsora para a efetivação dos direitos sociais.

No que toca ao direito à saúde, a previsão abstrata - agora sabemos mais do que nunca - no artigo 196 de que este seria direito universal de todos os indivíduos sob auspícios do Estado brasileiro e que compete a este a prestação de políticas públicas sociais e econômicas que visem a garantir a redução de doença e o acesso

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos: IBDC, 1999, p. 35-36.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 50.

igualitário às ações públicas de saúde fez com que diversos indivíduos que se encontravam desamparados em relação aos direitos referentes à saúde pública antes da Constituição de 1988, encontraram nesta Constituição o amparo e previsão legal para requerê-los<sup>4</sup>.

A própria Constituição de 1988 previu um sistema único de promoção à saúde pública denominado de SUS, integrando os diversos entes federativos. O choque de realidade ficou demonstrado com a incapacidade do Estado de prestar tal obrigação já que o descaso, a falta de informações adequadas, o atendimento precário e a falta de recursos ainda se destacam no cenário da saúde pública nacional.

Basta ver, por exemplo, o descaso institucional com as chamadas doenças da pobreza. É admirável, na acepção depreciativa da palavra, a resignação do governo em relação à existência de doenças consideradas superadas, mas que acometem e levam a óbito considerável parcela da população pobre, miserável e os residentes de regiões longínquas do Brasil. Fato comprovado pelo alto número de novos casos de tuberculose e leishmaniose no território brasileiro, doenças cujas drogas desenvolvidas para seus respectivos tratamentos se deram, principalmente, entre as décadas de 40 e 50, não havendo desenvolvimento de relevantes inovações medicamentosas após este período. A leishmaniose é quantificada em 30 mil novos casos por ano. Já a tuberculose alcança o número de 70 mil novos casos por ano no Brasil<sup>5</sup>. A favela da Rocinha, localizada na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, chegou a contabilizar 50 casos de tuberculose por mês no ano de 2008<sup>6</sup>. Ainda no ano de 2011, entre o período de janeiro a outubro, a malária atingiu o registro de 217.298 novos casos na região Amazônica, local onde se concentra 99% dos casos desta doença no Brasil<sup>7</sup>.

Tais informações revelam que grande parcela da população brasileira é privada das intervenções da saúde pública, tornando-se reféns das condições de vida que lhes são impostas. Jessé Souza complementa que “[a] realidade é que elas não possuem meios para evitar a contaminação ou não sabem como fazê-lo e, principalmente, são mal assistidas quando adoecem, o que justifica a denominação de ‘doenças da pobreza’”<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> MENI, Luciano. **O direito fundamental social à saúde**: do biopoder às audiências públicas de saúde como instrumento da democracia deliberativa. 2012, 135f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, p. 35. É bom diferenciarmos que requerer a efetividade e obtê-la é um longo passo.

<sup>5</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Portal do SUS. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&tid\\_area=124&CO\\_NOTICIA=12351](http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&tid_area=124&CO_NOTICIA=12351)>. Acesso em: 13 jun. 2012.

<sup>6</sup> SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Ed. UFMG. 2011, p. 313.

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **O SUS enfrenta a malária**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portal-saude/noticia/3945/162/acoes-do-sus-ajudam-a-reduzir-casos-de-malaria.html>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

<sup>8</sup> SOUZA, op. cit., 2011, p. 313 e 314.

A falta de saneamento, de alimentação adequada, de acesso à informação, de investimentos estatais em fármacos voltados para esta determinada categoria da sociedade, mantém estas doenças, cujos números são alarmantes, persistentes e mal combatidas, demonstrando um mecanismo de relação de dominação social<sup>9</sup>.

Todo esse quadro fático fez com que a comunidade jurídica de uma forma geral despertasse para a problemática do direito à saúde, atrelando-a à dignidade da pessoa humana, ao direito à vida e ao direito ao mínimo existencial como prestação positiva a ser oferecido ao cidadão<sup>10</sup>.

O que importa ter em mente é que principalmente a partir do descaso com a saúde pública nacional a comunidade jurídica assevera que a saúde é um direito público subjetivo apto a ser exigido do Estado.

É, no entanto, problemático entender qual a extensão e os limites de tal direito já que nem mesmo há uma definição segura acerca do que seja saúde. Por exemplo, a definição que abarca uma série de conquistas da medicina é a exposta logo no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, sendo o: “estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doenças ou enfermidades”.

Nos tribunais, a leitura do direito à saúde passou do entendimento de que não reconhecia direito líquido e certo ao fornecimento do medicamento, ao caráter meramente programático das normas que definem a saúde como direito até a responsabilidade solidária dos entes federativos ao fornecimento dos medicamentos, entendimento em vigor após a decisão do Supremo Tribunal Federal na STA n. 175, julgado em 10/03/2010.

---

<sup>9</sup> “Para a visualização desse quadro, e nos atendo aos seus efeitos perversos na saúde pública, deveremos conceber a ação dos instrumentos técnicos que permitem garantir as relações de dominação, que acabam por subjugar uma classe inteira de pessoas e fabricar sujeitos debilitados em saúde, acometidos pelas intituladas “doenças de pobre”, ao mesmo tempo em que privam pessoas do atendimento de qualidade que lhes é garantido formalmente em lei” (SOUZA, op.cit., 2011, p. 312).

<sup>10</sup> Por exemplo, Canotilho prefere vincular o direito à saúde ao direito à vida, já que, para o autor português, “o uso e abuso do recurso à dignidade da pessoa humana. (Desta forma, os Tribunais devem, resto sendo problemática a sua estrutura como direito autónomo) corre-se o risco de ‘dessubstantivar’ todos os outros direitos, quer os de liberdade, quer os sociais na aplicação de tal princípio” (Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008). Flavia Piovesan liga o direito à saúde enquanto núcleo da dignidade da pessoa humana: PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicas: desafios e perspectivas, p. 53-70. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010. Já outros autores, tais como Ricardo Lobo Torres, principal divulgador do direito ao mínimo existencial, prefere aduzir que a saúde é um mínimo a ser ofertado ao cidadão: TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Bernardo Gonçalves Fernandes é um dos partidários de que a saúde vincula-se diretamente com o direito à vida (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 594).

## 2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Tal ideário na comunidade jurídica patrocinou uma busca desenfreada ao Poder Judiciário. Como se sabe, após a derrocada das monarquias constitucionais, cuja sociedade depositava sua esperança na figura do Imperador, a Justiça assume o papel da figura de um pai<sup>11</sup>. Já era de se esperar, portanto, que as pretensões sociais de uma saúde pública de qualidade recaísse sobre os ombros do “pai” dessa sociedade órfã.

A chamada “judicialização da política” teve seu estudo pioneiro com o estudo de Neal Tate e Torbjon Vallinder no campo das ciências sociais que demonstraram a expansão da atuação do poder judiciário. Para eles, o fenômeno poderá ser valorado positivamente ou negativamente a depender da perspectiva de cada teórico. Contudo, definem o fenômeno como a expansão do Direito e das instituições ligadas à Justiça, bem como a crescente inserção de agentes jurídicos na esfera política e no mundo da vida<sup>12</sup>.

Dessa maneira, judicialização da política significa a possibilidade do Poder Judiciário atuar como mediador de conflitos políticos<sup>13</sup>. Com efeito, as decisões que outrora seriam tomadas no âmbito interno dos Poderes Legislativo ou Executivo passam a ser tomadas no âmbito jurisdicional<sup>14</sup>. Há uma transferência no próprio processo decisório.

Segundo Alexandre Bahia e Dierle Nunes, “a judicialização serviria como técnica compensatória das deficiências das outras funções estatais (Executivo e Legislativo) em face de sua propagada ineficiência o que obscurece a crise institucional dessas funções”<sup>15</sup>.

No caso da saúde, em geral, os casos concretos são levado à apreciação do Poder Judiciário para que, diante da ineficiência do Estado seja para garantir um

<sup>11</sup> MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15.

<sup>12</sup> SILVA, Diogo Bacha e. **Ativismo no controle de constitucionalidade**: a transcendência dos motivos determinantes e a ilegítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 138.

<sup>13</sup> DAMASCENO, João Batista. A crença no poder jurisdicional do Estado: judicialização das relações sociais, inclusive das relações políticas e politização do judiciário. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Mauricio (Orgs.). **O estado democrático de direito em questão**: teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 115.

<sup>14</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjon. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 13.

<sup>15</sup> BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa: a infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº 100, p. 57-83, jan./jun. 2010, p. 63.

tratamento, um exame médico-laboratorial ou, ainda, um medicamento, seja instado a determinar/decidir que o Poder Executivo de qualquer dos três poderes entregue a prestação requerida.

A alta complexidade do tema foi objeto, inclusive, de uma audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal convocada pelo Ministro Gilmar Mendes no mês de abril de 2009. Nos dias 27, 28 e 29 de abril, e nos dias 4, 6 e 7 de maio de 2009, foram ouvidos 50 especialistas, “entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde”<sup>16</sup> no STF. De forma diversa das outras audiências públicas, esta foi realizada sem estar vinculada a um processo judicial específico, mas na intenção de buscar subsídios para o julgamento de diversos processos que compreendiam questões como fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias e procedimentos pelo SUS, dentre diversos outros correlacionados com o tema.

Objetivando o esclarecimento relativo às questões científicas, técnicas, administrativas, econômicas, políticas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, os temas de maior importância abordados foram: a) A responsabilidade dos entes da federação no fornecimento do direito à saúde; b) A obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde, devidamente prescrita pelo médico, de serviço não pertencente ao quadro do SUS; c) A obrigação do Estado de custear prestações de saúde não compreendidas pelas políticas públicas existentes; d) A obrigação estatal de disponibilizar fármacos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou desaconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; e) A obrigação estatal de fornecer fármacos não licitados e não previstos nas listas do SUS; f) as fraudes ao Sistema Único de Saúde<sup>17</sup>.

Uma das conclusões sobre o tema foi exposta pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública- Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública n. 4**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoaudienciapublicasaude>>. Acesso em: 20 out. 2012.

<sup>17</sup> Idem

Basicamente, e pelo teor do texto do Ministro, a audiência pública n. 4 serviu para desvelar as obviedades do óbvio ou, quiçá, para satisfazer a pré-compreensão do julgador. Seja por consequência da incapacidade de nosso sistema político para gerir tal as demandas sociais existentes, seja por mero consequencialismo, o fato é que o tema direito à saúde ronda o Poder Judiciário.

No entanto, as perplexidades que nos causam espanto não é tanto a ausência de capacidade técnica e/ou estrutural do Poder Judiciário para lidar com a temática. Aliada a tal constatação mais do que óbvia, existe uma relação de poder oculta que advém da judicialização da saúde. A questão sobre a saúde ou sobre o direito à saúde é um tema que esconde a seleção e a dominação sobre o próprio indivíduo.

### 3 A BIOPOLÍTICA E A TRANSFERÊNCIA DO PODER AO PODER JUDICIÁRIO

Todas as relações sociais escondem, no fundo, relações de poder. Das mais simples atividades cotidianas, tal qual chamar um médico ou advogado de doutor, até às mais complexas, há uma relação de dominação.

Para Foucault, todo o discurso assume alguma forma de poder. Toda relação intersubjetiva, de algum modo, para Foucault esconde uma relação de dominação. No discurso, então, o que se ressalta é que eles são “formas de coerção, subjugando os sujeitos ainda que de forma inconsciente, tendo a finalidade de controlar e disciplinar corpos e mentes. Em seu entendimento, os indivíduos se tornam dominados pelo poder que o discurso abarca”<sup>18</sup>.

Nessa medida, também o discurso sobre a vida, exercido, em geral, pela medicina, esconde, no fundo, um controle sobre o corpo.

Foucault<sup>19</sup> dispõe que o poder político sobre a vida se desenvolveu a partir do século XVII em duas formas, a primeira delas assumia o corpo como uma máquina, tendo como objetivo seu adestramento e a ampliação de sua força em virtude de sua adequação ao sistema econômico e de controle, já a segunda forma, elaborada posteriormente, em meados do século XVIII, focou no corpo-espécie como suporte dos processos biológicos. Ao invés de uma forma superar a outra, elas se interligam, reunindo uma na outra com o passar dos séculos. Conforme descreve Foucault<sup>20</sup>:

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 6. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

<sup>19</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade. I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 131.

<sup>20</sup> Idem

Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois pólos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos pólos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: anátomo-política do corpo humano. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma bio-política da população.

A biopolítica regulamentava a sociedade através do biopoder, que adotava técnicas referentes à gestão da vida da população, administrando os corpos dos indivíduos com a finalidade de aumentar sua força produtiva e adequá-los aos meios de produção. O biopoder se volta para o desempenho do corpo, tratando de organizar, melhorar a vida dos indivíduos, visando a subjugação do povo.<sup>21</sup>

Assim, há uma transformação em relação à forma que o poder era interpretado pelo soberano, que antes exercia o direito de causar a morte de seus súditos ou, simplesmente, deixá-los viver<sup>22</sup>. A partir do surgimento da biopolítica, este parâmetro se alterou, visando a administração dos corpos e manejo da vida, invertendo a relação para o “fazer viver e deixar morrer” conforme o desejo estatal<sup>23</sup>.

Por mais que se queira dar a impressão de que a medicina visa atuar sobre a saúde dos indivíduos, a passagem para o modo de produção capitalista socializou-se o entendimento sobre a saúde fazendo com que o Estado atuasse no indivíduo apenas para transformá-lo em força produtiva<sup>24</sup>.

Por exemplo, Foucault em diversas obras estabelece as raízes da dominação sobre o indivíduo realizado através da medicina.

---

<sup>21</sup> FOUCAULT, op. cit., 1988, p. 131 e 133.

<sup>22</sup> Ibidem, 1988, p. 128.

<sup>23</sup> Ibidem, 1988, p. 130 e 131.

<sup>24</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 48.

Entre o século XVI e XVII, os países do continente europeu se preocuparam com as condições de saúde da sua população sob um enfoque político, econômico e científico, típico do período mercantilista. Baseado na teoria econômica e prática política de controle de fluxos financeiros, a política mercantilista visava a majoração da produção, a quantidade de população ativa e produtiva, possibilitando o aumento de entrada de moeda, assegurando o custeio do exército e, por conseguinte, a força de um Estado em relação aos outros<sup>25</sup>.

Foucault afirma que a medicina social derivou-se em três modelos: a medicina do Estado, a medicina urbana e, por fim, a medicina da força do trabalho.

A medicina do Estado consolidou-se no início do século XVIII, notadamente na Alemanha<sup>26</sup>. Esta categoria de medicina enfocou no funcionamento geral do aparelho político, considerando o conhecimento que tem por objeto o Estado, desenvolvendo a prática médica empenhada na melhoria do nível de saúde coletivo<sup>27</sup>. Nesta conjectura, programas efetivos de melhoria da saúde da população foram delineados, inaugurando a política médica do Estado e a polícia médica.

A polícia médica, criada pela Alemanha e colocada em prática no final do século XVIII e início do século XIX, atuou muito além do que na simples observação da taxa de nascimento e mortalidade, analisando também epidemias e endemias de cidades e regiões variadas<sup>28</sup>. Levando em consideração que a medicina e o médico são os primeiros instrumentos da normalização da saúde, o Estado atuava controlando os programas de ensino médico. Tanto na Prússia quanto nos outros estados alemães, delegaram a um departamento especializado a função de centralizar as informações médicas, examinando as informações cedidas pelos médicos, analisando os tratamentos e transmitindo ordens. Operou-se, desta forma, uma subordinação da prática médica a um poder administrativo. O governo iniciou a nomeação de funcionários médicos responsáveis por determinadas regiões. Foucault instrui<sup>29</sup>:

E assim que um projeto adotado pela Prússia, no começo do século XIX, implica uma pirâmide de médicos, desde médicos de distritos que têm a responsabilidade de uma população entre seis e de mil habitantes, até oficiais médicos, responsáveis por uma região muito maior e uma população entre trinta e cinco, e cinquenta mil habi-

<sup>25</sup> Idem

<sup>26</sup> Ibidem, 1979, p. 47.

<sup>27</sup> Ibidem, 1979, p. 49.

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> FOUCAULT, op.cit., 1979, p. 49.

tantes. Aparece, neste momento, o médico como administrador da saúde.

Esta organização médico-estatal inaugura o modelo de medicina do Estado, onde a Alemanha propõe uma medicina coletivizada, estatizada e social<sup>30</sup>.

A segunda categoria de medicina social surgiu na França no fim do século XVIII. Diferentemente da medicina social estruturada no Estado pela Alemanha, a medicina social francesa foi elaborada a partir de uma concepção urbanizada, ou seja, com o desenvolvimento das estruturas urbanas. Isto pelo fato de que as cidades francesas eram caracterizadas por possuírem, além do poder estatal, poderes rivais internos detidos por leigos, pela igreja e por comunidades religiosas e corporações com autonomia própria<sup>31</sup>. Desta forma, a unificação do poder urbano era uma necessidade.

A população era cada vez mais numerosa. No centro de Paris eram jogados cadáveres das pessoas que não possuíam condições de pagar algum jazigo no cemitério. Foucault ilustra<sup>32</sup>:

Em todo caso, no espírito das pessoas da época, a infecção causada pelo cemitério era tão forte que, segundo elas, por causa da proximidade dos mortos, o leite talhava imediatamente, a água apodrecia, etc. Este pânico urbano é característico deste cuidado, desta inquietude político-sanitária que se forma à medida em que se desenvolve o tecido urbano.

Por consequência, surge a medicina urbana na segunda metade do século XVIII, se desenvolvendo notadamente na França. Esta medicina possuía basicamente três objetivos: I) Analisar os locais de grande amontoamento que fossem suscetíveis de provocar e difundir doenças no espaço urbano. II) Controle da circulação de elementos, basicamente ar e água. III) Organização dos elementos necessários à coletividade<sup>33</sup>. Este último objetivo tratava de analisar a disposição da distribuição de determinadas necessidades, visando evitar, por exemplo, que a água das fontes, adequada para consumo, se misturasse com a água de esgoto. Os inspetores tinham a missão de revistar todos os habitantes das cidades sob suas respectivas competências, praticando a desinfecção das casas através da queima de perfumes.

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, 1979, p. 50.

<sup>31</sup> *Idem*

<sup>32</sup> *Ibidem*, 1979, p. 51.

<sup>33</sup> *Ibidem*, 1979, p. 52-53.

O poder político exercido pela medicina urbana francesa isolava os indivíduos, analisando cada um deles para averiguar seu estado de saúde, circunscrevendo a sociedade e controlando permanentemente a população.

A partir deste modelo, a medicina e a química encontraram sua relação. Fourcroy e Lavoisier, notáveis químicos do século XVIII, investiram seus conhecimentos e estudos a favor da medicina urbana francesa, dedicando-se ao problema do organismo por intermédio da análise e controle do ar urbano, inserindo na prática médica as ciências física e química. Sob a concepção de que o ar era um dos maiores fatores responsáveis pelo alastramento de doenças, o governo francês abriu longas avenidas no espaço urbano, destruindo as casas que ficavam no caminho e que impediam a circulação do ar. Em Paris, no ano de 1767, um arquiteto chamado Moureau sugeriu um plano diretor que estendia as margens do rio Sena, sob a fundamentação de que a água lavaria a cidade dos miasmas<sup>34</sup>.

Outra noção importante que se instituiu durante o desenvolvimento da medicina urbana foi a concepção de salubridade, representando grande importância para a medicina social. No fim do século XVIII a Assembleia Constituinte francesa criou comitês de salubridade dos departamentos e principais cidades. Foucault aborda acerca do aspecto social da salubridade<sup>35</sup>:

Salubridade não é a mesma coisa que saúde, e sim o estado das coisas, do meio e seus elementos constitutivos, que permitem a melhor saúde possível. Salubridade é a base material e social capaz de assegurar a melhor saúde possível dos indivíduos. E é correlativamente a ela que aparece a noção de higiene pública, técnica de controle e de modificação dos elementos materiais do meio que são suscetíveis de favorecer ou, ao contrário, prejudicar a saúde. Salubridade e insalubridade são o estado das coisas e do meio enquanto afetam a saúde; a higiene pública – no séc. XIX, a noção essencial da medicina social francesa – é o controle político-científico deste meio.

Conforme se pode depreender, a medicina urbana destaca-se pela cientificidade de suas análises realizadas e das práticas de controle da circulação das coisas ou dos elementos, essencialmente a água e o ar, representando relevante importância para o desenvolvimento da medicina científica do século XIX, introduzindo uma medicina coletiva e social em virtude da medicina urbana<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> FOUCAULT, op. cit., 1979, p. 53.

<sup>35</sup> Ibidem, 1979, p. 55.

<sup>36</sup> FOUCAULT, op. cit., 1979, p. 55.

A terceira direção da medicina social se deu na Inglaterra no início do século XIX. Neste modelo, a plebe representava um perigo a ser medicalizado, necessitando de um controle pelo Estado<sup>37</sup>.

A publicação da Lei dos Pobres, que estabelecia diretrizes legais que controlavam a saúde dos pobres e trabalhadores, inaugurou a medicina social inglesa. A partir do momento em que o pobre tem sua saúde controlada por meio de uma assistência e intervenção médica, tornando a classe pobre apta para o trabalho, majorando a produção interna e dinamizando o erário, e salvaguardaria as classes ricas do contágio das moléstias advindas dessas classes desprovidas<sup>38</sup>. Desta forma, estabeleceram a organização de um serviço autoritário, que visava não os cuidados médicos, mas o controle médico da população pobre.

As consequências médico-assistenciais que esta lei continha representou o início de um sistema que, posteriormente, foi complementado com a organização de departamentos de controle médico da população, que se iniciaram na Inglaterra em 1875, os chamado *health service* de *health officers*.

Estes sistemas possuíam seguintes funções: 1) controlar a vacinação, obrigando a população a se vacinar; 2) Organizar o registro das epidemias e doenças com potencial de se tornarem epidêmicas, compelindo os indivíduos a declararem suas doenças; 3) Identificação e eventual destruição de locais insalubres. Nas palavras de Foucault<sup>39</sup>:

Enquanto a Lei dos pobres comportava um serviço médico destinado ao pobre enquanto tal, o *health service* tem como característica não só atingir igualmente toda a população, como também ser constituído por médicos que dispensam cuidados médicos que não são individuais, mas têm por objeto a população em geral, as medidas preventivas a serem tomadas e, como na medicina urbana francesa, as coisas, os locais, o espaço social, etc.

Assim, o *health service* representou um complemento à Lei dos pobres, atuando em um nível coletivo. Entretanto, o controle médico inglês, revestido de seu caráter fortemente autoritário, ensejou diversas reações opositoras da população pobre, que lutava contra a medicalização, reivindicando o direito à autonomia sobre seus próprios corpos e pelo direito de se curarem ou de morrerem como desejassem.

---

<sup>37</sup> Ibidem, 1979, p. 56.

<sup>38</sup> Idem

<sup>39</sup> Idem

Dentre os três modelos descritos, o que prosperou de um modo geral foi o da medicina social inglesa, permitindo a interligação de três aspectos: a assistência médica aos pobres, o controle de saúde da força de trabalho e a investigação da saúde pública geral.

Por conseguinte, o sistema de medicina social inglês permitiu que três padrões inovadores coexistissem: uma medicina assistencial aos trabalhadores; uma medicina de cunho administrativo, encarregada pela vacinação, análise de epidemias, declaração de doenças e controle da saúde do pobre e, contrastando com a medicina administrativa, havia a medicina privada, reservada a quem tinha condições de pagá-la. Sob este modelo, diversos países da atualidade baseiam seus sistemas médicos, delimitando a medicina assistencial, administrativa e privada. Foucault<sup>40</sup> assevera:

Enquanto o sistema alemão de medicina do Estado era pouco flexível e a medicina urbana francesa era um projeto geral de controle sem instrumento preciso de poder, o sistema inglês possibilitava a organização de uma medicina com faces e formas de poder diferentes segundo se tratasse da medicina assistencial, administrativa e privada que permitiram, durante o final do século XIX e primeira metade do século XX, a existência de um esquadramento médico bastante complexo.

Percebe-se, portanto, que a medicina dos pobres, da força do trabalho, foi o último objetivo da medicina social. Primeiramente o Estado foi vislumbrado, em seguida a cidade, e, por fim, os pobres e trabalhadores representaram o propósito da medicalização, garantindo a força laboral desta classe e visando preservação da saúde da classe rica através do controle da saúde dos pobres<sup>41</sup>.

Nossa hipótese é que a judicialização da saúde transfere para o Poder Judiciário o controle sobre o corpo do indivíduo tolhendo, por completo, sua autonomia. Mais do que o mero risco de lidarmos com questões teóricas e dogmáticas acerca da extensão e os limites do chamado direito à saúde, deve-se atentar para o fato de que o discurso produzido pelo Poder Judiciário tais como a saúde é direito público subjetivo do indivíduo ou, então, que o Estado tem o dever de ofertar medicamentos e insumos no intuito de melhoria da saúde individual, acima da proteção do indivíduo, está o poder do controle sobre o corpo.

<sup>40</sup> FOUCAULT, op.cit., 1979, p. 57.

<sup>41</sup> Ibidem, 1979, p. 55.

Nessa medida, além de obter o controle sobre a liberdade, sobre a produção, sobre a relação afetiva, o Poder Judiciário detém o poder sobre o corpo e, dessa maneira, poderá, como diz Foucault, fazendo viver e deixando morrer conforme o alvedrio institucional ou, ainda, “o livre convencimento do julgador”.

Sob um determinado espectro, a judicialização da saúde não é um fenômeno normal oriundo da porosidade do texto constitucional ou, ainda, da ineficiência dos Poderes públicos em garantir direitos sociais, mas sim uma arma de que se serve o Poder Judiciário para assumir o controle sobre o corpo dos indivíduos.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho aqui apresentado tenta demonstrar que a crença sobre o poder dos textos vai ao extremo de conferir legitimidade a uma transferência de controle sobre o corpo do soberano para o Poder Judiciário.

Por óbvio que não olvidamos em casos limites pelos quais a intervenção do Poder Judiciário é apta até mesmo para salvar a vida de um indivíduo.

Nossa demonstração, entretantes, é de que a Judicialização da saúde não representa por si só uma ato de benevolência do Poder Judiciário com o indivíduo que sofre as doenças ou que depende de um tratamento eficaz do Poder Público. Sob o ardil argumento de que o direito à saúde é um direito a todos extensível, o Poder Judiciário busca selecionar e controlar os indivíduos através do controle sobre o corpo.

O discurso que antes era restrito a uma pequena parcela de médico ou profissionais da saúde, agora pertence ao Poder Judiciário. Sem saber lidar com as questões técnicas de saúde que são apresentadas ao caso concreto, o Poder Judiciário busca, sobretudo, reafirmar seu controle assertório sobre o indivíduo, isto é, o que o Poder Judiciário pretende não é tanto fazer o bem para a sociedade, mas reafirmar seu controle sobre os aspectos essenciais da dinâmica social, incluindo o direito sobre a vida.

A biopolítica ou biopoder, conforme os ensinamentos de Foucault, representativa a tentativa feita pelo Estado de submeter o indivíduo ao modelamento feito pelo soberano.

Gostaríamos, então, de ressaltar que a outorga do direito à saúde do indivíduo, seja qual for o sentido que se dê, tanto na hipótese de fornecimento do medi-

camento, quanto, ainda, em exame ou tratamento médico adequado para a situação da patologia, representa um tolhimento na autonomia do indivíduo.

Com efeito, agora, o Poder Judiciário faz viver ou deixa morrer conforme o livre convencimento do magistrado. É dizer, sabe-se que a vida ou o direito à vida jamais teve em questão perante o Poder Judiciário, isto é, a ramificação do poder jurisdicional jamais chegava sobre se um indivíduo tem o direito a viver ou a morrer, exceto, claro, em países que admitem a pena de morte.

Todavia, com o movimento de judicialização sobre a saúde, o último reduto sobre o qual o Poder Judiciário não conseguia exercer influência acaba por restar sobre seu desiderato. Por isso, estamos todos nas mãos do Poder Judiciário que dirá em decisão fundamentada - ora, isto já nos livra do mal estar - se devemos viver ou morrer!

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. **Revista de Processo**, Belo Horizonte, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa: a infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº 100, p. 57-83, jan./jun. 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portal do SUS**. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id\\_area=124&CO\\_NOTICIA=12351](http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=12351)>. Acesso em: 13 jun. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O SUS enfrenta a malária**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/3945/162/acoes-do-sus-ajudam-a-reduzir-casos-de-malaria.html>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública n.º 4**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoaudienciapublica-saude>>. Acesso em: 20 out. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DAMASCENO, João Batista. A crença no poder jurisdicional do Estado: judicialização das relações sociais, inclusive das relações políticas e politização do judiciário. In MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Mauricio (Orgs.). **O Estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FOUCAULT. Michel. **A ordem do discurso**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 6. ed. São Paulo: Loyola. 1996.

FOUCAULT. Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT. Michel. **Microfísica do poder**. Organização e Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES. Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos: IBDC, 1999.

MENI, Luciano. **O direito fundamental social à saúde: do biopoder às audiências públicas de saúde como instrumento da democracia deliberativa**. 2012. 135f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicas: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-70.

SILVA, Diogo Bacha e. **Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcen-**

dência dos motivos determinantes e a ilegítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Manual da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG. 2011.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjon **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

*Recebido em: 02 de setembro de 2013*

*Aceito em: 31 de outubro de 2013*