

Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp
Faculdade de Direito ‘Lauro de Camargo’
Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania

LUÍSA ALVES RODRIGUES DA CUNHA

CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS E
JUDICIALIZAÇÃO

RIBEIRÃO PRETO
2015

LUÍSA ALVES RODRIGUES DA CUNHA

**CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS E
JUDICIALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania, área de concentração “Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania”, da Universidade de Ribeirão Preto, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto

RIBEIRÃO PRETO
2015

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Cunha, Luísa Alves Rodrigues da, 1982-
C972c Concretização do direito à saúde, políticas públicas e
judicialização / Luísa Alves Rodrigues da Cunha. - - Ribeirão
Preto, 2015.
183 f.

Orientador: Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2015.

1. Políticas Públicas. 2. Saúde. 3. Judicialização. I. Título.

CDD 340

LUÍSA ALVES RODRIGUES DA CUNHA

**CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS E
JUDICIALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania, área de concentração “Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania”, da Universidade de Ribeirão Preto, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 04 de setembro de 2015

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso
Universidade de São Paulo - USP

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

Ribeirão Preto - SP
2015

Dedico aos meus pais, Dauro e Angela, grandes incentivadores da leitura e do estudo, às minhas irmãs, cunhados e sobrinhos pelo apoio nessa caminhada, ao meu namorado Guilherme pela compreensão e ao Bill pela amizade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Zaiden Geraige Neto, pela prontidão em me auxiliar nesse trabalho.

Aos funcionários do setor de Pós-graduação da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) pelo suporte administrativo.

Aos meus colegas de mestrado que, durante as aulas, elevaram os debates ao mais alto nível intelectual, em muito contribuindo para meu aprendizado a partir das análises e das vivências de cada um.

À Andréa Queiroz Fabri, pelo incentivo ao aprimoramento profissional e pela oportunidade em lecionar na Universidade de Uberaba (UNIUBE), instituição em que me graduei e pela qual tenho grande carinho.

RESUMO

Nos dias de hoje, os meios de comunicação estão repletos de notícias acerca da efetivação do direito à saúde por parte do sistema único de saúde (sus), de modo que esse assunto tornou-se familiar a todos nós, pois conhecemos ou sabemos de cidadãos que travam verdadeiros embates com o poder público para terem assegurado esse direito, estritamente ligado ao direito à vida, consagrado no artigo 5º da constituição federal. Tendo em vista que as obrigações assumidas pela República federativa do Brasil, em sua carta constitucional, devem ser cumpridas por meio da formulação de políticas públicas, inclusive no que diz respeito ao direito à saúde pública, tem-se que essas não são implementadas a contento ou são esquecidas pelos poderes políticos competentes. Diante do escasso em relação ao destinatário das normas que preveem direitos sociais, essas demandas acabam desaguando no judiciário, o qual se vê, então, compelido a decidir questões que vão desde o fornecimento de medicamentos, aprovados ou não pelo órgão regulador, de custos variáveis, até o custeio de procedimentos modernos, realização de cirurgias para colocação de órteses e próteses, transplantes e vários outros exemplos. Em face desse acontecimento, surgem diversas questões que deverão ser analisadas pelos julgadores brasileiros, na busca da satisfação do direito constitucionalmente previsto. fala-se, então, em pronunciamentos ativistas dos membros do judiciário e em judicialização da saúde, termos que apresentam certa proximidade, mas que se diferenciam em sua essência.

Palavras-chave: Saúde – Políticas públicas – Judicialização.

ABSTRACT

Today, the media are full of news about the realization of the right to health by the sistema único de saúde (sus) so that this issue has become familiar to all of us who know or know of people catching real clashes with the government, to have secured this right, closely linked to the right to life, enshrined in article 5 of the federal constitution. Given that the obligations assumed by the federative republic of Brazil in its constitutional charter must be met through the formulation of public policies, including with regard to the right to public health, it follows that these are not implemented satisfactorily or are forgotten by the relevant political powers. in the face of scarce regarding the recipient of the rules providing for social rights, these demands end flowing into the judiciary, which can be seen, then, compelled to decide issues ranging from the supply of medicines approved or disapproved by the regulator, variable costs, costing modern procedures, surgeries for placement of orthotics and prosthetics, transplants and many other examples. in the face of this event, there are several issues to be analyzed by the brazilian judges, in the pursuit of satisfaction constitutionally entrenched right. There is talk then of activists pronouncements of members of the judiciary and judicialization of health, terms that have certain proximity, but which differ in their essence.

Key-words: Health - Public policies – Judicialization.

Sumário

1	Introdução.....	8
2	O direito fundamental à saúde.....	10
2.1	O Estado de Direito e os direitos fundamentais	10
2.2	A Constituição Federal de 1988 e os direitos fundamentais	14
2.3	O direito à saúde enquanto direito fundamental.....	19
2.4	A saúde na Constituição brasileira de 1.988	24
2.5	As leis orgânicas da saúde.....	38
2.6	A formação histórica do Sistema Único de Saúde (SUS) e sua implementação após a edição da legislação federal correta.....	44
3	Políticas públicas e o direito à saúde	53
3.1	O que são políticas públicas?	53
3.2	Ciclo político de formação das políticas públicas	57
3.3	As políticas públicas de saúde: planejamento, eficiência e formulação	61
4	A efetivação dos direitos fundamentais pelo Judiciário	70
4.1	Visão geral acerca das correntes procedimentalistas e substancialistas da Teoria da Constituição	70
4.2	A mudança de postura do Judiciário brasileiro no tocante à efetivação dos direitos fundamentais	79
4.3	As funções dos princípios e regras dentro do panorama do pós-positivismo	84
4.4	A postura ativista do Judiciário brasileiro no que diz respeito à judicialização do direito à saúde	87
4.5	Reserva do possível, orçamento e controle judicial em matéria de saúde	106
5	Conclusão	126
6	REFERÊNCIAS	130

1 INTRODUÇÃO

A partir do século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, os direitos mais caros aos seres humanos passaram a ser fonte de imensa reestruturação, com vistas à proteção do gênero humano, não só através da positivação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos dos mais diversos países, mas também por meio da assinatura de tratados internacionais que versavam a respeito do tema. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 inseriu a saúde como elemento de cidadania e o Brasil, enquanto signatário desse documento, somente inseriu o tema na Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, embora outras Constituições brasileiras tivessem tido, mesmo que timidamente, alguns dispositivos atinentes ao assunto.

A Constituição Federal de 1988, então, além de garantir expressamente o direito à saúde, também foi a responsável pela criação do Sistema Único de Saúde (SUS), que configura serviço público prestado pelo Poder Público de forma universal e igualitária, independentemente de contraprestação financeira direta por parte do usuário.

Considerado um sistema de inclusão de ponta por alguns pensadores e sanitaristas da época, é certo que o modelo adotado pelo Brasil é permeado de avanços e retrocessos, erros e acertos, como toda prestação de serviço público colocado à disposição da população e gerido por agentes eleitos pelo povo.

Levando-se em consideração o direito à saúde, cuja efetivação foi confiada ao Sistema Único de Saúde, a presente dissertação de mestrado foi estruturada da seguinte forma: no Capítulo I, posterior à esse item, o direito fundamental à saúde é visto à luz do Estado de Direito e do estabelecimento dos direitos fundamentais, e no plano do Direito interno, a análise funda-se na Constituição de 1988 às disposições relativas ao direito à saúde, tais como seus princípios e suas diretrizes, evolução histórica e a forma de estruturação do sistema, tanto no plano constitucional quanto no da legislação ordinária.

Já o segundo capítulo foi reservado à definição do termo políticas públicas em seus mais diversos sentidos, e o modo pelo qual será empregado nesse trabalho, bem como a formulação das políticas públicas em geral e daquelas voltadas à concretização do direito à saúde, confeccionadas com a colaboração de órgãos consultivos e deliberativos, de modo ascendente, do plano municipal para o federal.

Na sequência, o Capítulo III discorre sobre as correntes procedimentalistas e substancialistas da Teoria da Constituição, que tecem críticas ou dão substrato, dependendo do lado em que se vincular o intérprete, para que o Poder Judiciário adote uma postura mais ativista frente à implementação e concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais inclui-se o da saúde. Nesse aspecto, discute-se se essa nova postura adotada por alguns magistrados constitui ou não atentado à teoria da Separação dos Poderes, responsável por estabelecer o equilíbrio entre os Poderes da República, em razão das decisões proferidas contra o Poder Público terem repercussão direta na questão orçamentária, matéria de competência do Executivo, quando da elaboração das leis orçamentárias, e do Legislativo, quando de sua aprovação, de um lado da balança, e, de outro, a questão do mínimo existencial, doutrina que prega o dever o Estado de garantir e disponibilizar aos seus cidadãos bens materiais e imateriais que compõem o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

2.1 O Estado de Direito e os direitos fundamentais

A afirmação histórica dos direitos humanos no interior dos diferentes Estados foi concomitante à instauração dos regimes representativos, em substituição ao totalitarismo¹, sendo também responsável pela alteração no rol desses direitos, já que direitos antes tidos como absolutos passaram a sofrer flexibilizações com as contemporâneas declarações de direitos. “Direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação”, afirmou Norberto Bobbio².

Nesse toar, um ambiente social munido de regras de convivência que garantam o respeito à dignidade a todos³ indistintamente tornou-se condição insofismável à proteção dos direitos humanos, fazendo com que a sociedade moderna fosse assentada sob o modelo conhecido por Estado de Direito⁴, no qual há um “conjunto de regras que define o âmbito de poder e o subordina aos direitos e atributos inerentes à dignidade humana”⁵. Dessa forma, tais regras de convivência destinam-se tanto aos governantes, fixando-lhes limites em que poderão exercer o poder, quanto aos governados, ao prover-lhes os direitos tidos como fundamentais.

Com a finalidade de evitar possíveis confusões conceituais, para este estudo, os direitos humanos serão aqueles assegurados na órbita internacional a qualquer pessoa, independentemente de vínculo de nacionalidade com determinado Estado, podendo ser oposto

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 40.

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 40.

³ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 226.

⁴ Entende Bobbio que nos Estados de Direito “funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem: no mundo, existem Estados de direito e Estados de não direito. Não há dúvidas de que os cidadãos que têm mais necessidade de proteção internacional são os cidadãos dos Estados não de direito. Mas tais Estados são, precisamente, os menos inclinados a aceitar as transformações da comunidade internacional que deveriam abrir caminho para a instituição e o bom funcionamento de uma plena proteção jurídica dos direitos do homem”. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 40).

⁵ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 226.

inclusive em relação ao próprio país de origem, perante órgãos e organismos internacionais de defesa e proteção, enquanto que direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pela Constituição de cada um dos diferentes Estados⁶.

A despeito da divergência de denominações, há certo consenso ao afirmar que o Estado de Direito torna viável a garantia dos “princípios axiológicos supremos”⁷ dos direitos fundamentais, que se assentam na tríade: liberdade, igualdade e fraternidade. A primeira delas surgiu após a derrocada das monarquias absolutistas, colocando a salvo das ingerências estatais a autonomia individual dos cidadãos de um determinado Estado. São os direitos individuais e políticos que poderão ser opostos, inclusive, contra o próprio Estado por se enquadrarem como de resistência ou oposição. Para Fernando Aith

A liberdade expressa-se, no Estado de Direito, através da vontade dos indivíduos, que tem como núcleo central a idéia de autonomia, demonstrando-se através da submissão de todos os membros de uma determinada sociedade às regras que ela própria estabelece e ao poder do governante que ela própria elege. As liberdades públicas, no sentido político de autogoverno, e as liberdades privadas, mecanismos de defesa existentes contra intervenções arbitrárias de governo, compõem o primeiro elemento da tríade de princípios axiológicos supremos que têm, no Estado de Direito, a sua proteção mais sólida. E essa proteção é dada através do conjunto de direitos individuais voltados à garantia da liberdade⁸.

O outro princípio axiológico é a igualdade, tendo a formal precedido a material na evolução dos direitos fundamentais. Tratar todos de forma igualitária, independentemente de raça, religião, cor, sexo, credo, idade, sem qualquer discriminação, foi um sonho conquistado a duras penas pelas gerações passadas. No entanto, com o passar dos anos descobriu-se que a igualdade somente no papel não era suficiente para estancar o tratamento discriminatório, já que o ideal isonômico restou anulado pelas desigualdades sociais existentes do seio de uma

⁶ Nesse toar, segue a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é a de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29).

⁷ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 226.

⁸ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 227.

mesma sociedade. Buscou-se, então, o reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e sociais que pressupõem uma atuação estatal, no sentido de que fossem concedidas “alforrias sociais ao ser humano, preservando-o, das vicissitudes do modelo econômico e da segregação social”⁹. Como bem assinalou Osvaldo Canela Júnior,

(...) no Estado social, conquanto o direito à liberdade tenha permanecido íntegro, a relevância do direito à igualdade foi substancialmente acentuada, de tal sorte que o seu conceito passou a ter um sentido material, e não mais puramente formal. A garantia de igualdade no Estado social demanda, pois, atuação positiva, com a finalidade de reduzir as desigualdades socioeconômicas, mediante a distribuição equitativa de recursos¹⁰.

Certamente, somente a efetiva igualdade material é capaz de proporcionar o desenvolvimento dos seres humanos, tornando-os, de fato, cidadãos aptos a participar ativamente das tomadas de decisões políticas.

Após a Segunda Grande Guerra, em razão das atrocidades cometidas contra o ser humano durante o período em que imperaram os regimes totalitaristas na Alemanha, na Itália e na América Latina, houve a necessidade de reconstrução dos direitos humanos¹¹, sendo acrescentada a fraternidade, ou a solidariedade, como terceiro elemento do Estado de Direito, que “não têm por objetivo propriamente a preservação das liberdades individuais do ser humano como ser social, mas sim do ser humano como parte da humanidade”¹². Logo, pode ser entendida como o complexo de normas, com o “escopo comum de progresso e melhoria da qualidade de vida de todos aqueles que compõem o grupo social, determinando que um dos grandes objetivos do ser humano é possuir uma sociedade que ofereça a todos os seus integrantes a igualdade material”¹³. A propósito,

El reconocimiento de la igualdad jurídica para todas las personas tiene connotaciones políticas y morales de gran envergadura, pues formalmente acaba con las jerarquias impuestas por las culturas políticas excluyentes y plantea el ejercicio de la libertad em

⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 46.

¹⁰ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 51.

¹¹ Assim escreveu Flávia Piovesan: “Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37).

¹² DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 47.

¹³ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 228.

todos los ámbitos. Conceptos como la igualdad, el bienestar y la libertad, concebidos de manera separada por parte de los socialistas y los liberales, respectivamente, son vistos ahora como parte constitutiva de una misma realidade socioeconómica y cultural¹⁴.

É nesse cenário que se discorre sobre a justiça distributiva, possibilitada pela previsão dos direitos fundamentais sociais nas modernas Cartas Constitucionais, que se baseiam no ideal de igualdade preconizado por Aristóteles, cuja finalidade principal é o tratamento isonômico de cidadãos que se encontrem em situações equivalentes, bem como o tratamento desigual aos desiguais. Neste último caso, serão as políticas públicas, de que falaremos mais a frente, as responsáveis pelo atendimento desigual aos cidadãos face às realidades por eles vivenciadas.

Todavia, antes de encerrar o presente tópico, os citados princípios axiológicos dos direitos fundamentais possibilitaram o paulatino reconhecimento dos direitos fundamentais, que passaram por transformações de conteúdo, efetividade, eficácia e titularidade ao longo dos anos e que, por esse motivo, a doutrina constitucional pátria e internacional reconhece a existência de, pelo menos, três gerações ou dimensões¹⁵ de direitos fundamentais, de modo que pertencem à primeira dimensão, os direitos civis e políticos; à segunda geração¹⁶ vincularam-se os direitos econômicos, sociais e culturais; restando à terceira dimensão os direitos já mencionados de fraternidade e solidariedade.

¹⁴ GONZÁLES, Ludwig Guendel. Políticas públicas y derechos humanos. **Revista de Ciências Sociais**, São José, Costa Rica, v. III, n. 97, Universidade de Costa Rica, p.105-125, 2002, p. 110

¹⁵ Há autores que entendem que o termo “gerações” de direitos fundamentais pressupõe a noção de substituição gradativa de determinados direitos por outros, entendimento que não se coaduna com a moderna teoria dos direitos fundamentais que, por sua vez, trabalha concepções de acumulação e fortalecimento dos direitos fundamentais já reconhecidos e implantados. Na realidade, as “diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção, e de pensamento, dentre outros tantos que aqui poderiam ser citados e que ainda hoje continuam tão atuais quanto no século XVIII, ou até mesmo anteriormente, se atentarmos para os precedentes já referidos no contexto da evolução histórica anterior ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53)

¹⁶ Maria Paula Dallari Bucci entende que os direitos sociais constituem autênticos “direitos-meio”¹⁶ já que se destinam a assegurar o gozo dos direitos individuais de primeira geração. (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3).

2.2 A Constituição Federal de 1988 e os direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 tem caráter analítico em razão da grande quantidade de dispositivos que foi inserida em seu texto. Tal fato ocorreu com a intenção de pôr a salvo as reivindicações obtidas durante a Constituinte, dificultando a supressão dessas conquistas com alterações posteriores, posto que o procedimento de aprovação das emendas constitucionais é mais severo que o das leis ordinárias e complementares. Com os direitos fundamentais, que ocupam local de destaque, após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o fenômeno foi o mesmo, ou seja, o Texto Maior previu uma elevada e heterogênea gama desses direitos, em todas as dimensões sugeridas no item anterior, na qual há diversificadas pretensões e, em muitas ocasiões, essas podem até mesmo ser incompatíveis entre si, fato também observado por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo.

Uma primeira constatação que se impõe, e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional, é a de que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais, o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais¹⁷.

Além da localização topográfica, os direitos fundamentais foram cobertos com o manto da imutabilidade por terem sido inclusos no elenco das cláusulas pétreas¹⁸, funcionando como autênticos limites ao poder de reforma constitucional. Também como medida tendente a reconhecer e efetivar os direitos fundamentais, o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição previu que “as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata”, em uma tentativa de aniquilar a postergação de efetivação desses direitos.

Tendo em vista que os direitos fundamentais podem variar segundo indicadores de tempo e espaço, sendo, por isso, impossível prever as medidas de tutela indispensáveis ao ser humano, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal instituiu, na visão de Juarez Freitas, uma norma geral inclusiva¹⁹, ao prever que os direitos e garantias expressos na Carta Maior não

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 16.

¹⁸ Reza o parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal que “não será objeto de deliberação, a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais”.

¹⁹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 209.

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos Tratados Internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil. Logo, o elenco de direitos e garantias previstos ao longo do mencionado artigo 5º não é taxativo, podendo ser reconhecidos, ao longo de todo o Texto Constitucional e, segundo de alguns autores, mesmo fora deles, outros direitos igualmente fundamentais. Nesse sentido,

Em princípio, com base no entendimento subjacente ao art. 5º, §2º, da CF, podemos, desde logo, cogitar de duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional), devendo ser referida a respeitável doutrina que advoga a existência de uma terceira categoria, a dos direitos apenas formalmente fundamentais. Neste contexto, há que atentar para a diversidade de aspectos controversos decorrentes de uma análise mais detida da problemática da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais em nossa Constituição e que, portanto, devem merecer nossa atenção²⁰.

Ainda como forma de não exaurir os direitos fundamentais ao catálogo do artigo 5º, o Constituinte previu a possibilidade dos tratados e convenções internacionais, que versarem sobre direitos humanos, serem recebidos por nosso ordenamento jurídico como emendas constitucionais, desde que sejam aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros de cada uma de suas Casas. Com a adoção desse procedimento, tais documentos internacionais passarão a integrar o denominado bloco de constitucionalidade, “que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade”²¹.

Todavia, sob o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição pende dúvidas quanto à sua constitucionalidade, posto que esse dispositivo foi inserido no bojo da Carta Constitucional por meio da Emenda Constitucional de nº 45/2004. José Carlos Evangelista de Araújo e Lucas de Souza Lehfeld entendem que essa norma criou novo mecanismo de reforma constitucional, uma vez que se os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados segundo o procedimento previsto para aprovação de emendas constitucionais serão, a elas, equivalentes. “Ora, equivalência implica em criar uma forma paralela à instituída pelo constituinte originário, não prevista expressamente por este”²². Assim, ao se criar uma

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 80-81.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 129.

²² ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da emenda constitucional 45/2004. **Revista dos tribunais**, ano 95, v. 846, 97-116, abr. 2006, p. 113.

modalidade alternativa de alteração do texto da Constituição, cabe agora perquirir a respeito dos legitimados ativos à tal proposta. Pelo artigo 60 da Carta Constitucional, a proposta de emenda constitucional caberá ao Presidente da República; à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal, desde que subscrita por, pelo menos, um terço de seus membros e à mais de metade das Assembleias Legislativas dos Estados membros desde que cada uma delas tenha se manifestado pela maioria relativa de seus membros. “O art. 60 da CF/88, por ser o responsável pela instituição dos limites formais, circunstanciais e materiais de reforma à Constituição, possui um rol taxativo, sendo ele próprio imodificável e não admitindo supressão total ou parcial”²³. Então, com o fito de dar à norma constitucional maior eficácia, sugerem citados autores que se dê, ao parágrafo 3º do artigo 5º, interpretação conforme a Constituição nos seguintes termos:

Sendo o Presidente da República o único legitimado a celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VII da CF/88), e estando ele legitimado a propor emendas à Constituição (art. 60, II), deveria este, sempre que submeter ao Congresso Nacional a apreciação de tratados internacionais sobre direitos humanos, fazê-lo sob a forma de emenda à Constituição – e não simplesmente submetendo a matéria ao *quórum* previsto pelo art. 60, §2º da CF/88, para obter-se uma ‘equivalência’ com as emendas constitucionais²⁴.

Por outro lado, na esteira de Robert Alexy, pode-se classificar os direitos fundamentais em três espécies: a algo, à liberdade e a competências²⁵. Para o presente trabalho, o interessante é destrinchar somente a primeira classe de direitos fundamentais, por guardar estrita correspondência com o tema proposto. Assim, interna à primeira espécie, o autor reconhece a existência de uma “relação triádica”²⁶ em que coexistem o titular do direito, seu destinatário e seu objeto. Para ele, este último “é sempre uma *ação* do destinatário”²⁷, já que, se assim não o fosse, não haveria justificativa para inseri-lo na relação jurídica.

²³ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da emenda constitucional 45/2004. **Revista dos tribunais**, ano 95, v. 846, 97-116, abr. 2006, p. 114.

²⁴ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da emenda constitucional 45/2004. **Revista dos tribunais**, ano 95, v. 846, 97-116, abr. 2006, p. 115.

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 193.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 194.

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 194.

Quanto aos objetos, prossegue Alexy, os direitos a algo podem comportar tanto ações negativas em face do Estado, e que consistem nos denominados “direitos de defesa”²⁸, quanto positivas²⁹, que, em parte, podem ser coincidentes com os chamados “direitos a prestações”³⁰. Dentre a primeira categoria, distinguem-se “direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito”³¹; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas³² do titular do direito”³³.

Já em relação aos direitos a prestações positivas³⁴, Robert Alexy entende que as ações estatais podem ter por objeto uma ação fática³⁵ “quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial”³⁶, ou uma ação normativa, quando há criação de normas jurídicas por parte do Estado. Na lição do autor,

²⁸ Os direitos de defesa têm nítida inspiração do Estado Liberal burguês, em que os direitos fundamentais prestavam-se a estabelecer um limite dentro do qual o Estado não poderia lançar suas garras, ou seja, estabeleceram-se direitos do indivíduo contra as interferências estatais em sua vida privada e sobre seus bens particulares. Nesse particular, impende advertir que essa função defensiva dos direitos fundamentais “não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.168).

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 195.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 195/196

³¹ O próprio Robert Alexy reconhece que a liberdade de crença e a possibilidade de escolha de uma determinada profissão são exemplos de condutas que poderão ser dificultadas ou impedidas pelo Estado.

³² Para Robert Alexy, o Estado, ao derrogar determinadas normas jurídicas acaba por eliminar as posições jurídicas por elas estabelecidas.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 196.

³⁴ Os direitos sociais prestacionais marcaram a transição do Estado Liberal para o Estado Social. Equivalem aos direitos de segunda dimensão e exigem uma postura mais ativa do Estado no sentido de proporcionar aos seus cidadãos o acesso a serviços de natureza jurídica e material (fática).

³⁵ Nesse quesito, impende transcrever as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo por parte do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Ademais, os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio direitos fundamentais sociais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.199).

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 202.

Quando se fala em ‘direitos a prestações’ faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam também ser realizadas por particulares, devem ser designados como *direitos a prestações em sentido estrito*. Mas, além dos direitos a prestações fáticas, pode-se também falar em prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como *direitos a prestações em sentido amplo*³⁷.

A institucionalização dos direitos humanos em Constituições escritas, como a brasileira, é um marco de significativa importância, pois estes se incorporaram aos ordenamentos jurídicos vigentes em um determinado território, garantindo-lhes a “indispensável força coercitiva, necessária para sua plena efetivação no plano material, o que os torna autênticos direitos subjetivos”³⁸. Por direitos subjetivos, entende-se as “*posições de vantagem, privilégios, prerrogativas, enfim, situações jurídicas* que, uma vez integradas ao patrimônio de seu titular, passam a se beneficiar de uma *tutela especial* do Estado”³⁹. As relações jurídicas que se apresentarem a partir de então poderão ser dirigidas aos particulares ou ao Estado, hipótese em que se transmudam em direitos subjetivos públicos ou liberdades públicas, cuja especificidade reside em sua conotação positivista, ou seja, na configuração de “verdadeiros créditos em favor dos cidadãos, *contra* ou *em face* do Estado”⁴⁰.

Na mesma esteira, Eduardo Appio distingue os direitos subjetivos públicos e os interesses juridicamente protegidos. Os primeiros consistem no liame de responsabilidade jurídica que se forma entre seu titular e o Estado, que lhe garante a faculdade de exigir uma prestação positiva. Logo, “o particular pode opor direitos em face do Estado-administração, desde que reconhecidos pelo Estado-legislador, do que resulta uma vontade política que convergisse com os interesses do Estado”⁴¹. Já os interesses juridicamente protegidos baseiam-se nos deveres genéricos atribuídos ao Estado, “mas para os quais não foi reconhecida uma pretensão direta do cidadão em face do Estado, motivo pelo qual sua exigência tradicionalmente se dará através de sanções de natureza política⁴² e não judicial”⁴³. Por isso, os interesses

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 202.

³⁸ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 38.

³⁹ MANCUSO, Rodolfo Machado. **Ação popular**: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 5ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo Machado. **Ação popular**: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 5ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 20.

⁴¹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2012, p. 84.

⁴² Como os crimes de responsabilidade política e a reprovação das urnas.

⁴³ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2012, p. 84.

juridicamente protegidos não são aptos a embasar uma ação judicial, uma vez que compõem o campo de discricionariedade dos governos.

Com base nesses ensinamentos, tornou-se indispensável discorrer, mesmo que brevemente, sobre o direito fundamental social à saúde e sua regulamentação pela legislação infraconstitucional correlata, perpassando a análise pelas construções doutrinárias do mínimo existencial e da reserva do possível.

2.3 O direito à saúde enquanto direito fundamental

Foi visto que, pela classificação dos direitos fundamentais adotada por Robert Alexy⁴⁴, basicamente, os direitos fundamentais poderão ser agrupados, quanto ao objeto, em direitos de defesa e direitos a prestações. Contudo, o fato de um direito se enquadrar em uma dessas categorias não exclui, por si só, a existência de uma vertente ligada a outra espécie; ou seja, os direitos fundamentais possuem dúplice função, sendo uma positiva (fática ou normativa) e a outra negativa (relacionada ao dever de abstenção). Logo, um direito de defesa (negativo) pode haver uma dimensão positiva correlata, assim como aos direitos prestacionais (positivos) corresponde uma dimensão negativa⁴⁵.

Por esse motivo é que o direito à saúde pode ser enquadrado como direito de defesa ou direito prestacional, dependendo da roupagem que assumir no caso concreto. Como direito de defesa, o direito à saúde “assume a condição de um direito à proteção da saúde e, em primeira linha, resguarda o titular contra inerências ou agressões que constituam interferências na e ameaças à sua saúde, sejam oriundas do Estado, sejam provindas de atores privados”⁴⁶; enquanto direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a atuação do Estado no sentido de disponibilizar a seus cidadãos determinados serviços e ações que garantirão a fruição deste direito, podendo ser visto sobre dois prismas:

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.203.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 39.

Em sentido amplo, abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos (deveres de proteção), bem como a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos, enfim, sem os quais não seria possível o exercício desse direito fundamental (deveres de organização e procedimento). Em sentido estrito (acompanhando aqui a terminologia proposta por Robert Alexy) a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, prestação de tratamentos, ou seja, toda uma gama de prestações que tenham por objeto assegurar a saúde de alguém)⁴⁷.

Com base nisso, para que a norma constitucional consagrada do direito fundamental à saúde⁴⁸ deixasse o plano puramente ideológico, foram editadas as leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, que são conhecidas como Leis Orgânicas da Saúde, sendo consideradas “uma lei-quadro destinada a esclarecer o papel das esferas de governo na proteção e defesa da saúde, orientando suas respectivas atuações para garantir o cuidado da saúde”⁴⁹.

Levando-se em consideração as noções curativas, preventivas e promocionais do Estado de saúde de uma determinada pessoa ou de um determinado agrupamento social, também é inegável que esse direito está compreendido em todas as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, as quais foram referidas anteriormente. O inter-relacionamento do direito à saúde com o direito à vida é indissociável e, na primeira geração, os direitos fundamentais mantiveram-se coerentes com o pensamento preconizado no Estado Liberal, extremamente voltado para o individualismo, de modo que a saúde poderia ser entendida como a liberdade de se estabelecer contrato de serviços médicos baseados na autonomia da vontade conferida aos cidadãos.

A inserção da saúde no artigo 6º da Constituição Federal conferiu-lhe o status de direito social de segunda geração, demandante de uma atuação positiva por parte do Poder Público, não apenas curativa, com eliminação da doença, estendendo-a também a função preventiva.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 39.

⁴⁸ Há autores que não concordam com a utilização do termo “direito à saúde” por levar à errônea concepção de que quem não está em seu perfeito estado de saúde teve direito fundamental violado. Esta é a posição adotada por Gustavo Amaral que aduz: “nos parece mais adequado falar em direito a cuidados de saúde, ou cuidados voltados à saúde, evitando assim uma concepção equivocada de que um estado de não saúde seja um estado de violação ao direito, a ser sanado por prestação estatal que reponha a situação ‘saúde’, ou o mais próximo que dela se possa chegar” (AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 127).

⁴⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 257.

Já como direito metaindividual ou transindividual, a saúde pode ser enquadrada como direito de terceira dimensão, notadamente no que diz respeito ao seu aspecto promocional, na busca da melhor qualidade de vida possível.

De outro modo, há de se notar que a efetivação do direito à saúde encontra guarida na garantia do mínimo existencial, ao mesmo tempo em que a questão orçamentária constitui uma de suas maiores objeções.

A garantia do mínimo existencial não se encontra prevista expressamente na Constituição Federal, podendo ser extraída, como decorrência lógica, dos princípios da proteção à vida e da dignidade da pessoa humana⁵⁰. Contudo,

os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial⁵¹.

O mínimo existencial⁵², como dito, é intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e pode ser desdobrado em mínimo existencial fisiológico, que “compreende condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico, o conteúdo essencial da garantia do mínimo

⁵⁰ O legislador constituinte optou por não inserir a dignidade da pessoa humana como direito fundamental arrolado no artigo 5º da Constituição Federal, preferindo atribuir-lhe a condição de fundamento da República Federativa do Brasil nos termos do artigo 1º, inciso III. A respeito escreveu Ingo Wolfgang Sarlet: “na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.105).

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 25.

⁵² Não se deve confundir mínimo existencial com mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, uma vez que “este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos de garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem – a despeito de divergências sobre a extensão do conteúdo da garantia – prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina e na jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu...” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 23).

existencial”⁵³ e mínimo existencial sociocultural, que no Estado Social conjuga a proteção do mínimo existencial fisiológico com o princípio da igualdade no sentido de permitir aos cidadãos um patamar mínimo de inserção social, proveniente de prestações de direitos culturais, a exemplo do que ocorre com a educação fundamental⁵⁴.

Disso decorre que o mínimo existencial, dentre o qual se inclui o direito à saúde, constitui o denominado núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, cuja estipulação taxativa torna-se tarefa muito difícil, para não dizer impossível, sem a análise do caso concreto, pois este é passível de influência de fatores externos, tais como o meio social e o período vivenciado. Essa é a conclusão que se extrai da definição de saúde traçada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), ao propor que a saúde deve ser entendida como o “completo bem estar físico, mental e social”, assim como vincular a saúde ao mínimo existencial sociocultural, e não apenas fisiológico ou vital. Assim, “a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo dessa efetividade impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais”⁵⁵.

Em que pese a dificuldade de se estabelecer um rol taxativo dos direitos fundamentais que compõem o núcleo essencial, nada impede que este seja imune à qualquer tentativa de desmonte ou extinção do patamar de concretização até então atingido. De fato, os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados são concretizados por intermédio da edição de normas infraconstitucionais, que trazem em seu bojo os efeitos que pretendem produzir. Pela moderna teoria geral dos direitos fundamentais, uma vez atingido determinado grau de efetividade, o núcleo essencial dos direitos fundamentais restará tutelado contra a atividade do Poder Constituinte Derivado Reformador ou do legislador ordinário, impedidos de extirpar determinados “conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos”⁵⁶. Isso não significa dizer que, em hipótese

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 22.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 25.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 41.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 435.

alguma, poderá haver a revogação destas normas, somente admitida se houver a implementação de medida substitutiva,

(...) o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente⁵⁷.

A questão econômica, por sua vez, assume grande relevância, notadamente em relação aos direitos sociais, que denotam uma atuação positiva do Estado, uma obrigação de fazer, de colocar à disposição da população algumas ações e serviços capazes de garantir-lhe condições materiais mínimas de vida. No entanto, apesar do aspecto financeiro ser atinente aos direitos sociais de cunho prestacionais, é certo que os direitos de defesa, que impõem ao Estado um dever de abstenção

são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de defesa em geral exigem, para que sejam efetivados, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral⁵⁸.

Logo, a conclusão a que se chega é que todos os direitos fundamentais geram custos, mas os relativos à satisfação dos direitos sociais serão sempre maiores e comprometem parcela significativa do orçamento.

Os custos para a satisfação dos direitos prestacionais e a questão da limitação dos recursos públicos fez nascer a chamada à cláusula da reserva do possível, que a grosso modo estabelece que esses direitos devem ser satisfeitos de acordo com a disponibilidade do erário. Tal cláusula, todavia, é uma construção doutrinária e não deve ser encarada como “elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 370.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 27-28.

como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanes dos direitos fundamentais”⁵⁹. De fato, a carência de recursos públicos para honrar todos os compromissos constitucionalmente assumidos gerou uma crise de efetividade dos direitos fundamentais, não somente dos sociais, mas de todas as dimensões. A solução mais recomendada, portanto, é aquela que impõe a todos os agentes políticos “a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível”⁶⁰.

Por este motivo, nos capítulos precedentes serão analisadas as matérias adstritas à formulação e implementação das políticas públicas, as quais são responsáveis pela repartição do dinheiro público destinado às ações a serem desenvolvidas pelo Poder Público, bem como sobre a possibilidade ou não de ocorrer a intervenção do Judiciário, em caso de não atendimento ou de observância insuficiente das determinações que fixam direitos sociais.

2.4 A saúde na Constituição brasileira de 1.988

A Constituição Federal de 1.988, em seu Título VIII, discorreu a respeito da ordem social, com o objetivo de alcançar o bem-estar e justiça sociais, estabelecendo que a seguridade social compreenderia um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, cujo foco principal seria a garantia dos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência sociais.

Por previdência social compreende-se a possibilidade de o indivíduo filiar-se, desde que cumpridos alguns requisitos, ao Regime Geral de Previdência Social, sendo-lhe assegurada, mediante contribuição ao sistema, a proteção em face de determinados infortúnios ou acontecimentos, mediante o recebimento de benefícios pecuniários como aposentadoria, pensão por morte, salário maternidade, seguro desemprego, dentre outros.

Ao contrário, a assistência social é prestada independentemente de prévia contribuição financeira por parte de seu beneficiário ao sistema, e destina-se a “garantir o sustento, provisório

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 30.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 32.

ou permanente, dos que não têm condições para tanto”⁶¹, tendo como objetivos, nos termos do artigo 203 da Constituição, a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; amparo à crianças e adolescentes carentes; promoção da integração ao mercado de trabalho; habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, bem como a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Já a saúde, direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas socioeconômicas voltadas à redução do risco de doenças e outros agravos, foi contemplada pela Constituição Federal de 1988, mediante acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁶².

Ao prever acesso universal e igualitário, quis o constituinte priorizar a observância do princípio da igualdade que, no caso em enfoque, consiste em dar o mesmo tratamento às pessoas que se encontrarem em situações clínicas análogas, nele compreendido os exames diagnósticos, acomodações, dentre outros. Entretanto, esse dispositivo tem gerado polêmica, principalmente no tocante ao acesso de pessoas com poder aquisitivo junto ao sistema público de saúde.

Ao prever o acesso universal, o constituinte quis açambarcar todos os cidadãos brasileiros neste sistema, não garantindo a absorção por esse sistema somente àqueles que fossem economicamente hipossuficientes. Para se chegar a essa conclusão, basta que se examine outros dispositivos constitucionais atinentes à seguridade social, gênero que comporta a saúde como espécie. O artigo 203, V da Constituição da República, assegura a quantia equivalente a um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família. Nesse caso, como se trata de um benefício assistencial, o constituinte optou por não

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 642.

⁶² Aduzem Alessandra de Saldanha da Gama e Luciana Fonseca de Gouveia que a promoção à saúde “envolve um processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria da saúde e qualidade de vida”, mediante a formulação e execução de políticas públicas que, de acordo com a Política Nacional de Promoção da Saúde compreendem os seguintes eixos: alimentação saudável, práticas corporais/ atividades físicas, programas antitabagismo, antialcoolismo e outras drogas, prevenção de acidentes de trânsito, cultura da paz e desenvolvimento sustentável. Já a proteção/prevenção, para as autoras, “são intervenções orientadas a evitar o surgimento de doenças específicas, reduzindo sua incidência e prevalência nas populações. O objetivo da prevenção é o controle da transmissão de doenças infecciosas e a redução do risco de doenças degenerativas ou outros agravos específicos”, tais como imunização, saneamento básico, higiene pessoal, entre outras medidas (GAMA, Alessandra de Saldanha da; GOUVEIA, Luciana Fonseca de. **SUS: Sistema Único de Saúde Esquematizado**. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2012, p. 19). Por fim, as ações de recuperação da saúde compõem-se do diagnóstico e do tratamento da doença.

assegurar uma renda mensal mínima a todos os brasileiros, limitando-se a garanti-la somente ao deficiente e ao idoso, desde que esses sejam incapazes de fazerem frente às próprias despesas ou de tê-la custeada por seus familiares.

Já quanto à saúde, que compõe um subsistema da seguridade social, se fosse intenção do constituinte restringi-la àqueles considerados economicamente mais fracos, certamente teria sido inserido um dispositivo na Constituição Federal neste sentido, o que não aconteceu. Logo, ao contemplar o povo brasileiro com a garantia de o acesso universal aos serviços de saúde, quis o constituinte que todo aquele que necessitar de atendimento médico-hospitalar no Sistema Único de Saúde deverá ser por ele absorvido, independentemente de sua condição social⁶³. No mesmo sentido,

O comando normativo, entretanto, costuma gerar algumas polêmicas, sobretudo quando confrontado à possibilidade de pessoas de maior poder aquisitivo terem acesso ao sistema. Aponta-se, nesses casos, uma eventual violação de equidade, já que a saúde, como direito social, estaria voltada primeiramente aos que não teriam condições de arcar com o respectivo pagamento. Trata-se, contudo, de um falso dilema, já que a noção de universalidade foi conjugada à de igualdade, vale dizer, o art. 196 preconiza literalmente que o acesso à saúde seja universal e igualitário. Logo, uma pessoa que possua condições econômicas pode, sim, fazer uso de qualquer serviço público de saúde, desde que em condições de igualdade com os demais cidadãos, o que acaba por determinar naturalmente uma situação de equidade⁶⁴.

Dessa forma, ao prever o acesso universal ao sistema público de saúde, o Constituinte acabou por assegurar um direito público subjetivo à população em geral, no qual há incontestável responsabilização do Estado em prestar serviços de saúde, pois

sempre que em uma Constituição estiver assinalada a expressão ‘Todos tem direito de’ é porque o direito ali protegido é direito público subjetivo. No caso brasileiro, há apenas uma inversão na construção da sentença, já que o artigo 196 da CF/88 fala que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Assim sendo, a saúde, também por este motivo, é direito público subjetivo⁶⁵.

⁶³ Como dito, trata-se de questão tortuosa, na qual há divergência entre os autores que se propuseram a enfrentar a temática. Para Germano Schwartz, a pessoa agraciada pelo direito público subjetivo da saúde deve ser aquela com poucos recursos, que não pode custear seu tratamento sem o comprometimento de seu próprio sustento e o de sua família. Para esse autor, “A finalidade deste requisito é o não alargamento da tarefa estatal, pois, se de um lado o Estado deve garantir a saúde para todos, por outro, temos que, por razões de justiça social, o abastado possui recursos suficientes para cuidar de sua saúde sem que seja necessária ajuda estatal” (SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 83).

⁶⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 13. Serrano, Vidal. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 73.

⁶⁵ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 7.

Em razão de ser enquadrada nessa modalidade, a efetivação do direito à saúde pode ser reclamada individual ou coletivamente por instituições competentes, na órbita administrativa ou judicial. Mas, para se pleitear sua concretização, é preciso analisar o conceito de saúde adotado por nosso ordenamento jurídico, que importou a definição propalada no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1.946, no sentido de que essa “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas a ausência de doença ou de enfermidade”⁶⁶. Por meio dessa conceituação, vislumbra-se que a saúde engloba não só aspectos curativos e preventivos, mas também promocionais, e que sua nítida vinculação ao bem-estar traz ínsita a noção de que nela está inserida a relação do ser humano com o meio em que vive⁶⁷. Portanto, o nível ideal de saúde depende, concomitantemente, tanto de ações individuais quanto coletivas, bem como do ambiente socioeconômico.

Com efeito, a palavra saúde envolve tanto a percepção de sua dependência das condições de vida e organização social como a noção de ausência de doenças. A saúde depende, então, ao mesmo tempo, de características individuais, físicas e psicológicas, mas também do ambiente social e econômico tanto daquele mais próximo das pessoas, quanto daquele que condiciona a vida dos Estados. Ninguém pode, portanto, ser individualmente o responsável exclusivo por sua saúde. Com efeito, o aparecimento de doenças pode estar ligado mais diretamente a características e fatores individuais, embora não deixe de apresentar traços que o liguem à organização social ou política. A maior força das características ambientais, econômicas e sociopolíticas fica evidente nas doenças transmissíveis, por que existe uma ameaça à saúde de toda a população e as pessoas individualmente pouco podem fazer para se protegerem, pois, ainda que suas condições físicas e psicológicas possam tornar mais fácil ou dificultar seu adoecimento, é fácil perceber a predominância da organização social, nacional e global produzindo doenças. Na realidade existe um *continuum* na noção de saúde, que tem em um de seus polos as características mais próximas do indivíduo e, no outro, aquelas mais diretamente dependentes da organização sociopolítica e econômica dos Estados⁶⁸.

Todavia, há vozes que criticam a adoção da definição de saúde constata no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) e repetida na Constituição Brasileira e na legislação que trata do direito à saúde no Brasil, primeiramente porque o termo “bem-estar” é bastante vago e indeterminável, variável de pessoa para pessoa e de época para época. Além

⁶⁶ Com influência do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, escreveram Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior que “sob o aspecto jurídico, devemos entender a saúde como o bem fundamental eu por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social” (DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 13).

⁶⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 10.

⁶⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. O Judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 471.

disso, como escreveu Germano Schwartz, a satisfação desse bem-estar depende do emprego de verbas públicas.

Em verdade, o conceito não é operacional, pois depende de várias escalas decisórias que podem não implementar suas diretrizes. Vários são os fatores que atuam negativamente nesse sentido, sendo que o principal, pode-se dizer, é que, a partir do momento em que o Estado assume papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de aplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para a consecução do pretendido completo bem-estar físico, social e mental⁶⁹.

Pela Constituição Federal, o desenvolvimento de ações e serviços de saúde não é atividade exclusiva do setor público, pois o próprio texto constitucional possibilitou a assistência à saúde à iniciativa privada. Por isso, entende Paulo César Melo da Cunha que o Texto Maior, no que tange à saúde, admite a concorrência de dois ordenamentos: o econômico e o social. O primeiro traz ínsita a noção de que à Administração Pública cabe desenvolver ações votadas à disciplina das atividades desenvolvidas pela sociedade não apenas nos processos de produção, mas também na circulação e distribuição de riquezas⁷⁰, ao passo que o outro, segundo esse autor, “consiste na atividade administrativa impositiva de uma disciplina pública ou substantiva da ação da sociedade no campo social”⁷¹, admitindo-se a perfeita convivência entre as atividades públicas e privadas.

Por isso é que ao setor privado também foi conferida a possibilidade de participação complementar do Sistema Único de Saúde⁷², desde que observadas suas diretrizes e mediante a assinatura de contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades

⁶⁹ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 36.

⁷⁰ Para o autor, pode-se afirmar que o ordenamento econômico admite a intervenção do Estado na economia por meio do planejamento dos setores e regiões que levam ao desenvolvimento econômico, do fomento a esses segmentos e, em especial, a defesa da concorrência e do consumidor (além da possibilidade da exploração da atividade econômica pelo próprio Estado); são instrumentos para que a ordem econômica leve ao bem-estar, objetivo do Estado” (CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.211).

⁷¹ CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.22.

⁷² A respeito da participação complementar do setor privado no Sistema Único de Saúde, escreveram Cipriano Maia de Vasconcelos e Dário Frederico Pashe: “A participação efetiva do setor privado no SUS hoje é mais pronunciada na atenção hospitalar e na oferta de serviços especializados de maior densidade tecnológica e custo, e representa uma proporção importante dos gastos do sistema. Essa dependência do SUS em relação aos serviços privados reflete a insuficiência de investimentos na rede pública e a baixa produtividade da maioria dos serviços sob gerência pública. A oferta de serviços pelo setor privado está orientada pela lucratividade dos atos e condicionada pelos diferenciais de remuneração da tabela SUS que tem favorecido os procedimentos especializados que utilizam maior aporte tecnológico” (SCLIAR, Moacyr et al. **Saúde pública**: histórias, políticas e revolta. São Paulo: Scipione, 2002, p. 548).

filantrópicas e as sem finalidade lucrativa, com expressa vedação de destinação de recursos públicos para auxílios e subvenções às instituições exclusivamente privadas.

Dessa forma, vislumbra-se hoje, no Brasil, a coexistência de três modalidades de prestação destes serviços, como apontou Nádía Rejane Chagas Marques:

O sistema de serviços de saúde no Brasil é composto por três subsistemas: o Sistema Único de Saúde, destinado a toda a população e corresponde à única possibilidade de atenção à saúde para mais de 140 milhões de brasileiros com baixos rendimentos, empregos precários, desempregados, com natureza pública e é integrado por serviços dos municípios, estados e união, além de contratos (filantrópicos e lucrativos); o Sistema de Assistência Médica Suplementar, com caráter privado e dispendo de diversas modalidades assistenciais que utilizam, em grande parte, a mesma rede de serviços privados, filantrópicos e universitários vinculados ao Sistema Único de Saúde, atendendo cerca de 35 milhões de brasileiros vinculados a planos coletivos de grandes empresas e a planos individuais adquiridos no mercado pela classe média alta e alta que, em determinadas situações, também recorrem ao Sistema Único de Saúde; e o Sistema de Desembolso Direto, que se relaciona com hospitais de alta tecnologia e médicos com autonomia preservada, utilizados por pessoas de alta renda para serviços eventualmente não cobertos pelos planos de saúde ou para realização de consultas e exames com profissionais de prestígio não vinculados ao Sistema Único de Saúde ou ao Sistema de Assistência Médica Complementar⁷³.

Como o foco do presente estudo é o sistema público de saúde, indispensável se faz mencionar outros dispositivos constitucionais que regulam o direito à saúde, notadamente o artigo 198, o qual trata do Sistema Único de Saúde (SUS) como um conjunto de ações e serviços de saúde organizados hierarquicamente segundo níveis crescentes de complexidade, integrando uma rede regionalizada.

A hierarquização do sistema procura otimizar os recursos destinados ao seu custeio, por intermédio da divisão dos serviços e das ações de saúde em níveis crescentes de complexidade, de modo que o acesso aos níveis mais elevados será dado após detida análise do caso concreto e mediante autorização do ente responsável, de modo que

Ao promover a regionalização e a hierarquização da atenção à saúde, a Constituição determina a criação de um sistema de referências e contra-referências, com o objetivo de racionalizar a utilização dos recursos para o atendimento. Por essa lógica de funcionamento, as unidades de atendimento primário devem constituir as portas de entrada do sistema, aptas não só à realização de atendimentos de menor complexidade, como também ao encaminhamento, eventualmente necessário, do paciente para as unidades destinadas a atendimentos de maior complexidade. Assim, em princípio, as pessoas são atendidas nas unidades primárias, que, verificando que a situação clínica requer um nível maior de complexidade na atenção, referencia (encaminha) o interessado a outra unidade de atendimento (secundária ou terciária, conforme o caso). Uma vez realizado o atendimento mais complexo, é frequente que o paciente necessite de cuidados complementares, geralmente ambulatoriais, o que faz com que a unidade

⁷³ MARQUES, Nádía Rejane Chagas. **O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012, p. 122-123.

de maior complexidade promova a contra-referência do paciente à unidade primária de onde partiu o encaminhamento. A finalidade básica dessa estrutura de referência e contra-referência é econômica, pois os atendimentos de pequena complexidade se caracterizam pela grande quantidade de demanda aliada ao custo individual proporcionalmente pequeno, enquanto os demais níveis de atenção têm demanda decrescente e custo crescente⁷⁴.

O Texto Constitucional também se encarregou de traçar as diretrizes que regem o Sistema Único de Saúde (SUS), que são: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais⁷⁵; e participação da comunidade.

A descentralização surgiu como forma de contrapor o modelo de gestão pública centralizada, associando-se ao desejo da população da época pela implantação dos ideais democráticos no Brasil e pela possibilidade de participação popular na tomada de decisão do Poder Público. João Pedro Schmidt adverte que a descentralização administrativa é matéria que congrega pensamentos filosóficos antagônicos, vinculando-se às correntes liberal e neoliberal, que enxergam na descentralização uma forma de modernizar a gestão pública, evitando os excessos estatais e a centralização do poder, mas que também se preocupam com “a recuperação da idéia de autogestão das comunidades e a viabilização da participação dos cidadãos nas políticas”⁷⁶. Para ele,

A confluência do pensamento de direito e de esquerda acerca da descentralização conferiu um forte viés municipalista à Constituição de 1988. No entanto, a descentralização das políticas vem mostrando tanto avanços como problemas. Os avanços estão presentes no progresso alcançado pela grande maioria dos novos municípios criados nas últimas décadas. Os problemas estão ligados ao clientelismo, à vulnerabilidade dos governos locais às pressões de grupos, ao despreparo dos agentes públicos municipais e à burocracia local. Autores questionam a descentralização administrativa por conta da pulverização dos recursos públicos, do

⁷⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 83/84.

⁷⁵ Para Selma Maria da Fonseca Viegas, “Em um sistema hierarquizado, a continuidade da assistência deve ser assegurada principalmente pelo estabelecimento de um sistema de referências, configurado na regionalização e na hierarquização e os Serviços devem ser organizados em níveis de complexidade tecnológica crescente, numa área geográfica delimitada e com a definição da população a ser atendida. Isso implica na capacidade dos Serviços em oferecer, a uma determinada população, todas as modalidades de assistência, bem como o acesso a todo tipo de tecnologia disponível, possibilitando a resolutividade” (VIEGAS, Selma Maria da Fonseca; PENNA, Cláudia Maria de Mattos. O SUS é universal, mas vivemos de cotas. **Ciência e Saúde Coletiva**. 2013, vol. 18, n.01, p. 184).

⁷⁶ SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2015.

enfraquecimento de estruturas centralizadas relativamente protegidas das pressões políticas e da diminuição da possibilidade de implementar políticas redistributivas⁷⁷.

De certo modo, no caso brasileiro, a descentralização das ações e serviços de saúde implicou na diminuição das responsabilidades da União e o repasse de tais atribuições aos municípios, fenômeno denominado de municipalização da saúde⁷⁸.

Já a integralidade do atendimento requer o emprego de todos os meios necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde do usuário, com a disponibilização de acesso aos diferentes graus de complexidade⁷⁹, se o caso assim o exigir. Inclui, além das ações de atenção à saúde, a adoção de medidas de prevenção epidemiológica, como a implantação periódica de programas de vacinação; execução de atividades atinentes à vigilância sanitária, saneamento básico, saúde do trabalhador; fornecimento de medicamentos e outros insumos e equipamentos, como órteses e próteses.

No âmbito do Sistema Único de Saúde, a participação da comunidade se dá, sem prejuízo de outras modalidades, como as audiências públicas, por meio das Conferências de Saúde e pelos Conselhos de Saúde, a que alude a lei nº 8.142/90. Às primeiras compete a avaliação da situação da saúde, bem como a formulação de política pública no nível

⁷⁷ SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2015-2016.

⁷⁸ Sobre o processo de municipalização, explicam Suelli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior, que esse “indica, em última análise que a tarefa de gestão dos serviços dirigidos à população deve ser realizada pelo Município, mesmo em relação a equipamentos de outras esferas do Poder Público e aos pertencentes à iniciativa privada (prestadores do SUS mediante convênio ou contrato administrativo). Logo, incrementar-se esse processo de descentralização significa, por exemplo, passar para a gestão do Município hospitais e postos estaduais e federais. Neste caso, as unidades continuam na propriedade dos demais entes da Federação, mas sob o comando do gestor municipal do SUS. Com relação aos prestadores privados, a relação com o sistema deve dar-se também por meio do Município, que, como apontado, assume a responsabilidade de garantir o atendimento integral à população” (DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 86).

⁷⁹ No Brasil, com fincas nas recomendações da Organização Mundial de Saúde, houve a divisão das ações e serviços de saúde em três crescentes níveis de complexidade: atenção primária, objeto da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, realizada em Alma-Ata, antiga União Soviética, em setembro de 1.978, a qual foi definida como os “cuidados essenciais de saúde baseados em métodos e tecnologias práticas, cientificamente bem fundamentadas e socialmente aceitáveis, colocadas ao alcance universal de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país possam manter em cada fase de seu desenvolvimento, no espírito de autoconfiança e automedicação. Fazem parte integrante tanto do sistema de saúde do país, do qual constituem a função central e o foco principal, quanto do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. Representam o primeiro nível de contato dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde, pelo qual os cuidados de saúde são levados o mais proximamente possível aos lugares onde pessoas vivem e trabalham, e constituem o primeiro elemento de um continuado processo de assistência à saúde” (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS DE SAÚDE PRIMÁRIOS. **Declaração de Alma-Ata: Saúde Para Todos**. Casaquistão, 1978. Disponível em <http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>, acesso em 17/05/2015). Já o nível secundário requer intermediária complexidade, ao passo que o terciário é o de alta complexidade.

correspondente, aos passo que aos outros, existentes no plano federal, estadual e municipal, foi atribuído o dever de formular estratégias e controlar a execução das políticas públicas de saúde, conforme será visto mais a frente neste trabalho.

Além disso, a Constituição Federal de 1.988 instituiu a federação brasileira formada pela associação indissolúvel da União, dos Estados, Distrito Federal e municípios em seu artigo 1º, tendo se encarregado também de definir as atribuições de cada entidade federada, notadamente porque foram inseridos alguns direitos fundamentais, que antes eram inexistentes, ou existiam, mas não chegaram a ser efetivamente implementados, e que reclamavam uma atuação positiva por parte do Estado em razão de sua natureza prestacional. Denomina-se, então, competência àquelas atribuições a cada um dos componentes da federação e sua estipulação, na lição de José Afonso da Silva, a qual levou em conta o princípio da predominância de interesses.

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre os componentes do Estado federal é o da *predominância do interesse*, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional*, e aos municípios concernem os *assuntos de interesse local*⁸⁰.

Embora existam competências administrativas, legislativas e tributárias, é certo que, para fins do presente trabalho, serão consideradas apenas as duas primeiras modalidades, já que os artigos 196 e 197 da Constituição Federal determinam que a saúde é dever do Estado e que cabe ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente pelo Estado através de um sistema único, ou através de terceiros, tais como pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Dessa forma, considerando-se o princípio da predominância⁸¹ do interesse, vislumbra-se que a Constituição brasileira fixou expressamente as competências legislativas e administrativas da União em seus artigos 21 e 22, tendo feito o mesmo com os municípios, em

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 478.

⁸¹ A preponderância de interesses em matéria de competência legislativa ou executiva (material) não se confunde com exclusividade, como adverte Mariana Filchtiner Figueiredo, já que o “mundo contemporâneo dificilmente apresenta problemas que tenham reflexos circunscritos a um só nível – local, regional, estadual, nacional -, pode-se afirmar como atribuição municipal para o exercício da competência para a qual haja predominante interesse local”. (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 156).

seu artigo 30⁸², reservando aos estados a denominada competência residual ou remanescente; ou seja, as matérias legislativas ou administrativas não atribuídas declaradamente à União ou aos municípios poderão ser disciplinadas pelos estados membros.

Ademais, a Carta Constitucional também estabeleceu competência administrativa comum a todos os entes federados que poderão atuar paralelamente, em condição de igualdade nas hipóteses arroladas no artigo 23, e previu, ainda, uma competência legislativa concorrente, descrita no artigo 24, em que a União deverá cingir-se a estabelecer normas gerais⁸³, não excluindo a competência suplementar dos estados e do Distrito Federal, que poderão “complementar a legislação federal, tendo em vista as peculiaridades regionais, por meio da expedição de normas específicas estaduais e distritais”⁸⁴. Segundo Sueli Gandolfi Dallari, tal fato ocorreu em virtude do aparecimento do Estado de Bem-Estar Social, no qual algumas atribuições deixaram de ser exclusivas de certas esferas, demandando uma atuação conjunta de todas elas, o que caracteriza o federalismo cooperativo:

Inicia-se a execução comum das tarefas políticas por um critério que, além de supor o acordo, ou a vontade recíproca do trabalho conjunto, estabelece a prioridade para determinar a disciplina no exercício daquela atividade. É a chamada competência concorrente. Sua caracterização depende, portanto, da existência de uma única tarefa, que será desempenhada por mais de uma unidade federativa, segundo um critério de primazia anteriormente definido. Quando não existe primazia entre os responsáveis pela execução do encargo, mas, ao contrário, supõe-se a igualdade das diversas esferas federativas, que devem agir em conjunto, “sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra”, fala-se em competência comum⁸⁵.

De acordo com o quadro traçado, sustenta Germano Schwartz, no que se refere à saúde, que a competência possui duplice sentido: um relacionado à sua normatização e outro relacionado à sua execução. Segundo esse autor, na primeira hipótese, “*a competência legislativa sanitária é concorrente*, em conformidade com o disposto no art. 24, XII, da CF/88, excetuando-se as hipóteses de competência exclusiva da União (arts. 21, XXIV, e 22, XXIII,

⁸² Lembre-se de que as mesmas competências legislativas conferidas aos estados e aos municípios, foram outorgados ao Distrito Federal (artigo 32, §1º).

⁸³ Ressalta Sueli Gandolfi Dallari que se entende por normas gerais as “declarações principiológicas editadas pela União que, sem violar a autonomia dos demais entes federativos, estabelecem as diretrizes nacionais a serem por eles respeitadas quando da elaboração de suas próprias leis” DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Editora Hucitec, 1995, p.39.

⁸⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 317.

⁸⁵DALLARI, Sueli. Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Editora Hucitec, 1995, p. 38.

da CF/88)»⁸⁶. Na outra, a discussão gira em torno de a quem caberia implantar e implementar as ações e serviços de saúde, sendo que a resposta assenta-se no artigo 23, II, da Constituição Federal, que disciplinou a saúde como de competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Em suas palavras:

Mas a quem caberá ‘cuidar’ da saúde? A saúde é dever do Estado, inexistindo enumeração taxativa constitucional sobre quem deverá ter a responsabilidade em relação à saúde. Logo, o Estado é entendido como todos os Estados-Membros da Federação, ou seja, a saúde é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tratando-se de *competência comum*, sendo tarefa de todos os entes federados⁸⁷.

O estabelecimento da competência concorrente no desenvolvimento de ações e serviços de saúde acabou por estabelecer, entre os entes federativos, a solidariedade para o desenvolvimento dessas atividades⁸⁸, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). Tal tema é, inclusive, objeto de repercussão geral ocorrida no dia 05 de março de 2.015, diante da análise do Recurso Extraordinário (RE) 855178, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL

⁸⁶SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 101.

⁸⁷SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 101.

⁸⁸ Em relação à execução de políticas públicas de saúde, na doutrina, há duas teses: a primeira que prega a existência de solidariedade entre os entes federativos – concepção abraçada pelo Supremo Tribunal Federal e por nós perfilhada – e a outra que reconhece uma obrigação subsidiária entre estes, na qual a responsabilidade é sucessiva, “reconhecida a partir do ente local em direção ao ente nacional”. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 157). Os adeptos dessa segunda tese sustentam, nos dizeres de Mariana Filchtiner Figueiredo, que “é princípio assente no direito das obrigações que a solidariedade não se presume, mas decorre de lei ou contrato. Ademais, no caso do direito à saúde há um agravante contra a admissão da tese, visto que, nem a Constituição Federal, nem tampouco a Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90 -, estabeleceram a solidariedade entre os entes federativos no que tange à responsabilidade pelas prestações materiais de consecução do direito à saúde. Ao contrário, ao consagrar princípios como a forma federativa e a autonomia municipal, a Constituição Federal de 1988 definiu explícita e expressamente a forma por meio da qual se devem organizar as instituições do Estado brasileiro – argumento que por si só já impediria o reconhecimento da tão propalada solidariedade na efetivação do direito à saúde. Agregue-se ainda, no entanto, a estreita relação entre poder descentralizado e democracia, nos termos já abordados anteriormente, a reforçar o argumento de quebra do sistema constitucional pela interpretação que ignora as consequências da adoção da forma federativa de Estado e da consagração da autonomia municipal”. (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 158). No mesmo sentido também escreveu Itália Viviani Lacerda Capanema Ribeiro: “Quem deve oferecer/ executar os serviços aos cidadãos é o ente mais próximo (Município) e subsidiariamente o ente mais afastado” (RIBEIRO, Itália Lacerda Capanema; COBUCCI, Maria Auxiliadora; TSUBOUCE, Tadahiro. **Gestão do SUS municipal**: aspectos jurídicos. Belo Horizonte: ESPMG, 2008, p. 35).

⁸⁸ Este preceito foi repetido no parágrafo único do artigo 3º da lei nº 8.080/90.

RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente⁸⁹.

Além disso, o Sistema Único de Saúde (SUS) é financiado com recursos provenientes do orçamento da seguridade social e outras fontes, conforme dispõe o artigo 195 do Texto Constitucional. No entanto, para garantir a coparticipação dos entes federativos no custeio da saúde, a Emenda Constitucional de nº 29 de 13 de setembro de 2000 acrescentou o parágrafo 2º ao artigo 198 da Constituição Federal e estabeleceu limites financeiros mínimos a serem aplicados pelos entes federativos no custeio do direito à saúde. Na realidade, como bem apontou Eduardo Appio, a garantia de repasse de recursos financeiros à saúde (bem como à educação) que “elimina a discricionariedade do Poder Executivo em sede de formulação da lei orçamentária anual”⁹⁰ tem assento em dois valores norteadores do ordenamento jurídico vigente: desenvolvimento e democracia. Nesse toar, o desenvolvimento almejado somente poderia ser atingido com a inserção dos cidadãos ao mundo globalizado mediante a disponibilização de saúde básica.

Entretanto, mesmo com a estipulação constitucional de percentuais destinados ao custeio da saúde, verifica-se que houve um favorecimento da União, fato que traz sérias distorções ao sistema. A Lei Complementar de nº 14,1 de 13 de janeiro de 2012, regulamentou aquele artigo constitucional, dispondo, em seu artigo 6º, que os estados membros e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, 12% (doze por cento) de sua arrecadação tributária em ações e serviços de saúde. Já os municípios e o Distrito Federal investirão 15% (quinze por cento) de sua arrecadação, e a União aplicará o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do produto interno bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. Esse tratamento diferenciado quanto aos investimentos compulsórios em saúde, conferido pela Lei complementar de nº 141/12, acaba por privilegiar a União Federal, uma vez que, em épocas de acentuada crise econômica, em que as variações do produto interno bruto são irrisórias ou mesmo negativas, a União não terá aumento de gastos com os serviços de saúde pública. À guisa de ilustração, cabe citar o exemplo formulado por André Puccineelli Júnior e Allan Thiago Barbosa Arakaki:

⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855178. Recorrente: União. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Brasília, 05 de março de 2015.

⁹⁰ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2012, p. 147.

Tome-se por exemplo o cenário econômico de 2003, quando a variação do PIB estacionou em pífos 1,1% (um vírgula um por cento), enquanto o crescimento da arrecadação federal batia um novo recorde, com alta de cerca de 12,66% (doze vírgula sessenta e seis por cento), chegando a aproximados R\$391.052.000.000,00 (trezentos e noventa e um bilhões e cinquenta e dois milhões de reais)⁹¹.

Com base nessas informações, esses autores aduziram que

Como se percebe, no ano de 2003, a variação da arrecadação federal superou em mais de 11 (onze) vezes a do PIB. Portanto, a prevalecer a fórmula atual em que o orçamento federal na área da saúde não se vincula a percentuais mínimos de arrecadação tributária, é forçoso admitir que no exercício imediatamente seguinte, qual seja, o de 2004, a União estaria obrigada unicamente a reajustar os investimentos no setor de saúde e, 1,1% (um vírgula um por cento) e não em 12,66% (doze vírgula sessenta e seis por cento)⁹².

Assim, se a federação brasileira assenta-se nos ideais de cooperação, por que estabelecer um tratamento tão diferenciado à União? Essa discrepância poderá não trazer bons resultados ao Sistema Único de Saúde, já que restou demonstrado o beneplácito de nossos legisladores face à União, não estabelecendo para ela um percentual mínimo de recursos públicos baseado na sua arrecadação, o que permitiria investimentos na saúde proporcionais ao aumento dos tributos recolhidos, numa tentativa de melhorar a qualidade dos serviços ofertados à população menos favorecida, sempre excluída do acesso a novas tecnologias, na maioria das vezes, dispendiosas.

Não obstante, a Constituição também previu a possibilidade de intervenção federal⁹³ nos estados e no Distrito Federal ou de intervenção estadual⁹⁴ nos municípios que não aplicarem

⁹¹ PUCCINELLI JÚNIOR, André; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O federalismo cooperativo e a reserva o possível**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 157.

⁹² PUCCINELLI JÚNIOR, André; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O federalismo cooperativo e a reserva o possível**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 157.

⁹³ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

...

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

...

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

⁹⁴ Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

...

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

os percentuais mínimos da receita resultante dos impostos estaduais ou municipais, conforme o caso, na manutenção e desenvolvimento de ações e serviços de saúde.

Outra medida que poderá ser adotada pela União e pelos estados e Distrito Federal é a constante na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar de nº 101/2.000), em seu artigo 25, que estabelece, como exigência para o recebimento de transferências voluntárias, entendidas, nos termos dessa lei, como a entrega de recursos correntes ou de capital a outro membro federativo, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou destinadas ao Sistema Único de Saúde (SUS), o cumprimento dos mencionados limites constitucionais relativos à educação e à saúde, sendo que a inobservância deste postulado poderá acarretar, no plano federal, a inscrição do ente federado no Cadastro Único de Convênios (CAUC). Como dito, a partir do momento em que o ente federado é inscrito nesse cadastro, serão suspensas as transferências voluntárias de recursos públicos a esse ente. Trata-se, na lição de Kiyoshi Harada, de “um poderoso instrumento de persuasão para conter os gastos públicos, principalmente, dos Municípios de menor expressão financeira, sempre dependentes do Poder Central”⁹⁵.

Pela dicção do artigo 102, I, alínea “f” da Constituição Federal, compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as causas e os conflitos que possam ameaçar o equilíbrio do pacto federativo e que envolvam a União, os estados membros e o Distrito Federal ou entre uns e outros. Com base nesse permissivo, a Corte constitucional brasileira firmou entendimento de que

nos casos de inscrição de entidades estatais, de pessoas administrativas ou de empresas governamentais em cadastros de inadimplentes, organizados e mantidos pela União, tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreparável, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade⁹⁶.

De uma forma geral e sem prejuízo a outras atribuições previstas em lei, a Constituição traçou como sendo de responsabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS): o controle e a fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, bem como a participação da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e

⁹⁵ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 24ªed., São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 280.

⁹⁶ STF, Referendo na Medida Cautelar 3.389 Piauí, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 01/08/2.013

outros insumos; a execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica, assim como as de saúde do trabalhador; a organização da formação dos recursos humanos na área da saúde; a participação de formulação de política e execução das ações de saneamento básico; o incremento do desenvolvimento científico e tecnológico; a fiscalização e inspeção de alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para o consumo humano; a participação do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

2.5 As leis orgânicas da saúde

Para regulamentar os dispositivos constitucionais que dispõem sobre a saúde, foi editada a chamada Lei Orgânica da Saúde que, na realidade, é composta pela reunião das leis nº 8.080 e nº 8.142, ambas de 1990. Essa bipartição ocorreu por razões históricas, já que em setembro daquele ano foi aprovado, pelo Congresso Nacional, o projeto de lei contendo a disciplina do direito à saúde, que foi enviado para manifestação do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello. Todavia, o Chefe do Executivo vetou os dispositivos do projeto original, que tratavam das transferências financeiras intergovernamentais e da participação popular na condução dos assuntos relativos ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Contudo, após a entrada em vigor da lei 8.080/90, o movimento sanitarista da época, inconformado com a atitude do Presidente, pressionou os Poderes Executivo e Legislativo, que acabaram cedendo às pressões, aprovando as matérias que haviam sido prejudicadas pelos vetos presidenciais, o que resultou na publicação da lei nº 8.142/90.

De início, a lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, estabelece ser a saúde um direito fundamental do gênero humano, confiando ao Estado o dever⁹⁷ de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, por meio da formulação e execução de políticas socioeconômicas, que visem à redução dos riscos de

⁹⁷ Contudo, o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (artigo 2º, parágrafo 2º da lei nº 8.080/90).

doenças e de outros agravos, e na estipulação de condições que assegurem o acesso universal e igualitário de todos os usuários às ações desenvolvidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

O sistema público de saúde, então, passou a ser entendido como o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, assim como por instituições públicas de todos os níveis da federação, incluídas aquelas destinadas ao controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, sangue e hemoderivados e equipamentos para a saúde.

Dentre os objetivos do Sistema Único de Saúde (SUS), arrolados pela lei de nº 8.080/90, encontram-se a identificação e a divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde, a formulação de políticas de saúde destinadas a promover a redução dos riscos de doenças e outros agravos, o acesso do usuário ao sistema e a assistência às pessoas às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com realização integrada de atividades assistenciais e preventivas de saúde.

Dada a amplitude das ações desenvolvidas na área da saúde que se destinam a garantir à população, individual ou coletivamente considerada, condições de bem-estar físico, mental e social, a atuação do Sistema Único de Saúde compreende: a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como a saúde do trabalhador e assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; a participação na formulação da política e na execução de saneamento básico; a ordenação e formulação de recursos humanos; a vigilância nutricional e orientação alimentar; a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; a formulação de política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; a fiscalização e inspeção de alimentos, água e bebidas para o consumo humano; a participação no controle e na fiscalização da produção, do transporte, da guarda e da utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; e a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

Além de observar as diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade, as ações e os serviços de saúde prestados diretamente pelo Sistema Único de Saúde, ou mediante celebração de contratos ou convênios firmados com serviços privados, o artigo 7º da lei nº 8.080/90 também prescreveu os seguintes princípios: universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de complexidade; assistência integral, que engloba um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais ou

coletivos, segundo as especificidades de cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema; preservação da autonomia individual do usuário na defesa de sua integridade física e moral; igualdade de assistência; direito à informação sobre seu real estado de saúde; divulgação das informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário; utilização de dados epidemiológicos para o estabelecimento de metas prioritárias, alocação de recursos e orientação programática; participação da comunidade; descentralização político-administrativa, possuindo direção única em cada esfera de governo com ênfase na municipalização dos serviços, regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; integração executiva das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos de todos os entes federados na prestação de serviços de assistência à saúde da população; capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Como dito em outras oportunidades, demais é sempre importante frisar que todo o Sistema Único de Saúde (SUS) é estruturado regional e hierarquicamente em níveis crescentes de complexidade. A regionalização pressupõe o arranjo dos serviços de saúde levando-se em conta as diferentes regiões, a fim de propiciar que os usuários tenham acesso aos mais variados tipos de atendimento, que são classificados segundo o grau de complexidade que apresentem. O nível mais baixo diz respeito à atenção básica, prestada nas unidades básicas de saúde, compreendendo consultas médicas e odontológicas em diversas especialidades, vacinação, assistência pré-natal, atendimento feito pelas equipes de saúde da família, dentre outros. Já a média complexidade inclui procedimentos ambulatoriais e hospitalares de custo intermediário, como implantação de órteses e próteses, hemodinâmica, exames de imagem (como ressonância magnética), procedimentos quimioterápicos e radioterápicos, e também cirurgias especializadas. Já o maior nível de complexidade demanda procedimentos ambulatoriais ou hospitalares altamente tecnológicos e de alto custo, cujos exemplos são o tratamento de doenças raras, procedimento transexualizador, neurocirurgias, assistência de alta complexidade ao indivíduo com obesidade (cirurgia bariátrica), etc. Cumpre mencionar que os níveis de complexidade são interdependentes e o ingresso ao maior nível dá-se por meio de encaminhamento solicitado pelo profissional competente.

Apesar da Constituição e da lei nº 8.080/90 pregarem a direção única do sistema público de saúde em cada esfera de governo, o segundo diploma legal, de forma expressa, permite aos municípios a constituição de consórcios visando ao atendimento conjunto de ações e serviços

de saúde como forma de partilhar os custos suportados por cada participante. Analisando a experiência brasileira, Eugênio Vilaça Mendes concluiu que os consórcios intermunicipais de saúde apareceram “num movimento de baixo para cima”⁹⁸, ocorrido a partir das necessidades municipais de se resolver os problemas relacionados à atenção à saúde, sem que fosse desenvolvida uma política nacional de saúde fomentando tal agrupamento. Ainda, segundo esse autor, os consórcios municipais de saúde poderiam ser definidos como “organizações privadas, constituídas pela ação cooperativa das Prefeituras Municipais de uma microrregião sanitária, para exercer, por delegação da Comissão Intergestores Bipartite Microrregional, no âmbito daquele espaço, a gestão de certos serviços de saúde”⁹⁹. Assim, de forma ilustrativa, a atuação regionalizada dos entes consorciados poderá evitar a sobrecarga dos cofres municipais que se daria com a compra isolada de determinada prestação de serviços ou equipamentos de elevados custos, uma vez que a reunião de um número maior de interessados nessas aquisições elevará as quantidades de produtos ou serviços a serem consumidos, dando ao consórcio poder de barganha frente aos prestadores e fornecedores.

Insta mencionar que as atividades desenvolvidas pelos consórcios não poderão ser classificadas como exclusivas do Estado, nelas se incluindo as relativas à gestão do sistema público de saúde, a exemplo do que ocorre com a definição de critérios de referência e contrarreferência e a instituição de conselhos intermunicipais de saúde.

Mais adiante, a lei nº 8.080/90, em seu capítulo IV, disciplina as competências e atribuições de cada ente federado no que diz respeito à efetivação do direito à saúde. Por meio dessa regulamentação, o artigo 15 traça as atribuições administrativas comuns como, por exemplo, a organização e coordenação do sistema de informação de saúde (inciso IV), elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde (inciso V), elaboração e atualização periódica do plano de saúde (inciso VIII), dentre outros.

Além disso, na mencionada lei, existe a enumeração de atividades que deverão ser implementadas isoladamente pela União, estados e municípios, respectivamente em seus artigos 16, 17 e 18¹⁰⁰, sendo que o artigo 19 determina que ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos estados e municípios, sendo válida a seguinte observação:

⁹⁸ MENDES, Eugenio Vilaça. **Os grandes dilemas do SUS**: Salvador: Casa da Qualidade Editora, 2001, p. 59.

⁹⁹ MENDES, Eugenio Vilaça. **Os grandes dilemas do SUS**. Salvador: Casa da Qualidade Editora, 2001, p. 61.

¹⁰⁰ Pelo arcabouço constitucional, resta claro que “a configuração institucional da saúde no Brasil trouxe uma ‘hipertrofia’ de responsabilidades para os três entes da federação, de um lado, e uma abertura significativa à

Normalmente, quando a competência é da esfera federal (Ministério da Saúde), aparecerão palavras como: *formular, elaborar, coordenar, definir normas, estabelecer normas, estabelecer critérios, controlar e fiscalizar, normatizar*, já que estas funções de **ordenamento e de coordenação** cabem à esfera nacional. Na esfera estadual fique atento às seguintes palavras: *acompanhar em caráter complementar ou suplementar, participar de, estabelecer normas em caráter suplementar, estabelecer padrões em caráter suplementar, colaborar com*. Observe que as expressões “**em caráter complementar**” ou “**em caráter suplementar**” são indícios de competência estadual. Na esfera municipal são recorrentes as palavras **gerir e executar**, uma vez que a execução das ações dos serviços de saúde cabem aos municípios. Porém, no âmbito municipal também encontraremos a palavra “**colaborar**”, pois os municípios normalmente gerem e executam, mas também colaboram com os outros entes federados¹⁰¹.

Como já mencionado anteriormente nessa obra, o gestor público deverá proceder ao planejamento do setor público, e quando as disponibilidades desse forem insuficientes para assegurar a cobertura assistencial à população de uma determinada localidade, poderá haver a contratação de serviços prestados pela iniciativa privada, observando-se, para tanto, as normas de direito público que tratam do estabelecimento de contratos ou convênios administrativos, sendo que as entidades filantrópicas ou as sem finalidade lucrativa terão preferência em relação as exclusivamente privadas, que não poderão receber subvenções ou auxílios, tampouco poderá ser cobrada qualquer contribuição por parte do usuário. Essas empresas deverão observar os princípios e as diretrizes emanadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sendo que aos seus dirigentes, administradores e proprietários é proibido o exercício de cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

O planejamento das ações e serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) é medida de extrema relevância, pois descreverá as atividades que serão desenvolvidas, permitindo, assim, a fiscalização do gasto público. O instrumento que sedimenta as estratégias a serem implementadas denomina-se Plano de Saúde, que contém “as intenções e os resultados a serem buscados no período, expressos em objetivos, diretrizes e metas”¹⁰². De modo geral, os planos de saúde conterão o rol das atividades e programação de cada nível da federação e seu financiamento deverá ser objeto de proposta orçamentária. Por essa razão, não se admite a

participação social na construção das políticas públicas, de outro” (ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 87).

¹⁰¹ GAMA, Alessandra de Saldanha da; GOUVEIA, Luciana Fonseca de. **SUS: Sistema Único de Saúde Esquematizado**. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2012, p. 61.

¹⁰² GAMA, Alessandra de Saldanha da; GOUVEIA, Luciana Fonseca de. **SUS: Sistema Único de Saúde Esquematizado**. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2012, p. 81.

transferência de recursos públicos para o custeio de ação não contemplada no plano de saúde, salvo nas situações emergenciais ou de calamidade pública na área em tela.

Já a lei nº 8.142/90 trata da participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), que se dá através das conferências de saúde e dos conselhos de saúde, que serão analisados pormenorizadamente no capítulo que tratará da formulação de políticas públicas, assim como das transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Os recursos financeiros que irão suportar os custos do sistema público de saúde serão depositados em conta especial, denominada fundo, pertencente a cada esfera de sua atuação, para que não haja comunicação com verbas pertencentes a outras pastas¹⁰³. Reza a lei nº 8.142/90 que a designação de valores do Fundo Nacional de Saúde cobrirá despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, seus órgãos e entidades da administração direta e indireta, investimentos na área de saúde, desde que previstos na lei orçamentária devidamente aprovada pelo Poder Legislativo ou estabelecidos no Plano Quinquenal do Ministério da Saúde, e cobertura das ações e serviços de saúde a serem implantados pelos municípios, estados e Distrito Federal. Nesse último caso, a destinação da verba será aplicada, pelos estados, Distrito Federal e municípios, em investimentos na rede de serviços, à cobertura ambulatorial e hospitalar, bem como às demais ações de saúde, sendo que a estipulação do montante de recursos a serem transferidos para esses entes federados levará em conta o perfil demográfico da região, o perfil epidemiológico da população a ser coberta, as características qualitativas da rede de saúde na área, o desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior, os níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais, a previsão do plano quinquenal de investimentos na rede e o ressarcimento do atendimento a serviços prestados a outras esferas de governo¹⁰⁴.

Uma vez estabelecida a quantia a ser enviada aos estados, Distrito Federal e municípios, seu repasse deverá ocorrer de maneira regular e automática, uma vez satisfeitos os critérios e requisitos previamente estabelecidos.

De acordo com a lei nº 8.142/90, são condições que os municípios, estados e o Distrito Federal deverão preencher para fazerem jus ao recebimento de recursos do Fundo Nacional de Saúde: possuir um fundo municipal, estadual ou distrital de saúde com composição paritária; apresentação de um plano de saúde; elaboração de relatórios de gestão que permitam ao

¹⁰³ Artigo 33 da lei nº 8.080/90.

¹⁰⁴ Artigo 35 da lei nº 8.080/90.

Ministério da Saúde o acompanhamento da programação aprovada com a aplicação dos recursos repassados aos estados, Distrito Federal e municípios; previsão de contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento e existência de comissão de elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários, previsto o prazo de dois anos para sua implantação. A inobservância desses atributos ensejará a administração dos recursos municipais por seu respectivo Estado, e dos estaduais pela União Federal.

Apesar da clareza das duas leis que tratam da criação, atribuições, funcionamento e custeio do Sistema Único de Saúde (SUS), sua operacionalização foi efetivada por meio de portarias, denominadas Normas Operacionais Básicas (NOBs), conforme veremos a seguir.

2.6 A formação histórica do Sistema Único de Saúde (SUS) e sua implementação após a edição da legislação federal correta

O Programa dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS), delineado pelo Decreto de nº 94.657, de 20 de julho de 1.987, pode ser considerado o precursor do sistema público de saúde atualmente existente. Na realidade, como bem observaram Lenir Santos e Luiz Odorico Monteiro de Andrade, o SUDS era a concretização das ideias discutidas durante a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, que se resumiam, basicamente, na unificação das ações e serviços de saúde antes distribuídos por vários ministérios; organização administrativa descentralizada e integrada; direito à saúde garantido a todos os brasileiros e não apenas àqueles trabalhadores filiados ao Regime Geral de Previdência Social; princípios e diretrizes únicos e financiamento por todos os entes federativos. Tendo em vista que se tratava de um programa federal, a definição de aplicação dos recursos transferidos pela União aos estados membros podia ser traçada levando em consideração os custos globais das ações e serviços de saúde.

Com a realização da Assembleia Nacional Constituinte e posterior promulgação da Carta Constitucional de 1.988, o direito à saúde foi consagrado como direito fundamental. A inserção deste direito fundamental é fruto de intensa participação popular na redação da nova Lei Maior.

O SUS, diferentemente de outras políticas sociais, passou por intenso processo de institucionalização legal, do qual participaram ativamente técnicos da área, intelectuais e movimentos, em todo o país. Precedendo o Congresso Nacional

Constituinte, realizou-se a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1996, com participação relativamente ampla da sociedade civil organizada. Pactuaram-se, não sem conflitos, a maioria das propostas que viriam a ser inscritas na nova Constituição: a saúde como direito de todos e dever do Estado, articulada às demais políticas sociais, como os princípios da universalidade, equidade, integralidade, descentralização e controle social. Não se tratava mais de um seguro, destinado ao mercado formal de trabalho, mas de um direito de cidadania, que se ampliava na criação da Seguridade Social. Por meio de leis orgânicas federais institucionalizaram-se os Conselhos de Saúde e construíram-se as bases para o processo de municipalização¹⁰⁵.

Para regulamentar o novo dispositivo constitucional, foi elaborado o Projeto de Lei Orgânica da Saúde, aprovado pelo Congresso Nacional em setembro de 1990. Contudo, como dito, parte desse projeto foi vetado por Fernando Collor, Presidente da República naquela época, em razão de discordância quanto ao controle popular e às transferências intergovernamentais de recursos públicos destinados ao custeio da área da saúde.

Como os vetos não foram derrubados pelo Congresso Nacional, foi publicada a lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. A promoção da saúde pressupõe a existência de qualidade de vida, sendo algo que perpassa a cura e a prevenção de doenças, “mas também o fato de ser um processo que se constrói e que se modifica, sofrendo a influência de todos os demais sistemas sociais”¹⁰⁶. A proteção sanitária, por sua vez, liga-se a um agir prévio ao do aparecimento da doença, o que a distingue da cura, na qual já houve o aparecimento do infortúnio, da enfermidade.

No entanto, o movimento popular em defesa da saúde pressionou tanto o Congresso Nacional como o Chefe do Executivo Federal no sentido de se incluir os dispositivos vetados no projeto de lei original, fato que acabou resultando na promulgação da lei nº 8.142/90, que dispõe exatamente sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Por este motivo, o que se denomina de Lei Orgânica da Saúde, na verdade, consiste na reunião das leis 8.080/90 e 8.142/90.

Tendo em vista que a Lei nº 8.080/90, em sua parte final, disciplina a transição do antigo Programa do Sistema Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS) para o Sistema Único de Saúde, a citada lei estabeleceu que os objetos dos convênios firmados na época dos Sistemas

¹⁰⁵ GOUVEIA, Roberto; Palma, José João Lanceiro da. In: GOUVEIA, Roberto. **Saúde pública, suprema lei: a nova legislação para a conquista da saúde**. São Paulo: Mandacaru, 2000, p. 27/28.

¹⁰⁶ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 98.

Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS) deveriam ser paulatinamente absorvidos pelo novo sistema, conforme reza o artigo 50 da lei nº 8.080/90: “Os convênios entre a União, os Estados e os Municípios, celebrados para a implantação dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde, ficarão rescindidos à proporção que seu objeto for sendo absorvido pelo Sistema Único de Saúde (SUS)”¹⁰⁷.

Apesar da edição da lei 8.080/90, muitas questões envolvendo o Sistema Único de Saúde foram disciplinadas pelas Normas Operacionais Básicas, que eram “regras de organização e financiamento do SUS ditadas pelo Ministério da Saúde, mediante portarias com anexos que detalhavam os procedimentos a ser observados pelos estados e municípios interessados nas transferências financeiras federais”¹⁰⁸.

A primeira Norma Operacional Básica¹⁰⁹ foi a NOB-SUS 01/91, aprovada pela Resolução 258 de 07 de janeiro de 1.991, editada pelo então presidente do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), já que, nesta época, o INAMPS deixou de pertencer ao Ministério da Previdência Social, passando a integrar o Ministério da Saúde. Dessa forma, “em vez de o SUS se organizar administrativamente pelas leis que o regulamentavam (Lei n. 8.080/90 e Lei n. 8.142/90), toda a estrutura e a cultura *inampiana* passaram a conformar o SUS, de maneira intensa até a extinção do INAMPS em 1.993”¹¹⁰. Por imposição da NOB-SUS 01/91, houve a permanência da necessidade de celebração de convênios administrativos entre a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal, fato que violava as leis ns. 8.080/90 e 8.142/90, as quais estabelecem que os recursos destinados ao custeio das ações e serviços de saúde serão repassados pela União aos demais entes federados

¹⁰⁷ BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1990). Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde.

¹⁰⁸ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros**. 2. ed. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 35.

¹⁰⁹ Sobre as Normas Operacionais Básicas (NOBs), escreveu Leonardo Trevisan: “A Norma Operacional Básica é a portaria do governo federal que define objetivos e diretrizes estratégicas para o processo de descentralização e de relações entre as esferas de governo. Esse dispositivo infralegal possui o caráter transitório, podendo ser reeditado ou alterado a qualquer momento. Como o sistema é operado por NOBs ‘federais’ o conceito de descentralização cai em uma espécie de ‘vácuo decisório’ plenamente preenchido pela instância federal porque, enfim, o recurso financeiro, ou melhor a liberação dele, é sempre um ato ‘de Brasília’. A menção no texto de Misocsky (2003) do processo de ‘esculpir o SUS a golpes de portaria’ é bem correta, especialmente porque esse foi um fenômeno que se iniciou desde a edição da primeira NOB, em janeiro de 1991” (TREVISAN, Leonardo. Das pressões às ousadias: o confronto entre a descentralização tutelada e a gestão em rede no SUS. **Revista de Administração Pública**. 2007, vol. 41, nº 2, p. 243) .

¹¹⁰ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros**. 2. ed. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 39.

de forma regular e automática. Essa NOB também criou novos sistemas de financiamentos, os quais levavam em consideração a prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares, sendo eles o Sistema de Informações Hospitalares (SIH-SUS) e o Sistema de Informações Ambulatoriais (SIS-SUS)¹¹¹.

A intenção do governo central era editar uma Norma Operacional Básica por ano e, assim, no ano seguinte à edição da primeira, foi publicada pelo presidente do INAMPS a NOB-SUS 01/92 (Portaria nº 234 de 07 de fevereiro de 1.992) que, em atenção ao movimento municipalista, tentou descentralizar a prestação das ações e dos serviços de saúde e implantar os órgãos colegiados de tomada de decisão. Por essas razões, essa NOB pode ser considerada o embrião do documento publicado pelo Ministério da Saúde e que se denominou “A Ousadia de Cumprir e Fazer a Lei”. No entanto, essa NOB não chegou a sair do papel, tendo sido substituída pela NOB-SUS 01/93¹¹².

Com fulcro no mencionado documento, devidamente aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde em abril de 1993, foi publicada a NOB-SUS 01/9, que trouxe como anexo da Portaria nº 545 de 20 de maio de 1.993, confeccionada pelo Ministério da Saúde sem a interveniência do INAMPS. Dentro desse panorama, a NOB-SUS 01/93 inovou ao implantar diversos sistemas de relacionamento entre o plano federal e as demais esferas político-administrativas, propondo o enquadramento destas últimas nas seguintes modalidades de condições de gestão: incipiente, parcial, semiplena e plena. Assim, caso os estados, municípios ou o Distrito Federal quisessem receber recursos federais, deveriam se enquadrar em qualquer uma das espécies citadas, de acordo com sua capacidade técnica e operacional. Na visão de Lenir Santos e Luiz Odorico Monteiro de Andrade,

¹¹¹ A este respeito, escreverem Lenir Santos e Luiz Odorico Monteiro de Andrade: “Concluindo, essa NOB foi bastante criticada por: a) não aplicar os critérios do artigo 35 da lei n. 8.080/90 no repasse de recursos; b) estar o INAMPS na condução do SUS; c) utilizar o convênio para transferência de recursos; d) fragmentar os recursos da saúde; e) centralizar o sistema de informações e gerenciamento; f) mudar o critério de remuneração, sobretudo no atendimento ambulatorial; g) manter o critério de produção de serviços; h) desconsiderar as ações e serviços da vigilância epidemiológica e sanitária” (SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros**. 2. ed. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 40)

¹¹² “É oportuno lembrar que o INAMPS prestava serviços de assistência médica, hospitalar e ambulatorial aos trabalhadores do Regime Geral de Previdência Social. Desses serviços, 30% eram do próprio INAMPS e 70% contratados de terceiros. As tabelas de procedimentos e as AIHs eram formas de pagamento desses serviços, mediante o critério de produção. As NOBs de 1991 e 1992 estabeleceram para os estados e municípios esse mesmo modelo, tratando os entes federativos como se fossem prestadores de serviços do Ministério da Saúde, e não entes responsáveis pela garantia do direito à saúde do cidadão”. (SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros**. 2. ed. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 43).

NOB 01/93 foi um marco na implantação do SUS por: considerar que os estados e municípios são gestores do SUS e não prestadores de serviços do Ministério da Saúde; transferir recursos pela modalidade ‘fundo a fundo’; adotar o critério global de repasse de parcela dos recursos da União, adotar as Comissões Tripartite e Bipartites como fóruns de negociação intergestores, possibilitar aos municípios e estados serem gestores de seus sistemas, independentemente da condição de gestão que viessem a ter, bastando demonstrarem ter capacidade de responder pela saúde de sua população¹¹³.

Já a NOB-SUS 01/96, consubstanciada na Portaria de nº 2.203 de 05 de novembro de 1.996, definiu que o campo de atenção à saúde desdobrava-se em três grandes campos, quais sejam: o da assistência, dirigido às pessoas individual ou coletivamente consideradas, prestado primordialmente em âmbito ambulatorial e hospitalar, sem a exclusão de outros espaços, como o domiciliar; o das intervenções ambientais, abrangendo as relações e condições sanitárias nos ambientes de vida e trabalho, o controle de vetores e hospedeiros e a operação de sistemas de saneamento ambiental e o das políticas externas ao setor de saúde, que interferem nos determinantes sociais do processo saúde-doença das coletividades e que compreendem políticas públicas de emprego, habitação, educação, lazer, disponibilidade e qualidade dos alimentos, sendo que nestes três campos estão compreendidos os três espectros de ações dos níveis de atenção à saúde (promoção, proteção e recuperação da saúde), em que se deve priorizar sempre o lado preventivo.

Além disso, a NOB-SUS 01/96 também tratou sobre a questão da municipalização das ações e serviços de saúde, partindo da distinção entre gerência e gestão. Para este diploma normativo, “gerência é conceituada como sendo a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatório, hospital, instituto, fundação, etc.), que se caracteriza como prestador de serviço ao Sistema”, enquanto a gestão relaciona-se com “a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria”¹¹⁴, reservando-se, então, este termo, aos secretários municipais e estaduais de saúde, bem como ao Ministro da Saúde.

¹¹³ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros**. 2. ed. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 51.

¹¹⁴ Leciona Jairnilson Silva Paim que um sistema de serviços de saúde é composto por cinco componentes com funções específicas e predeterminadas: infraestrutura, organização, gestão, financiamento e prestação da atenção, sendo que neste último encontra-se o modelo de atenção ou o modelo assistencial no que diz respeito à assistência, intervenção, ações e práticas de saúde. (PAIM, Jairnilson Silva. Atenção à saúde no Brasil. In: **Saúde no Brasil: contribuições para a agenda de prioridades de pesquisa**. 2ª ed., Brasília, Ministério da Saúde, 2006, p. 547).

Como ato de reconhecimento de grandes disparidades entre os diversos municípios, a NOB-SUS 01/96 possibilitou que os municípios se habilitassem em duas condições de gestão, a saber: gestão plena de atenção básica e gestão plena do sistema municipal, de acordo com as responsabilidades assumidas pelos gestores municipais perante os gestores dos outros níveis da federação e perante a população local. Os municípios que não se enquadrassem em nenhuma destas duas categorias permaneceriam na condição de prestadores de serviços ao Sistema Único de Saúde, cabendo ao estado membro a gestão do sistema naquele município.

Em seguida, passaram a ser editadas as Normas Operacionais da Assistência à Saúde (NOAS - SUS), sendo a primeira delas a de nº 01/ 2001¹¹⁵, que teve curta duração, mas foi confeccionada com o escopo de ampliar as responsabilidades dos municípios na Atenção Básica, definir o processo de regionalização da assistência, criar mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde e proceder à atualização de habilitação de estados e municípios.

Durante a implantação da NOAS-SUS de nº 01/2001, alguns entes federativos esbarraram na dificuldade de manter um controle único sobre os prestadores de serviços ao SUS, bem como disponibilizar a totalidade dos módulos assistenciais à população local. No âmbito dos estados, houve, ainda, imensa fragilidade para explicitação dos mecanismos necessários à efetivação da gestão estadual sobre as referências intermunicipais.

Diante disso, e levando-se em conta os problemas apresentados, em meados de 2001, foi reaberto o debate na Comissão Intergestores Tripartite (CIT), que culminou com a publicação, em 27 de fevereiro de 2002, da publicação da Portaria GM/MS de nº 373, que trouxe em seu bojo a NOAS 01/2002. Por essa nova sistemática, a responsabilidade dos municípios na atenção básica foi ampliada, assim como foram criados mecanismos tendentes a fortalecer a capacidade de gestão do SUS, através da estipulação de critérios de habilitação de estados e municípios e, com base nestes indicadores, o estabelecimento de processos de funcionamento, buscando a hierarquização dos serviços de saúde por meio da regionalização.

Até este momento, todas as tratativas em torno do modelo de saúde prestado pelo SUS estavam centralizadas em processo de habilitação dos estados e municípios ditado pela União, mediante o preenchimento de requisitos previamente estabelecidos pelo Ministério da Saúde, colocando, assim, os demais entes federados como meros gerentes dos projetos federais. Contudo, como essa sistemática foi alvo de severas críticas, foi necessário discutir a formatação

¹¹⁵ Portaria GM/MS de nº 95 de 26 de janeiro de 2001.

de um novo modelo pautado notadamente na gestão compartilhada do sistema público de saúde e nas transferências de recursos da União para os estados e municípios nos termos do artigo 35 da lei nº 8.080/90, até aquele momento ignorado.

Surgiu, então, o Pacto pela Saúde, divulgado pela Portaria 399 de 22 de março de 2006¹¹⁶, cuja implementação ocorreu pela adesão de municípios, estados e União aos Termos de Compromissos de Gestão que, por sua vez, puseram “uma pá de cal” à antiga necessidade de habilitação dos entes federados. Tais instrumentos tinham por finalidade definir responsabilidades, formas de financiamento das ações e serviços de saúde, metas sanitárias e demais compromissos a serem firmados entre os gestores de saúde dos diferentes níveis da federação. Neste aspecto, são pertinentes as críticas tecidas por Maria Paula Dallari Bucci ao questionar a fuga da Administração Pública para o Direito Privado, que se dá pelo “amplo movimento de contratualização da atividade administrativa, que se reveste de múltiplas formas”¹¹⁷ e dentre as quais podemos inserir, sem sombra de dúvidas, os Termos de Compromisso de Gestão, que foram posteriormente substituídos pelos Contratos Organizativos de Ação Pública da Saúde (COAPS), regulamentados pelo decreto de nº 7.508/11¹¹⁸.

De toda forma, nos mencionados Termos de Compromissos de Gestão deveriam estar contidos os compromissos e metas assumidos pelos entes federados quando do atingimento de uma definição de uma agenda de prioridades articuladas e integradas nos três componentes do Pacto pela Saúde, sendo eles o Pacto pela Vida, o Pacto em Defesa do SUS e o Pacto de Gestão do SUS.

O Pacto pela Vida, desenvolvido a partir da análise da situação da saúde no Brasil, consiste em uma gama de ações prioritárias dos governos e que envolvem a saúde do idoso, o tratamento do câncer de colo de útero e mama, a redução das taxas de mortalidade infantil e materna, o fortalecimento do sistema de combate de doenças consideradas emergentes ou endêmicas (dengue, tuberculose, hanseníase, malária e influenza), criação da Política Nacional de Promoção da Saúde, que deveria enfatizar tanto a importância da adoção de hábitos

¹¹⁶ Na realidade, o Pacto pela Saúde é composto pela reunião das Portarias de nº 699 de 30 de março de 2006; nº 3.085 de 01º de dezembro de 2006; nº 3.332 de 28 de dezembro de 2006 e nº 204 de 29 de janeiro de 2007.

¹¹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 133.

¹¹⁸ Cf. SILVA, Ana Caroline Vasconcelos; CUNHA, Luísa Alves Rodrigues da Cunha. O direito fundamental à saúde e o Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde. In. MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues; IAROSZESKI, Cristina Elena Bernardi; SCARPINO JR, Luiz Eugenio; Lima TICIANI Garbellini Barbosa. (Org.). **Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos**. 1ed. Curitiba: Juruá, 2015, v. 1, p. 195-214.

saudáveis de vida, como a responsabilidade de cada um por sua implementação e o fortalecimento dos programas de saúde da família.

O Pacto em Defesa do SUS, por sua vez, tinha como objetivo principal a consolidação do Sistema Único de Saúde como política de Estado ao considerar o processo de instituição da saúde como efetivo exercício da cidadania, por meio da implantação de um projeto de mobilidade social e da elaboração de uma Carta dos Direitos dos Usuários do Sistema Único de Saúde.

Já o Pacto pela Gestão do SUS reconhece expressamente as desigualdades regionais e iniquidades do país, reforçando, por essa razão, a necessidade de descentralização de atribuições do Ministério da Saúde para os estados, Distrito Federal e municípios, sem olvidar de que a gestão do SUS deve ser compartilhada em razão da competência concorrente estabelecida constitucionalmente, mas ressalta a relevância de definições das ações a serem desenvolvidas por cada ente federado, explicitando, também, o financiamento tripartite da saúde no Brasil.

Após esta breve incursão histórica no que tange a criação do Sistema Único de Saúde, é de importância ímpar mencionar as afirmativas de Lenir Santos e Luiz Odorico Monteiro de Andrade¹¹⁹, os quais concluíram que toda a lógica de organização do sistema público de saúde assentou-se no financiamento federal de caráter obrigatório, não se levando em consideração as necessidades da população. Neste sentido,

A lógica dessa organização pautada pelo financiamento nos leva a inferir, por consequência, que a concepção do SUS, inscrita na Carta Constitucional e nas Leis ns. 8.080/90 e 8.142/90, nem sempre foi o que orientou sua organização, tampouco os resultados qualitativos pretendidos, mas sempre o financiamento federal regulado por normas operacionais federais (portarias ministeriais)¹²⁰.

A criação do Sistema Único de Saúde, como visto, tentou modificar a situação de exclusão de parcela da população à saúde, tornando obrigatório o atendimento dos brasileiros e estrangeiros residentes em nosso país em todos os níveis de complexidade, elevando a saúde a direito fundamental expressamente garantido pela Constituição Federal.

¹¹⁹ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros**. 2. ed. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 27.

¹²⁰ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros**. 2. ed. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 27/28.

Como se sabe, a promoção dos direitos fundamentais pelo Poder Público dá-se por meio de implementação de políticas públicas, cabendo ao Estado o dever de formulá-las e implementá-las, tendo como alvo a concretização dos direitos fundamentais, podendo tê-las como inconstitucionais ou ilegais quando há a adoção de quaisquer medidas que não tenham esse objetivo. Na lição de Fernando Aith, o “desenvolvimento de um Estado será tanto maior quanto maior for a rede de proteção dos direitos humanos oferecida, através de políticas públicas eficazes”¹²¹. Por tal motivo, no próximo item, serão analisados os processos de formação das políticas públicas e, em especial, daquelas relativas à saúde.

¹²¹ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 219.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À SAÚDE

3.1 O que são políticas públicas?

As políticas públicas constituem o modo espontâneo de cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado em sua Carta Política, por meio da previsão de direitos fundamentais, sendo encarregadas de materializar as demandas ocultas e expressas da sociedade para o âmbito estatal, em uma tentativa de se racionalizar a ação do Poder Público¹²². Na visão de Ludwig Guendel Gonzáles, a política pública

Es un instrumento por excelência de aplicación de los enunciados jurídico y político-institucionales pactados por la sociedad. El reconocimiento jurídico o especificación de los derechos ha devenido en un fator de especificación de estas políticas públicas, visibilizando intereses que anteriormente se ocultaban tras de categorías homogéneas de lo social, y constituyéndose en espacios vitales para el reconocimiento y desarrollo de las ciudadanías. Esto no sólo ha fortalecido la presencia del Estado em la atención de problemáticas muy específicas, sino que, además, ha provocado una diáspora social e institucional, que construye una mixtura de enfoques y estructuras institucionales¹²³

O advento do Estado Social e o conseqüente aumento das responsabilidades estatais, que inclui elevado grau de complexidade das escolhas feitas pelos gestores públicos e a crescente interferência do Judiciário no que diz respeito às prestações sociais, acarretou o aumento do interesse pelas políticas públicas, cuja observação “não pode ser feita de forma fragmentada nem isolada da análise mais geral sobre os rumos da sociedade”¹²⁴.

¹²² Na visão de Leonel Pires Ohlweiler, as políticas públicas materializam não somente os direitos fundamentais sociais: “Não há dúvida de que a questão referente às políticas públicas ganha dimensão significativa com o Estado Social de Direito, mas é preferível fundar hermeneuticamente as políticas públicas nos direitos fundamentais e no constitucionalismo, pois materializar direitos individuais, como segurança, liberdade, propriedade, também exige por parte do Estado um conjunto de políticas públicas. A ação de planejamento da Administração Pública deve voltar-se para o dever de realizar a Constituição em sua totalidade, assumindo capital importância a normatização referente aos direitos fundamentais” (OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 292).

¹²³ ¹²³ GONZÁLES, Ludwig Guendel. Políticas públicas y derechos humanos. **Revista de Ciências Sociais**, São José, Costa Rica, v. III, n. 97, Universidade de Costa Rica, p.105-125, 2002, p. 111.

¹²⁴ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos, tomo 08, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 2309.

Em princípio, a Constituição deve guiar as ações e omissões (quando se tratar de respeitar os direitos fundamentais de liberdade) do Poder Público no desenvolvimento e implementação de seus desígnios. Dessa forma, em qualquer exame que se faça, é importante que haja o balanceamento de orientações descritivas e prescritivas das políticas públicas, cuja orientação, na maioria das vezes, já decorre do texto constitucional. A primeira orientação sugere uma análise no plano estritamente teórico, detendo a observação no desenvolvimento de “conhecimentos sobre o processo de elaboração das políticas e sobre suas características”¹²⁵, enquanto que as prescritivas “procuram apoiar os agentes das políticas, identificando obstáculos para seu êxito, indicando alternativas utilizadas em outros ambientes e soluções possíveis”¹²⁶.

As políticas públicas podem ser definidas de diversas formas, mesmo porque se trata de expressão polissêmica. Assim, Fábio Corrêa Souza de Oliveira reconhece dois sentidos ao termo: um sentido estrito e um sentido amplo. Na acepção *stricto sensu*, assim considerada em razão de não inserir em sua significação a sociedade e os particulares, as políticas públicas “traduzem programas que ordenam o funcionamento do Estado, espelham a atividade de planejamento global, ao passo que as demais condutas estatais afins, notadamente as de cunho administrativo, representam a execução destas estratégias”¹²⁷. Já em sentido amplo, “tudo ou quase tudo poderia ser classificado, mesmo quando indiretamente, como política pública. Inclusive, é claro, emendas constitucionais propalam políticas públicas”¹²⁸.

Adotando uma concepção estritamente jurídica, entende Maria Paula Dallari Bucci ser a política pública

um programa ou quadro *de ação* governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina de governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito¹²⁹.

Um pouco mais a frente, no mesmo trabalho, a autora identifica três elementos de estruturação das políticas públicas, quais sejam: ação-coordenação, processo e programa. No

¹²⁵ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos, tomo 08, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 2309.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 2309.

¹²⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 417.

¹²⁸ OLIVEIRA, loc. cit.

¹²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

programa tem-se a dimensão material da política pública na qual deverão estar descritos os objetivos que se pretende alcançar, os instrumentos operacionais que serão utilizados, os recursos financeiros disponíveis e os elementos de avaliação e, em alguns casos, o tempo em que perdurará a medida¹³⁰. Como toda política pública pressupõe um programa de ação, é de crucial importância a existência do elemento coordenação, que funcionará como aglutinador das atuações do Poder Público e seus diversos órgãos, dos diversos níveis dos entes federados (municipal, estadual e federal), dos três Poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) e ainda em relação a sociedade em geral. Já o terceiro elemento, o processo, denota uma série de atos a serem praticados, observada a garantia fundamental do contraditório, destinados à produção de um determinado fim, que seria, na realidade, a produção de uma política pública com a participação popular.

Partindo da concepção de que a proteção dos direitos humanos depende de um meio social onde vigoram regras de convivência que vinculam governados e governantes, que devem exercer o poder não em desfavor das pessoas, mas sempre em favor dos seus direitos, Fernando Aith considera a política pública como “atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento das ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos.”¹³¹ .

Contudo, para fins deste estudo, e até mesmo em razão do tema proposto, o termo será entendido nos moldes traçados pelo Ministério da Saúde¹³² como sendo

decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis

¹³⁰ Ibid., p. 42.

¹³¹ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 232.

¹³² Esta é, para João Pedro Schmidt, uma definição normativa, pois “indica o que uma política deve ser. É muito importante nessa concepção a idéia de que as políticas orientam a ação estatal, diminuindo os efeitos de um dos problemas constitutivos do regime democrático: a descontinuidade administrativa, decorrente de renovação periódica dos governantes. Cada novo governo significa alguma descontinuidade. Até certo ponto isso é positivo, pois permite inovações e avanços. Mas, é amplamente reconhecido que a descontinuidade administrativa leva frequentemente ao abandono das diretrizes vigentes e à criação de outras, bastante distintas e não raro contraditórias em relação às anteriores, gerando desperdício de energia política e de recursos financeiros. No Brasil, tem havido um esforço importante para reduzir a descontinuidade das políticas, através de legislação específica, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, de um tratamento mais técnico das políticas e da participação de setores sociais na sua formulação, reduzindo a possibilidade dos administradores públicos de reventar os rumos das mesmas a cada mandato” (SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**, tomo 08, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 2312).

à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades¹³³.

Como se vê, pela definição apontada, toda política pública resulta na adoção de escolhas com o fito de que seja perseguida uma finalidade pública, aplicando-se os recursos públicos indispensáveis para o desenvolvimento de tais atividades, devendo-se pautar a atividade estatal na coordenação de suas opções políticas com aquelas adotadas pelos demais entes federativos. Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci,

Pensar em política pública é buscar a coordenação, seja na atuação dos Poderes Públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior do Governo, entre as várias pastas, e seja, ainda, considerando a interação entre organismos da sociedade civil e o Estado. Por essa razão tem crescido a importância, na gestão pública, de instrumentos consensuais como convênios e consórcios¹³⁴.

A política pública, então, pressupõe, no Estado de Direito, um sujeito ativo, responsável por dar o impulso à sua formulação, que serão os Poderes Públicos, através de entidades da Administração Direta (União, estados membros, Distrito Federal ou municípios) ou por meio de entes da Administração Indireta (fundações, autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista), ou ainda pelos poderes constituídos (Legislativo e Judiciário)¹³⁵. Como bem observa Eduardo Appio, a formulação de políticas públicas, embora possa ser objeto de análise por parte do Judiciário, por meio do ajuizamento de ações civis públicas ou através do controle concentrado de constitucionalidade, que não poderá partir dessa função estatal, sob pena de se ver instaurado um sistema aristocrático, pela extrema concentração de poder político junto a um único órgão¹³⁶.

No entanto, o fato de o Estado ser tido como o encarregado de dar o primeiro passo na formulação de políticas públicas não significa dizer que estas serão eficientes. Pelo contrário, a eficiência é um atributo da atuação administrativa indissociável da adesão da sociedade. “Daí a necessidade de se utilizar instrumentos que procurem o consentimento da coletividade, que

¹³³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Política Nacional de plantas medicinais e fitoterápicos**. Brasília, 2006, p. 9.

¹³⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44.

¹³⁵ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 232.

¹³⁶ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2012, p. 56.

procurem, enfim, a aproximação da sociedade e do Estado, do burocrata e do cidadão, do governante e do governado”¹³⁷.

O suporte democrático para a implantação e sucesso da medida dependerá, então, da participação da sociedade que é, para Marcos Augusto Perez, um princípio constitucional implícito de organização da Administração Pública, “pois implica a estruturação de processos de tomada de decisão pela Administração Pública ou de divisão de tarefas entre a administração e os administrados, de modo a convocar estes últimos à execução direta de determinadas funções administrativas”¹³⁸. Desse modo, o povo deixou de ser o beneficiário ou destinatário das políticas públicas para transmutar-se em sujeito ativo de sua formulação, execução¹³⁹ e, sobretudo, fiscalização¹⁴⁰.

3.2 Ciclo político de formação das políticas públicas

Como visto, todas as conceituações de políticas públicas, e até mesmo a adotada neste trabalho, trazem em seu bojo a escolha a respeito das áreas sobre as quais recairá a atividade estatal. Até chegar a uma decisão, a análise daqueles encarregados da elaboração das políticas públicas perpassa várias e distintas etapas, formadoras do que se convencionou chamar de ciclo político.

¹³⁷ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: 200, p. 167/168.

¹³⁸ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: 200, p. 169.

¹³⁹ No mesmo sentido: “Uma premissa básica de este nuevo enfoque de política consiste em visualizar al Estado como um médio para el desarrollo de la ciudadanía. De este modo, la persona ciudadana deja de concebirse en un objeto pasivo – como ocurría con el concepto de beneficiario – para transformarse en un sujeto del Estado: un sujeto activo”. (¹³⁹ GONZÁLES, Ludwig Guendel. Políticas públicas y derechos humanos. **Revista de Ciências Sociales**, São José, Costa Rica, v. III, n. 97, Universidade de Costa Rica, p.105-125, 2002, p. 116).

¹⁴⁰ Na mesma senda, tem-se as palavras de Ricardo Herman: “o direito social que se pretende apóia-se numa idéia de cidadania governante e não como simples destinatária de decisões públicas tomadas pelo corpo de tecnocratas. Isso amplia a importância dos princípios que se relacionam com a idéia de controle social e participação na gestão, verificando-se aqui novamente a necessidade de superação de concepções hermenêuticas meramente legalistas, para a inserção da atividade administrativa estatal no âmbito de um Estado efetivamente democrático, a partir da atribuição de sentido a este paradigma” (HERMANY, Ricardo. Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regularidade dos atos da administração. In: REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 6, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, P. 1731)

Didaticamente, o ciclo político é formado por cinco fases destinadas à elaboração das políticas públicas, que definem os principais acontecimentos deste processo: percepção e definição dos problemas, inserção na agenda política, formulação, implementação e avaliação¹⁴¹. Na primeira fase (percepção e definição dos problemas) deve-se eleger, dentre as inúmeras situações problemáticas, aquelas que serão transmudadas em um problema político, valendo a seguinte ressalva:

O fato de um governo não colocar um problema relevante na agenda política não se explica necessariamente pela falta de interesse dos governantes; é possível que não tenham força suficiente para fazê-lo ou que outras prioridades já definidas requeiram toda a energia política disponível. Não se governa apenas com base na vontade. Os governantes precisam levar em conta a força que possuem, tanto no interior do governo como nas instâncias do Estado e na própria sociedade, para enfrentar as tarefas a que se propõem¹⁴².

Na fase seguinte, composta pela confecção da agenda política, é selecionado um rol de vicissitudes, que englobam assuntos recorrentes e outros que emergem a cada período histórico, consideradas como tais pela opinião pública e pelos governantes, que travam verdadeiro embate para centralizar a agenda em suas mãos e, assim, ver qual grupo possui maior influência política.

Ultrapassada esta etapa, há a efetiva formulação da política pública, que não se processa em um âmbito puramente técnico. Na realidade, existe uma conflituosidade entre os atores dotados de poder decisório, que são os membros do Executivo, os do Legislativo e os grupos sociais interessados na implementação da medida. Mas uma vez cessadas as negociações e atingido o acordo, são estabelecidas as metas e as diretrizes, as atribuições de cada ente na concretização da política pública que pode se dar “através de *Planos* ou *Programas*, os quais originam *Projetos*, que se desdobram em *Ações*”¹⁴³. Nesta seara, esclarece Maria Paula Dallari Bucci, a política pública consiste na escolha de meios tendentes à consecução de determinadas finalidades estatais, com a participação de atores públicos e privados, sendo, pois, mais ampla do que o plano.

Há certa proximidade entre as noções de política pública e a de plano, ainda que a política possa consistir num programa de ação governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano. Frequentemente as políticas

¹⁴¹ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos, tomo 08, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 2315.

¹⁴² SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos, tomo 08, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 2316.

¹⁴³ *Ibid*, p. 2318.

públicas se exteriorizam através de planos (embora com eles não se confundam), que podem ter carácter geral, como o Plano Nacional de Desenvolvimento, regional, ou ainda setorial, quando se trata, por exemplo, do Plano Nacional de Saúde, do Plano de Educação etc. Nesses casos, o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação. Sucodem-se normas de execução, da alçada do Poder Executivo¹⁴⁴.

A quarta etapa, a de implementação, consiste na concretização propriamente dita da política pública, que ocorre com a materialização das ações definidas nos planos, projetos ou ações. Apesar das decisões relativas à determinada política pública já terem sido amplamente discutidas, nesta fase, a todo instante, poderão ser requeridas novas definições por parte do Poder Público, já que se trata de um processo dinâmico diretamente influenciado pelas alterações do panorama social até então apresentado. Entre a terceira e a quarta etapa é importante que se estabeleça entre os seus atores (Executivo e Legislativo) uma verdadeira simbiose, como bem adverte João Pedro Schmidt:

Um dos fatores de êxito ou fracasso das políticas públicas é a articulação entre o momento da formulação e o da implementação. O entendimento compartilhado dos objetivos e das metas das políticas depende em boa parte do entrosamento e de conhecimentos comuns entre formuladores e implementadores, bem como da participação dos implementadores no momento da formulação¹⁴⁵.

A última fase é a da avaliação, na qual há um legítimo julgamento quanto ao grau de satisfação dos cidadãos, os custos¹⁴⁶ suportados pelos cofres públicos e a proporção de cumprimento da política pública, extraindo-se, assim, os resultados bons ou ruins, que condicionarão a continuidade ou a substituição da política pública naquele momento. Em relação à esta etapa, escreveu João Pedro Schmidt, que

“Há ainda pouca tradição no Brasil de avaliações criteriosas acerca das políticas públicas. As avaliações internas costumam ter pouca credibilidade na sociedade, por

¹⁴⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 259.

¹⁴⁵ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**, tomo 08, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 2318.

¹⁴⁶ Nessa etapa, é importante proceder a análise dos custos e dos benefícios perpetrados pelas políticas públicas ou relativas a determinados serviços públicos. Nessa esteira, oportunas são as palavras de Maria Manuel Leitão Marques: “Serenamente e sem preconceitos é exactamente convém partir para a reflexão sobre o que fazer com a gestão de determinados serviços públicos cujos custos (e défices orçamentais!) não páram de aumentar, sem que isso se traduza em melhorias substanciais no acesso e/ou na qualidade do serviço prestado. E a primeira questão que deve ser considerada é a de saber, com rigor, quais são as razões que estão na origem do mau funcionamento do serviço. Depois, é preciso ponderar se o serviço pode ou não ser objecto de reforma interna quanto ao modo de gestão pública ou de mudanças na regulação externa de que é objecto (tutela, fiscalização, exercício de poderes disciplinares e sancionatórios) que melhorem o seu desempenho” (MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão visível: mercado e regulação**. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 100).

suspeita de comprometimento político com o grupo governante. As avaliações externas, por outro lado, são contratadas por vezes pelos governantes na expectativa de receberem um aval acerca de suas realizações, um ‘atestado’ de boa conduta e competência que possa ser apresentado à opinião pública e aos eleitores. É preciso criar a esse respeito uma nova cultura, que evidencie que avaliações confiáveis, produzidas por instituições e agências independentes, são uma necessidade para um bom governo e um direito da sociedade”¹⁴⁷

Ultimado o ciclo político, as políticas públicas poderão adotar a forma de política de Estado ou política de governo¹⁴⁸. Para que sejam enquadradas em uma ou em outra categoria, deverão ser observados três fatores: a) objetivos; b) formas de elaboração, planejamento e execução; e c) forma de financiamento¹⁴⁹.

Dessa forma, levando-se em conta o objetivo da política pública, se este diz respeito a “consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, ela poderá ser considerada política de Estado”¹⁵⁰. Dentro dessa categoria, também estão englobadas as políticas de estruturação do Estado para que este seja dotado de condições mínimas para a implantação dos direitos fundamentais por ele assegurados. Já as políticas de governo tem a finalidade de promover pontualmente a proteção e promoção dos direitos fundamentais. Esclarece Fernando Aith que os “objetivos das políticas de governo são o de aumentar a eficácia e a efetividade das ações de promoção e proteção dos direitos humanos, através da estrutura estatal já existente e utilizando-se de mecanismos democráticos já estabelecidos”¹⁵¹.

Quanto à forma de elaboração, planejamento e execução, as políticas de Estado¹⁵² somente poderão ser elaboradas pelo órgão estatal, por se tratarem de suas funções essenciais,

¹⁴⁷ Ibid., p. 2320.

¹⁴⁸ Acrescenta Maria Paula Dallari Bucci que “A política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas ‘políticas de Estado’ -, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas ‘políticas de governo’”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19).

¹⁴⁹ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 235.

¹⁵⁰ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 235.

¹⁵¹ Ibid., p. 236.

¹⁵² Esclarece Fernando Aith que “A política de Estado destina-se às funções essenciais do Estado, que não podem ser delegadas a terceiros, a não ser de forma subsidiária e subordinada, por serem razão de existência do próprio

sendo impossíveis sua delegação, terceirização e interrupção, enquanto que as políticas de governo são passíveis de serem delegadas ou terceirizadas, assim como poderão sofrer quebra de continuidade ou substituição por outras medidas consideradas mais vantajosas ou propícias.

As formas de financiamento também variam quando se tratam de políticas de Estado ou de governo. As primeiras, devido ao grande vulto de investimentos indispensáveis a sua implementação ou em razão da extrema importância que possuem para o desenvolvimento da país, exigem a presença de recursos públicos, ao passo que as outras podem admitir a participação de capital privado, sendo majoritariamente suportadas pelo erário público.

Após esses breves apontamentos acerca da formação do ciclo político das políticas públicas, no próximo item serão verificadas as formas pelas quais àquelas destinadas à implementação do direito à saúde são elaboradas e implementadas, com vistas às noções de políticas de Estado e de governo.

3.3 As políticas públicas de saúde: planejamento, eficiência e formulação

O direito à saúde, por sua ampla dimensão, poderá ser enquadrado como política de Estado¹⁵³ ou de governo, dependendo do enfoque que for dado. Caso se trate de um programa estatal pontual que busque maior eficácia ou efetividade deste direito, estaremos diante de uma política de governo. Pela clareza em que a questão foi trabalhada, utilizaremos o exemplo dado por Fernando Aith sobre a instituição de um Programa de Saúde da Família:

... uma política que busque implementar um Programa de Saúde da Família é uma política de governo, embora inserida no âmbito da consolidação do Sistema Único de Saúde. Isto porque este programa utiliza-se da rede de funcionários e profissionais de saúde já existentes no âmbito do Estado, isto é, utiliza-se da estrutura estatal já existente para ser desenvolvido. A partir da estrutura estatal já consolidada, é criado

Estado, nem sofrer quebra de continuidade, por serem políticas que dão a estrutura básica do Estado e cuja quebra de continuidade pode colocar em risco a própria existência do mesmo”. (Ibid, p. 238).

¹⁵³ Para Sueli Gandolfi Dallari, a saúde pública seria, sem sombra de dúvidas, uma política de Estado: “A recordação do desenvolvimento recente do conceito de saúde pública revela sua estreita ligação com a idéia de políticas públicas. De fato, em todas as etapas de sua evolução se percebe a indispensável atuação do Estado para defender a saúde pública, configurando direitos e distribuindo bens e serviços. Especialmente em virtude de priorizar a verificação do comportamento das doenças e outros agravos nas populações e não nos indivíduos, a implementação de medidas de saúde pública sempre dependeu da organização social subjacente. Assim, sem qualquer receio de deslize metodológico, pode-se afirmar que, com a criação do Estado Moderno, a saúde pública é uma política de Estado” (DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 252).

um programa voltado a oferecer um modelo de atenção à saúde, mas isso não significa que não possam existir, dentro do Estado e utilizando-se da mesma estrutura, outros modelos de prestação desse serviço público essencial¹⁵⁴.

Todavia, a saúde também poderá ser alvo de uma política de Estado, quando se tratar de medidas de consolidação do Sistema Único de Saúde, que prevê o acesso universal e gratuito da população ao sistema público de saúde constitucionalmente previsto¹⁵⁵. Felipe Dutra Asensi filiou-se à parte da doutrina que entende ser o direito à saúde uma política de Estado possuidora dos atributos de regularidade, continuidade e qualidade.

Entende-se por *regularidade* a necessidade de os serviços de saúde serem realizados num mesmo patamar de recorrência, sem desníveis de acordo com a região ou a forma de acesso ao serviço. A regularidade estaria relacionada ao serviço propriamente dito, que é prestado pelos profissionais de saúde e membros da gestão em saúde. Entende-se por *continuidade* o dever que o Estado possui de garantir a saúde de forma integral, tanto no nível da micropolítica quanto no nível das políticas públicas. Nessa linha, as políticas de saúde devem ser de Estado, e não de Governo, o que aponta para a defesa de que a continuidade deva existir também entre os mandatos dos governos. Entende-se por *qualidade* o direito do usuário de receber um atendimento digno, de ser escutado, considerado e respeitado em sua demanda¹⁵⁶.

Lado outro, por imposição constitucional, o dispêndio de dinheiro público deve ser feito de modo eficiente. Todavia, quando se tem um recurso público eficientemente empregado? Luciano Benedetti Tim, utilizando-se das palavras de Rachel Sztajn, conceituou eficiência como “aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função”¹⁵⁷. Isso significa dizer que a eficiência pressupõe, em uma relação inversamente proporcional, o melhor resultado possível com o menor desperdício de dinheiro

¹⁵⁴ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 236.

¹⁵⁵ Em sentido contrário, adverte Maria Paula Dallari Bucci que “as chamadas políticas de Estado com assento constitucional integram uma categoria *sui generis*, não subsumível facilmente a nenhum dos dois gêneros” (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20). Dessa forma, para esta autora, as políticas de consolidação do Sistema Único de Saúde, por terem suporte na Constituição da República, não se enquadrariam nem em políticas de Estado e nem em política de governo.

¹⁵⁶ ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 100.

¹⁵⁷ TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 288.

público. No universo das políticas públicas, os resultados mais eficientes, nos termos aqui propostos, são aqueles oriundos de um amplo processo de planejamento

caracterizado pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenados mediante o qual se procura ordenar o processo econômico (mercado). Ele deve tornar previsível a atuação estatal e diminuir incertezas, instrumentalizando a intervenção estatal e ainda deve dar vazão à racionalidade e eficiência¹⁵⁸

Para elaboração de políticas públicas de saúde ligadas ao Sistema Único de Saúde, observa-se o ciclo político acima descrito, inserindo-se um novo componente, que é o planejamento e orçamento ascendente¹⁵⁹, partindo-se do nível local para o federal¹⁶⁰, com oitiva dos Conselhos de Saúde e atendimento das orientações emanadas das Conferências de Saúde, sendo ambas instâncias colegiadas existentes em cada nível da federação, que foram criadas pela lei nº 8.142/90.

As Conferências de Saúde são convocadas ordinariamente a cada quatro anos pelo Poder Executivo ou extraordinariamente por seus membros ou pelo respectivo Conselho de Saúde, possuindo como atribuição a avaliação da situação da saúde e, a partir do quadro detectado, propor as diretrizes para a formulação das políticas de saúde nos níveis correspondentes. Suas conclusões não vinculam a atuação do Poder Executivo, sendo, pois, órgãos consultivos que funcionam como verdadeiras ouvidorias, auscultando os cidadãos¹⁶¹ e detectando as reais

¹⁵⁸ MOREIRA, Egon B. Moreira, 2005, p. 121 apud TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 290.

¹⁵⁹ Como bem observam Lenir Santos e Luiz Odorico Monteiro de Andrade, “Planejamento ascendente significa dizer que o estado e a União devem, nos fóruns interfederativos, ouvir os municípios e considerar o planejamento municipal na construção do planejamento estadual e nacional. A ação não é isolada, estanque – trata-se de *interação* entre as esferas de governo” (SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros**. 2. ed. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 114)

¹⁶⁰ Artigo 36 da lei nº 8.080/90: “O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

§ 1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

§ 2º É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde”.

¹⁶¹ Sueli Gandolfi Dallari em seu artigo “O Judiciário e o direito à saúde” entende que a participação popular tendente a definir os contornos do direito à saúde de um determinado Estado, bem como sua fiscalização constitui o que ela chamou de democratização sanitária, verdadeira estratégia “para universalização do direito à saúde no século XXI” (DALLARI, Sueli Gandolfi. O Judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito;

condições de saúde. Tendo em vista que a elaboração das políticas de saúde têm início no plano local, as Conferências Municipais de Saúde antecedem a realização das demais. Depois deste acontecimento são feitas as Conferências estaduais e distritais e, após, ocorrerá a Conferência Nacional de Saúde.

Ao contrário das Conferências de Saúde, os Conselhos de Saúde são órgãos deliberativos e permanentes do Sistema Único de Saúde¹⁶², com composição colegiada integrada por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, também atuantes na “formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cuja decisão serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo”¹⁶³. Em razão de terem, em sua formação, representantes dos usuários do Sistema Único de Saúde, são considerados os meios pelos quais a comunidade participa diretamente da formulação de políticas públicas de saúde e de sua administração.

Para assegurar a composição paritária dos Conselhos de Saúde, o Conselho Nacional de Saúde editou, em 2.012, a Resolução de nº 453, a qual disciplinou que o número de vagas existentes nos Conselhos de Saúde ficará a cargo da lei que o criou ou instituiu, mas as cadeiras deverão ser ocupadas nas seguintes proporções: 50% (cinquenta por cento) preenchidas por entidades e movimentos representativos dos usuários, 25% (vinte e cinco por cento) ocupadas por entidades representativas dos trabalhadores da área da saúde e os restantes 25% (vinte e cinco por cento) destinadas aos representantes de governo e prestadores de serviços privados conveniados ou sem finalidade lucrativa.

Esse modelo de organização do Sistema Único de Saúde decorre da tão sonhada descentralização do sistema em que a Norma Operacional Básica de nº 01/93 teve contribuição ímpar. Por intermédio dela surgiram, no âmbito nacional, a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), composta por representantes do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) e do Conselho Nacional de Secretários de

SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 472)

¹⁶² Em interessante passagem, ao comentar sobre a democracia representativa brasileira, Leonardo Valles Bento anota que “outra questão que atrapalha o potencial democratizador dos conselhos é a recusa do poder público de partilhar com eles o poder. Esta recusa manifesta-se em, pelo menos, três aspectos: no domínio pelo Estado da agenda dos conselhos, na recusa de sua legitimidade, e na recusa de seu caráter deliberativo” (BENTO, Leonardo Valles, 2000, p. 106 apud APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2012, p. 164.

¹⁶³ Artigo 1º, §2º da lei nº 8.142/90.

Saúde (CONASS), e no estadual, as Comissões Intergestores Bipartite (CIB), da qual participam tanto os dirigentes das Secretarias Estaduais de Saúde, quanto os representantes do Conselho dos Secretários Municipais de Saúde (COSEMS).

Posteriormente, estas Comissões Intergestores foram disciplinadas pelo decreto de nº 7.508 de 28 de junho de 2.011, que definiu os âmbitos de atuação de cada uma¹⁶⁴, de modo que às Comissões Intergestores deverão pactuar

aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do Sistema Único de Saúde, de acordo com a definição da política de saúde dos entes federativos, consubstanciada nos seus planos de saúde, aprovados pelos respectivos conselhos de saúde; diretrizes gerais sobre Regiões de Saúde, integração de limites geográficos, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federativos; diretrizes de âmbito nacional, estadual, regional e interestadual, a respeito da organização das redes de atenção à saúde, principalmente no tocante à gestão institucional e à integração das ações e serviços dos entes federativos; responsabilidades dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, de acordo com o seu porte demográfico e seu desenvolvimento econômico-financeiro, estabelecendo as responsabilidades individuais e as solidárias e referências das regiões intraestaduais e interestaduais de atenção à saúde para o atendimento da integralidade da assistência¹⁶⁵.

Já à Comissão Intergestores Tripartite (CIT) foram estabelecidas competências exclusivas, sem possibilidade de delegação às outras instâncias, de pactuação que se refira a diretrizes gerais para a composição da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), como os critérios de planejamento integrado das ações e serviços de saúde da Região de Saúde em razão do compartilhamento da gestão, e também as diretrizes nacionais do financiamento e das questões operacionais das Regiões de Saúde situadas em fronteiras com outros países, desde que observadas as regras de Direito Internacional¹⁶⁶.

Em resumo, os Conselhos Municipais e as Secretarias Municipais de Saúde elaboram, em conjunto, um plano de ações e serviços de saúde a serem implementados e desenvolvidos em um determinado município, contando, para tanto, com informações extraídas de dados sanitários, epidemiológicos, determinantes sociais, dentre outros. Uma vez aprovado este plano de saúde no âmbito respectivo, seu conteúdo é levado à deliberação e apreciação da Comissão Intergestores Bipartite daquele estado da federação. Restando aprovado o plano nesta

¹⁶⁴ É de suma importância registrar que o decreto de nº 7.508/11, além de tratar das Comissões Intergestores Bipartite (CIB) e Tripartite (CIT), possibilitou o nascimento das Comissões Intergestores Regional (CIR), que atuarão no âmbito de uma determinada região, devendo observar as diretrizes apontadas pela CIB, estando vinculada, para efeitos administrativos e operacionais, à respectiva Secretaria Estadual de Saúde.

¹⁶⁵ Artigo 32 do decreto de nº 7.508/11.

¹⁶⁶ Parágrafo único do artigo 32 do decreto de nº 7.508/11.

Comissão, este será levado à apreciação do Conselho Estadual de Saúde, encarregado da formulação e fiscalização das políticas de determinado estado ou do Distrito Federal. O passo seguinte é submeter à análise da Comissão Intergestores Tripartite tudo aquilo que já foi aprovado pelos estados. O objetivo desta Comissão é fomentar a negociação das três esferas da federação, permitindo a celebração de parcerias na implementação de políticas públicas de saúde de forma coordenada e articulada nos diferentes níveis da federação.

Atingido o acordo na Comissão Intergestores Tripartite, as ações e estratégias aprovadas são, então, encaminhadas ao Conselho Nacional de Saúde que, após manifestação favorável, deverá encaminhá-las ao Ministério de Saúde para ulterior definição daquilo que será desenvolvido em âmbito nacional.

Diante das definições traçadas pelo Ministério da Saúde, haverá nova reunião na Comissão Intergestores Tripartite, a fim de que as responsabilidades e o modo de atuação sejam distribuídos aos entes federativos nos termos da legislação vigente.

Neste ínterim, é importante notar que as decisões tomadas nas Comissões Intergestores, quaisquer que sejam elas, desde que se refiram às matérias que compõem o campo de atuação dos Conselhos de Saúde, deverão ser apreciadas por estes órgãos no âmbito respectivo, para que o controle social possa ser efetivamente realizado, devendo, então, as deliberações apresentadas pelos gestores públicos de saúde serem ratificadas ou não pelos membros dos Conselhos de Saúde¹⁶⁷.

Com todas essas formalidades, observa-se que a divulgação das políticas públicas é considerada como indicativo das intenções governamentais de atuação em determinando seguimento, o que permite a participação popular, possibilitando que o “Estado deixe de ser uma ‘caixa preta’ para a sociedade na medida em que as diretrizes governamentais são conhecidas, de modo que os cidadãos podem apoiá-las, acompanhar sua implementação ou opor-se à sua execução”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ A burocracia é a principal crítica que se faz a esse modelo de elaboração de política pública de saúde, conforme escreveram André Puccinelli Júnior e Allan Thiago Barbosa Arakaki. “É certo que a composição heterogênea dos órgãos decisórios visa garantir a representatividade dos entes federados, mas sua proliferação indiscriminada, fazendo com que as deliberações de uma instância tenham de se submeter a outra, em um efeito cascata, para só então retornar e se discutir a implementação dos planos, provoca uma desnecessária burocratização procedimental, implicando perda de tempo e gastos sem nenhuma importância” (PUCCINELLI JÚNIOR, André.; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O federalismo cooperativo e a reserva o possível**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 158).

¹⁶⁸ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**, tomo 08, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 2313.

Na realidade, todo o procedimento aqui descrito integra o planejamento de saúde. Partindo da noção de que o artigo 174 da Constituição Federal traz para o ente estatal o dever de exercer o planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o privado, Eros Roberto Grau aduz que o planejamento é a “forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos”¹⁶⁹. Dessa forma, o planejamento tem estrita ligação com a questão econômica ao tentar otimizar o gasto público.

Ademais, a obrigatoriedade imposta ao Estado de elaboração de um plano de ação tem por finalidade última conferir maior transparência às atividades que serão executadas pelo Poder Público, o que possibilitará o exercício da fiscalização por parte dos cidadãos brasileiros¹⁷⁰.

Os planos, então, apesar de não se confundirem com o ato de planejar, estão intimamente ligado à ele, sendo dele resultante, pois consistem na sua peça-técnica¹⁷¹ ou nas normas-objetivo¹⁷², que posteriormente será transmutada em uma lei, a fim de ser dotada da legitimidade exigida pelo Estado de Direito¹⁷³. Devem constar objetivos e metas, não somente

¹⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 302.

¹⁷⁰ Em interessante passagem a respeito da correlação entre direitos fundamentais e participação popular, escreveu Ana Paula de Barcellos: “Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo, este último em suas variadas manifestações: seja nas relações entre Executivo e parlamentares – frequentemente norteadas pela troca de favores –, seja nas relações entre agentes públicos e a população. Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes. É fácil perceber que a corrupção, ineficiência e clientelismo minam a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais. Os recursos públicos são gastos, mas o *status* geral dos direitos fundamentais na sociedade sofre pouca melhora – ou apenas melhoras transitórias – e, *a fortiori*, as condições da população de participar adequadamente do processo democrático permanecem inalteradas. O ciclo então se renova: sem controle social, persistem a corrupção, a ineficiência e o clientelismo. Mais recursos públicos são desperdiçados e muito pouco se produz em favor da promoção de direitos fundamentais” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalizações das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 10-110).

¹⁷¹ Expressão utilizada por SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 5ªed., São Paulo: LTr, 2003, p. 370.

¹⁷² Expressão cunhada por GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 303.

¹⁷³ Esclarece Washington Albino Peluso de Souza que, dentro da função de planejamento estatal, são utilizadas outras expressões com sentido próprio, embora neste terreno inexista unanimidade na doutrina quanto ao real significado de tais palavras. Para ele, “Plano seria o documento amplo, final. Compor-se-ia de ‘Projetos’, que seriam como que o desdobramento detalhado do Plano, em seus ‘objetivos’. O ‘Programa’, de âmbito limitado, figuraria, ou não, como parte do Plano. Por sua vez, os ‘Objetivos’ são fundamentais na estrutura de ambos. Constituem os resultados finais e completos a serem atingidos. Tanto ‘Plano’ quanto ‘Programa’ desdobram-se

quantitativos, mas também qualitativos, com vistas a qualidade do atendimento e dos serviços prestados.

Dentro da sistemática adotada pelas políticas públicas, no geral, ao desenvolvê-las, o ente político socorre-se de dados estatísticos. No entanto, o apego aos números, principalmente no caso da saúde, pode acarretar em uma distorção da realidade fática, já que a definição de saúde há tempos já não mais se confunde com ausência de doença, passando a contemplar o completo bem-estar físico, mental e social. Assim, os dados numéricos maquiavam a existência de especificidades das pessoas atendidas pelo sistema público, desconsiderando-se, também, a qualidade dos atendimentos prestados.

Apesar do planejamento e formulação de políticas públicas de saúde analisar tanto argumentos técnicos quanto orçamentários em sua implementação, é certo que o modelo de atendimento universal adotado pela Constituição da República é alvo de severas críticas por parte de alguns organismos nacionais e internacionais, bem como de parcela da população. Na defesa do modelo atual de saúde pública, Roberto Gouveia e José João Lanceiro da Palma, na obra denominada “Saúde pública, suprema lei: a nova legislação para a conquista da saúde”, criticaram a entrevista concedida à Folha de São Paulo, por Geore Alleyne, então diretor da Organização Panamericana da Saúde, que defendia, diante da crise que assolava o país, a extinção do atual modelo de saúde pública, pregando que o Estado brasileiro deveria ofertar a seus cidadãos somente os serviços de saúde considerados básicos, como vacinação, assistência primária e saneamento básico, deixando que os demais serviços de saúde fossem prestados pelos planos de saúde. Nas palavras dos mencionados autores,

Muitos talvez não tenham percebido que esta proposta neoliberal, longe de inovadora, repete o que vem sendo defendido há mais de uma década pelo Banco Mundial e por outras agências de cooperação internacional que propõem, sem rodeios, para o Brasil, o fim da saúde como direito, e de seu caráter público, universal e igualitário substituindo a plena assistência por determinados procedimentos simplificados e de baixo custo, e os demais que sejam arcados pelos que puderem pagar¹⁷⁴.

em ‘metas’, ou seja, em partes ligadas a um sentido sequencial e que, uma vez completadas, garantirão o cumprimento dos ‘Objetivos’. Como dissemos acima, essa terminologia costuma ser confundida pelos próprios técnicos de Planificação, entre nós, que chegam a apresentar ao País um ‘Plano de Metas’. Se lhe tivessem dado um sentido de conjunto, apesar de seu tratamento por partes, teria sido melhor denominá-lo ‘Metas de um Plano’” (SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 5ªed., São Paulo: LTr, 2003, p. 372)

¹⁷⁴ GOUVEIA, Roberto; Palma, José João Lanceiro da. In: GOUVEIA, Roberto. **Saúde pública, suprema lei: a nova legislação para a conquista da saúde**. São Paulo: Mandacaru, 2000, p. 25.

Caso esta atitude fosse tomada, seriam ofendidos quatro princípios constitucionais sobre os quais se assenta o direito à saúde, conforme advertem os estudiosos: “contra a *universalidade*, uma política restrita; contra a *integralidade*, uma ‘cesta básica’; contra a *igualdade*, o favor e a porta do fundo de alguns hospitais; contra o *controle público*, as leis de mercado”¹⁷⁵. Corroborando este entendimento, tem-se a posição adotada por Felipe Rangel de Souza Machado:

No Brasil, o Sistema Único de Saúde (SUS) constitui um dos principais avanços em relação ao desenvolvimento de políticas públicas do Estado de caráter universalista. Apesar da tentativa de desmonte e sucateamento dos serviços públicos, implementada no bojo do processo de remodelação neoliberal do Estado brasileiro a partir do governo Collor de Mello, o SUS, ao contrário de outros setores, manteve-se como uma política consistente¹⁷⁶.

Para corrigir estas e outras distorções atinentes ao direito à saúde, é preciso que o Judiciário encare-se como protagonista na concretização dos direitos fundamentais tão vilipendiados diante de ações ou omissões do Poder Público, exercendo o controle externo destes atos, nos moldes admitidos pelo pós-positivismo, promovendo a proteção, manutenção e recuperação da saúde dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

¹⁷⁵ GOUVEIA, loc. cit.

¹⁷⁶ MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao Debate da Judicialização da Saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, p. 73-91, jul/out, 2008, p. 75.

4 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO JUDICIÁRIO

4.1 Visão geral acerca das correntes procedimentalistas e substancialistas da Teoria da Constituição

Antes de adentrarmos no cerne do problema a respeito da participação do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, será feito um breve relato acerca das teorias constitucionais que se destinam a explicar o comportamento dos poderes estatais e da sociedade em geral no que tange ao exercício e implementação dos direitos fundamentais, formulação e implementação das políticas públicas e separação de poderes.

Basicamente, a Teoria da Constituição desdobra-se em duas correntes: a procedimental e a material. Como adverte Fábio Correa Souza de Oliveira, dentro da mesma vertente existem diversas ramificações, distintas entre si, de modo que “nem a teoria procedimental e nem a teoria substancial são, neste sentido, uniformes, ainda que possam ser identificados caracteres nucleares comuns”¹⁷⁷.

Portanto, ante a inexistência de uma interpretação uníssona de cada uma destas duas doutrinas, é possível, a grosso modo, entender os procedimentalistas como aqueles que pregam o apego e cumprimento irrestrito do procedimento previsto na Constituição para a elaboração de normas jurídicas. Uma vez observados todos os caminhos do processo legislativo deliberativo, acompanhado por representantes eleitos pelo povo ou mesmo com a participação popular direta, o produto deste, que é a norma, deve ser aplicado pelo magistrado, independentemente de ser considerada certa ou justa. Para estes, descabe ao Poder Judiciário a análise do conteúdo da norma, de sua substância.

Um dos principais adeptos desta corrente é Jürgen Habermas, que sustentava seu pensamento no que denominou de razão dialógica¹⁷⁸, pautada no procedimento. Para tanto, era indispensável a existência de autonomia privada assentada no que denominou de “liberdade

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 85.

¹⁷⁸ A razão dialógica, segundo Habermas, veio a substituir a razão monológica, que é aquela cujo foco está no sujeito.

comunicativa”, dependente de uma relação intersubjetiva, na qual os atores pretendem chegar a um consenso, tendo como ponto de partida as pretensões validamente levantadas, nos seguintes termos:

Para alguém poder tomar uma decisão, dizendo ‘sim’ ou ‘não’, é preciso que o outro esteja disposto a fundamentar, caso se torne necessário, uma pretensão levantada através de atos de fala. Uma vez que os sujeitos que agem comunicativamente se dispõem a ligar a coordenação de seus planos de ação a um consentimento apoiado nas tomadas de posição recíprocas em relação a pretensões de validade e no reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos *em comum* pelos partidos participantes. São respectivamente *os mesmos* argumentos que têm uma força racionalmente motivadora. No entanto, para um ator que toma suas decisões em força da liberdade subjetiva, pouco importa se os argumentos que são decisivos *para ele*, também poderiam ser aceitos por outros. Por isso, a autonomia privada de um sujeito de direito pode ser entendida essencialmente como a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influência recíproca. A autonomia privada vai tão longe, que o sujeito do direito *não* precisa prestar contas, nem apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação. Liberdades de ação subjetivas justificam a *saída* do agir comunicativo e a recusa de obrigações ilocucionárias; elas fundamentam uma privacidade que libera do peso da liberdade comunicativa atribuída e imputada reciprocamente¹⁷⁹.

A partir disso, o agir comunicativo habermasiano pretende alcançar um acordo racional a partir dos vários argumentos em debate, sendo que o melhor deles é eleito cooperativamente entre os seus debatedores em razão de sua robustez argumentativa. Pela teoria do discurso, a prática discursiva dialógica é orientada para o entendimento múltiplo, pela força do melhor argumento, de maneira que há a inserção do indivíduo num contexto intersubjetivo concreto, oportunizando-lhe constituir(-se) o mundo da vida, no caso particular, corresponsabilizando-se pela gestão dos seus interesses e da comunidade em que vive¹⁸⁰. Tem-se, pois, o que se denomina de democracia procedimental, na qual há forte oposição entre “o plano formal e institucionalizado da democracia e os domínios informais de formação/execução da opinião pública”¹⁸¹.

Partindo da premissa de que todo poder emana do povo, preconizou Habermas que houve uma transmissão de competência legislativa para todos os cidadãos considerados aptos a gerar o poder comunicativo a partir de suas crenças pessoais extraídas do meio em que vivem,

¹⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, vol. 01, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 299-156.

¹⁸⁰ LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. In: LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: desafios contemporâneos, tomo 3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 860.

¹⁸¹ LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. In: LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: desafios contemporâneos, tomo 3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 860.

sendo que a tomada de decisões políticas ou legais pressupõe participação dos próprios cidadãos, ou seja,

o exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação de opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um *processo democrático* destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis. Esta institucionalização jurídica de determinados processos e condições da comunicação torna possível um emprego efetivo de liberdades comunicativas iguais e simultaneamente estimula para o uso pragmático, ético e moral da razão prática, ou seja, para a compensação equitativa de interesses¹⁸².

No entanto, apesar de fundamentalmente a competência legislativa ter sido atribuída à totalidade dos cidadãos, tem-se que esta atribuição acabou sendo assumida por corporações parlamentares que se encarregam da fundamentação das leis nos moldes do processo democrático.

Por tais considerações há quem entenda que os terrenos mais fecundos para as concepções procedimentalistas sejam os países europeus e os Estados Unidos, pois os cidadãos destes locais não vivem em condições desumanas, não havendo grandes disparidades sociais, tampouco grande faixa populacional em alto grau de miserabilidade. Isso se for levar em consideração a noção de povo enquanto elemento essencial do Estado, a ele vinculado de modo permanente e que se constitui por um agrupamento de indivíduos, capaz de influenciar em suas decisões, exercendo, assim, o poder soberano¹⁸³. Nestes locais, é reconhecida a autonomia de seus cidadãos, sendo, esses, autores de seu próprio direito¹⁸⁴:

Nesses termos, no paradigma procedimental de Habermas, o cidadão não seria um simples participantes de um jogo mercantil nem um cliente de burocracias de bem-estar, e sim o ator autônomo que constituiria a sua vontade e a sua opinião no âmbito

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, vol. 01, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 213.

¹⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104.

¹⁸⁴ Contrário seria o entendimento se fosse utilizada a definição de população, enquanto conjunto de pessoas que habitam o território de um determinado Estado, aí incluídas aquelas que lá se encontram mesmo que temporariamente, sem que se estabeleça um vínculo jurídico entre essas e o próprio Estado. Nesse último caso, nem mesmo os países europeus e os Estados Unidos poderiam constituir terrenos férteis para o desenvolvimento das correntes procedimentalistas, pois uma parcela de sua população seria marginalizada, tal como ocorre, por exemplo, com os refugiados sírios que, em decorrência da guerra em seu país de origem, desembarcam na Alemanha e em outros países do velho continente, deixando para trás sua história, sua identidade cultural, sua língua, sem a oportunidade de serem ouvidos na condução da vida política dos locais em que passaram a morar.

da sociedade civil e da esfera pública, canalizando-a, em um fluxo comunicacional livre, para o interior do sistema político¹⁸⁵.

É de se notar que o procedimentalismo demanda o regime democrático, uma vez que, como já afirmado, o povo toma a frente nos processos deliberativos, seja de forma direta ou indireta. Por esta razão, também soa desarrazoado entender que esta corrente pode ser adotada em países islâmicos, orientais, socialistas ou comunistas¹⁸⁶. Nos dois primeiros casos, porque a religião e a tradição cultural possuem indiscutível relevância na vida das pessoas, que não as dissociam das questões políticas que devem reger a vida do Estado, fato que obstaculiza qualquer tomada de decisão deliberativa; nos regimes comunistas e socialistas, por serem altamente centralizadores e ditatoriais, não há espaço para discussão pública.

A conclusão a que se chega da análise dos estudos dos procedimentalistas é a de que toda a produção legislativa pautada no agir comunicativo exclui qualquer participação do Judiciário. Esta conclusão pode ser extraída da fala do próprio Habermas, para quem

A lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure *auto-reflexivamente* a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial. A transmissão dessa competência para um tribunal constitucional implica uma fundamentação complexa¹⁸⁷.

Para este autor, as atividades do tribunal constitucional, bem como as do legislador estão ligadas às normas processuais, mas isso “não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador”¹⁸⁸, pois a primeira é reservada à aplicação do direito para que se possa atribuir uma interpretação coerente ao caso concreto, não se permitindo a confecção, por parte dos tribunais, de uma teia de normas não submetidas ao procedimento regular¹⁸⁹. Isso explica o

¹⁸⁵ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 29.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 86.

¹⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, vol. 01, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 301.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 324.

¹⁸⁹ Escreveu Habermas: “O fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva de

motivo pelo qual ele considera como problemática a competência dos Tribunais Constitucionais para apreciarem os recursos constitucionais e exercerem o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, por ofensa ao princípio da separação de poderes, e mesmo em razão do Tribunal não dispôr de meios coercitivos para impor suas decisões sobre o Executivo e o Legislativo.

Dessa forma, para os adeptos desta corrente, as Cortes Constitucionais estariam encarregadas apenas e tão somente da análise relativa ao respeito do cumprimento do procedimento democrático de formação da vontade política¹⁹⁰, não se permitindo que estas exerçam atribuições de legisladores, nem mesmo em sentido negativo, como o da apreciação da constitucionalidade. Nesse mesmo sentido,

A função da Corte Constitucional, originária ou não do Poder Judiciário, seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar o papel de legislador político¹⁹¹.

Todavia, como alerta Fábio Correa Souza de Oliveira, o “cumprimento de procedimentos não espanta o risco de decisões materialmente equivocadas ou injustas”¹⁹². Dessa forma, não basta apenas a análise dos requisitos procedimentais, mas a verificação a respeito do substrato, do cerne da norma, é inegavelmente importante, principalmente para a efetivação de direitos fundamentais.

aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue suas políticas. O tribunal torna a desamarrear o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia, não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita”. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, vol. 01, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 324-325).

¹⁹⁰ Para Habermas, “A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, vol. 01, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 347).

¹⁹¹ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 29.

¹⁹² OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 94.

Para os substancialistas, então, as sociedades contemporâneas foram tomadas pelo Direito, pela regulação, de modo que se tornou imperiosa uma ampliação do papel do Judiciário, que se deu por meio da criação jurisprudencial pautada na “primazia da Constituição, documento em que se declaram os direitos e as liberdades fundamentais que se impõem à vontade da maioria”¹⁹³. Dessa forma, “no caso crucial das relações maioria-minoria, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações entre os três Poderes, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*”¹⁹⁴, ou seja, para essa corrente, o Judiciário

deverá assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente¹⁹⁵.

Dentro desse contexto, Mauro Cappelletti, um dos representantes da doutrina substancialista, entende que o agigantamento do Judiciário é proporcional à expansão dos demais Poderes do Estado, estabelecendo o necessário equilíbrio entre estes no sistema de freios e contrapesos, ínsitos aos regimes democráticos. Isso se deu em razão da implantação do “Welfare State”, marcado por uma mudança de paradigma de toda a produção legislativa que antes atinha-se à proteção e repressão dos indivíduos, passando, progressivamente, a regulamentar a atividade promocional do Estado. “Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica entre o ‘certo’ e o ‘errado’”¹⁹⁶.

Além disso, a criação do Estado de Bem-Estar Social assenta-se, primordialmente, na atividade legislativa e “exatamente em razão do enorme aumento dos encargos da intervenção legislativa, verificou-se o fenômeno de obstrução (‘overload’) da função legislativa”¹⁹⁷, ou seja, o aumento da demanda por produção de leis acabou tendo o condão de fazer com que essa intensa produção fosse considerada uma praga nos Estados modernos. E, para evitar o colapso do Legislativo, a solução encontrada foi transferir tarefas ao Executivo, sejam elas normativas

¹⁹³ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 34.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 37.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 38.

¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 41.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 43.

ou legislativas. Assim, o Estado de Bem-Estar Social foi, aos poucos, transmutando-se em Estado administrativo¹⁹⁸.

Para combater a diminuta participação do Judiciário dentro do quadro traçado, a este Poder foram inseridos novos papéis, como a criação das Cortes Constitucionais e o controle judiciário das atividades do Executivo¹⁹⁹. Entretanto, os tribunais mostraram-se avessos à assunção destes novos encargos, abrindo-se, pois, duas alternativas: ou eles permaneciam amarrados à tradicional concepção, restringindo-se ao julgamento das causas protetoras e repressivas essencialmente privadas cíveis e penais ou eles equiparavam-se ao tamanho dos demais Poderes e passavam, além de decidir as causas individuais, a exercer um controle dos poderes políticos²⁰⁰ (Executivo e Legislativo).

Logo, da mesma forma que alterou a maneira de se confeccionar a legislação, o advento do Estado de Bem-Estar e a consequente previsão dos direitos sociais também constituíram terreno fértil para que se modificassem os modos de se proferir decisões judiciais. Ressalta-se, por oportuno, que a ideia de

Tribunal Constitucional” - órgão constitucional de soberania – e as funções que este assume – defender e efetivar a Constituição – não mais permitem manter a estrutura clássica da tripartição de “poderes”, na medida em que dito órgão possui funções diversas da originária (capacidades, como a legislativa e a de governo)²⁰¹.

Em sua obra “Juízes Legisladores?”, Mauro Cappelletti procurou investigar se a atividade dos juízes consistia na mera aplicação do Direito ou se estes participavam da sua criação. Para ele, no século XX, assistiu-se, tanto nos países do “common law”, quanto nos de

¹⁹⁸ Ibid., p. 44.

¹⁹⁹ Escreveu Mauro Cappelletti que “Pelo fato de que o ‘terceiro poder’ não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A *justiça constitucional*, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. Como demonstrou a evolução de número crescente de países, no estado moderno o legislador-gigante não poderia mais, sem gravíssimos perigos, ser subtraído a controle. Retornarei sobre este ponto. E um aspecto dessas novas responsabilidades, talvez ainda mais incisivo e frequentemente anterior, foi o crescimento sem precedentes da *justiça administrativa*, vale dizer (mais precisamente), do controle judiciário da atividade do executivo e de seus derivados” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 46).

²⁰⁰ Neste trabalho, a expressão “poderes políticos” é utilizada como atividade de organização e estruturação do Poder.

²⁰¹ GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. **A (in)eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 122.

“civil law”, a expansão do Legislativo, que culminou com o alargamento do direito judiciário ou jurisprudencial e, conseqüentemente, do papel criativo dos membros da magistratura²⁰².

O Judiciário, a partir de então, passou a exercer uma função criadora do Direito, por meio da interpretação dos textos legais e constitucionais, não mais se limitando a “descrever o significado previamente existente dos dispositivos”²⁰³. Ora, os textos legais, por mais singelos que pareçam ser, demandam um mínimo de interpretação, sendo correta a afirmação de que a atividade jurisdicional pressupõe um determinado grau de criatividade. É dentro desse contexto que afirmou Peter Häberle que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la”²⁰⁴.

Portanto, no magistério de Humberto Ávila, não soa razoável afirmar que a aplicação do Direito não se resume a “subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação”²⁰⁵, pois a atividade interpretativa “não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados”²⁰⁶. Conseqüentemente, o intérprete “não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”²⁰⁷. Mais adiante, na mesma obra, prossegue afirmando:

Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção dos sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentido*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual²⁰⁸.

Dessa forma, então, o juiz, ao decidir determinada contenda, faz uma escolha dentre as várias formas de solução possíveis, o que implica dizer que toda sentença traz em si a carga

²⁰² “A criatividade do julgador, em nossa ótica, tem por escopo a construção da normatividade, a fim de levar a efeito o processo de concretização” (GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. **A (in)eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.119).

²⁰³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 32.

²⁰⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

²⁰⁵ ÁVILA, op. cit., p. 32.

²⁰⁶ ÁVILA, op. cit., p. 32.

²⁰⁷ ÁVILA, op. cit., p. 33.

²⁰⁸ ÁVILA, op. cit., p. 33-34.

valorativa de seu prolator, que balanceará os argumentos trazidos aos autos pelos participantes do processo, na busca pelo melhor resultado. É por este motivo que escreveu Mauro Cappelletti:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes²⁰⁹.

Por outro lado, na visão de Mauro Cappelletti, tanto juízes quanto legisladores são criadores do Direito, socorrendo-se cada qual de procedimentos distintos e específicos de cada uma dessas atividades²¹⁰. Isso significa afirmar que a “legislação é apenas um modo de criar o direito, *essencialmente diverso* do judiciário”²¹¹. As regras inerentes à função jurisdicional pregam uma atitude passiva dos magistrados, que somente procedem ao exercício de suas atividades após a provocação da parte interessada, sendo-lhes vedado dar início à função jurisdicional de ofício e atuar em processos nos quais tenham interesse na solução da controvérsia. Uma vez iniciada a ação, o processo deverá se desenvolver sob as garantias da ampla defesa e do contraditório, assegurando-se aos litigantes o direito de serem ouvidos e de terem suas pretensões julgadas por um órgão imparcial.

A passividade e as limitações processuais que caracterizam toda a produção jurisdicional, por sua vez, não são inerentes à atividade dos legisladores, que podem produzir leis na defesa dos anseios de determinados grupos, podendo ter, com estes, interesses recíprocos, donde se conclui pela parcialidade da atuação do legislador²¹².

²⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 42.

²¹⁰ O fato dos legisladores e dos juízes serem criadores do Direito, não significa que os últimos estão querendo enveredar-se no âmbito de atuação do outro, conforme escreveu Mauro Cappelletti: “os juízes estão constringidos a ser *criadores do direito*, ‘*law-makers*’. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isso não significa porém, que sejam legisladores”. E Mais a frente: “O bom juiz pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades de legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 73-74).

²¹¹ CAPPELLETTI, loc. cit.

²¹² Sobre a possibilidade de criação do Direito por juízes e legisladores, assim se manifestou Peter Härbele: “... O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se,

Mas há uma certeza: o próprio Mauro Cappelletti reconhece que essa postura mais dinâmica do Judiciário nunca poderá eliminar as diferenças institucionais entre o Judiciário e os órgãos por ele considerados políticos (Executivo e Judiciário), tampouco que tais especificidades consistem efetivamente na debilidade destes órgãos, ao argumento de que, para alguns, a relativa incapacidade dos tribunais de executarem seus próprios comandos pode ser vista positivamente ao estabelecerem para os magistrados o dever de “comandar convencendo, em vez de constringendo”²¹³.

Face ao exposto, no próximo tópico será investigada se a posição do Judiciário brasileiro encontra-se em consonância com essa nova concepção da atividade jurisdicional e a moderna postura dos membros da Magistratura.

4.2 A mudança de postura do Judiciário brasileiro no tocante à efetivação dos direitos fundamentais

Com base nas premissas acima citadas, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1.988, que consagra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao assegurar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” abriu-se a possibilidade para que o Judiciário desempenhasse um papel inédito nas relações entre os três

qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. Isso não significa, porém, que, de uma perspectiva quantitativa, exista diferença fundamental entre as duas situações. O processo político não é um processo liberto da Constituição, ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca assentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e longo prazos, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (*Öffentlichkeit*) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição” (HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 27).

²¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 90.

Poderes²¹⁴, transcendendo à função de mero fiscalizador da atuação dos outros dois²¹⁵ e assumindo responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais. A isso deu-se o nome de judicialização²¹⁶, também tratada como tribunalização ou juridicização²¹⁷. Por tudo que se disse até o presente momento, não restam dúvidas de que, para o presente trabalho, entende-se por judicialização o movimento oriundo de diversos fatores, no qual as decisões anteriormente tomadas pelas instâncias políticas originais (Executivo e Judiciário) foram transferidas para o âmbito do Poder Judiciário²¹⁸.

De fato, a implementação do Estado Social pela Constituição brasileira fomentou essa mudança da atuação do Judiciário. Isso se deu porque no Estado Liberal, por se restringir à proteção da liberdade individual, fez com que houvesse espaço para o ajuizamento das ações individuais, “não se cogitando, nessa perspectiva, de qualquer alargamento da função

²¹⁴ Para Celso Fernandes Campilongo, o “dever de sempre resolver a lide também resume um importante serviço prestado pelo sistema jurídico aos demais sistemas parciais (político, econômico, etc)”. (COMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 82).

²¹⁵ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149.

²¹⁶ Aduz Milton Augusto de Brito Nobre que judicialização também é palavra que comporta vários significados, elencando em seu artigo “Da denominada ‘judicialização da saúde’: pontos e contrapontos”, quatro que podem ser agrupados em dois grupos. Dentro do grupo em que se fala em judicialização da linguagem ou das relações sociais, judicialização pode ser entendida como a decisão final do Poder Judiciário em questões políticas, sociais e morais que deveriam, a princípio, ser definidas por outros órgãos ou como aplicação de métodos judiciais na solução de problemas estranhos ao meio jurídico e até mesmo em relações privadas. O outro grupo, denominado judicialização da política, abrangendo a crescente presença do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, decorrentes do desenvolvimento e implementação de políticas públicas ou, em outro contexto, este grupo também engloba “a crescente transferência para a competência do Poder Judiciário, em diversos países, das questões relativas à cidadania e aos procedimentos eleitorais destinados à escolha dos dirigentes políticos, bem como aquelas referentes à mudança de regime político, à *justiça transicional* ou à nacionalidade, o que Ran Hirschl chama de *judicialização da política pura* ou da *megapolítica*”. (NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 379-380).

²¹⁷ NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 378.

²¹⁸ Importante observação fez Sueli Gandolfi Dallari ao afirmar que “Somente no mesmo ambiente histórico, social e político que deu origem à teoria contemporânea dos direitos humanos e berço do novo constitucionalismo foi reconhecida a importância do papel político do Judiciário. Assim, ainda que o início do século XXI assista a uma disputa entre correntes teóricas em torno do papel político do Judiciário, pode-se constatar que mesmo os mais reticentes, que imaginam que o chamado controle negativo, de desfazimento dos atos inconstitucionais ou ilegais, não seja político, admitem que o Judiciário vem tomando decisões que direcionam a ação administrativa e legislativa, conformando a ordem constitucional”. DALLARI, Sueli Gandolfi. O Judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 467).

jurisdicional do Estado”²¹⁹. Com a derrocada deste modelo, emergiu o Estado Social que reconheceu funções tanto ativas como interventivas do Estado, cujo papel é exercido por meio das políticas públicas, tendentes a dar concretude aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. “É nessa perspectiva que a atividade jurisdicional do Estado volta-se para a solução de conflitos, os quais, em última análise, têm a ver com fazer valer aqueles objetivos sociais incorporados ao ordenamento jurídico”²²⁰.

Outro fator que também contribuiu para a mudança de postura do Judiciário certamente foi a Revolução Industrial, que possibilitou a produção de bens de consumo em massa, alterando não só aspectos econômicos, mas sobretudo sociais, fazendo emergir os direitos metaindividuais, que transcendem a esfera individual dos cidadãos, atingindo grupos de pessoas.

Os direitos metaindividuais, em nosso sistema jurídico, foram descritos no Código de Defesa do Consumidor e são aplicáveis a todas as situações em que estas modalidades estiverem sendo ameaçadas. Logo, no artigo 81 daquele diploma legal, reza que os interesses ou direitos difusos são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Quanto aos direitos difusos, esclarece Sérgio Shimura que são interesses que, “sendo inatingível o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo”²²¹. Isso significa que se trata de direitos cujos sujeitos são indeterminados, não podendo ser mensuráveis e, por isso, diz-se que são suportados por todos, por repercutirem diretamente no bem-estar da sociedade.

Já os interesses ou direitos coletivos possuem como nota distintiva a organização dos sujeitos atingidos, motivo pelo qual estes acabam sendo reunidos em grupos ou categorias ligados “por um vínculo jurídico que lhes dá coesão e identificação perante outras pessoas”²²². É por isso que o inciso II, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que se

²¹⁹ SALLES, Carlos Alberto. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 178.

²²⁰ *Ibid.*, p. 179.

²²¹ SHIMURA, Sérgio. **Tutela Coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 27.

²²² *Ibid.*, p. 29.

trata de interesses ou direitos de “natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Na sequência, os interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles que decorrem de uma causa comum, mas cujos sujeitos podem ser individualizados, bem como poderão perfeitamente ser quantificadas as lesões sofridas por cada um destes atingidos. “Na verdade, representa um *feixe* de interesses individuais, mas a *forma* pela qual são exercidos é coletiva. Não se trata de um litisconsórcio (pluralidade subjetiva de demandas), mas de uma demanda única (a coletiva)”²²³

De maneira geral, um mesmo acontecimento pode acarretar ofensa a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; porém, uma vez ajuizada a ação coletiva, resta claro que o seu julgamento não será feito nos mesmos moldes das ações individuais.

A metamorfose profunda do direito processual – a real explosão, na verdade, de seus conceitos, normas e estruturas tradicionais – foi reclamada e obtida, ao menos em parte, em alguns países. A legitimação para agir na tutela do interesse público em geral, ou de categorias e classes também muito amplas de pessoas não presentes no processo, foi reconhecida a ‘partes ideológicas’ e a ‘defensores privados de interesses públicos’ ou ‘*private attorneys general*’ e ditos autores, sejam indivíduos ou organizações, considerados como ‘representantes adequados’, mesmo se autodenominados como tais, das ‘partes ausentes’, muitas completamente ignorantes de que alguma ação tivesse sido aforada em juízo ‘no seu interesse’. O ressarcimento dos danos, assim, tem sido pedido e frequentemente obtido, em favor de centenas, milhares e talvez milhões de partes ausentes de tal maneira representadas – com milênios de certezas conceituais, em tema de coisa julgada e seus limites, submergidos como frágeis embarcações sobrecarregadas²²⁴.

Nesta senda, então, o acesso à justiça pode ser enquadrado como “o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²²⁵. Assim, a provocação do Poder Judiciário no que tange à efetivação do direito à saúde vem ocorrendo por meio de ações individuais subscritas por advogados particulares e, até mesmo, pelas Defensorias Públicas, e por meio de ações coletivas, promovidas, via de regra, pelos representantes do Ministério Público. No entanto, como alerta Felipe Rangel de Souza Machado,

A receptividade do Poder Judiciário tem se mostrado diversa em relação às ações demandando direitos individuais ou coletivos. Em geral, obtém-se mais resultados em pleitos individuais, onde o processo diz respeito à compra de um bem específico ou ao pagamento de um procedimento médico-hospitalar. Nos casos dirigidos pelo

²²³ Ibid., p. 30.

²²⁴ Cappelletti, *juízes legisladores?*, p. 58.

²²⁵ Id., 1988, p. 12.

Ministério Público na área da saúde, o Poder Judiciário tem evitado opinar sobre estas questões, possivelmente porque tais ações incidem diretamente na condução das políticas públicas para o setor e demandam maior gasto público²²⁶.

Embora se trate de termos próximos, na realidade, a judicialização não se confunde com ativismo judicial. “A judicialização decorre do modelo constitucional adotado, enquanto ativismo decorre da vontade do magistrado na escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, normalmente em situação de retração do Poder Legislativo”²²⁷. Em suma, o ativismo²²⁸ judicial pode ser entendido como a atuação progressista dos magistrados que, munido-se de um juízo hermenêutico inovador, decidem assuntos com elevado grau de complexidade. De certa forma, a judicialização decorre da postura ativista dos membros da magistratura, que desfizeram as amarras que prendiam o Texto Constitucional às velhas concepções e passaram a reconhecerem-se como integrantes de uma instituição, também responsável pela efetivação dos direitos fundamentais²²⁹.

Dentro deste contexto, munido do pragmatismo, movimento filosófico que se preocupa com a ação em contraposição com a filosofia contemplativa, Márcio Oliveira Rocha escreveu que o ativismo

Refere-se à competência e à responsabilidade no sentido de repartição de atribuições e funções; ou seja, a partir do momento em que um Poder constituído começa a desempenhar ou desenvolver uma atribuição que, genuinamente, o ordenamento jurídico não lhe imputa, configura-se uma atuação ativista. Por exemplo, a partir do momento em que o Judiciário ou seus Órgãos desempenham um papel tendente a realizar atos que dilatam suas atribuições previamente definidas pelos textos normativos, estes promovem o ativismo. No entanto, não se quer aqui dizer que essa atuação é contrária à harmonia dos Poderes ou vedada pelo ordenamento jurídico

²²⁶ MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao Debate da Judicialização da Saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, p. 73-91, jul/out, 2008, p. 78

²²⁷ BARROSO, Luis Roberto, 2009, apud ALVES, Ivete Maria de Oliveira. Judicialização, ativismo e efetivação dos direitos fundamentais. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (coord.). **Revista de Direito Brasileira**. Ano 2, vol. 2, jan-jun. 2012, p. 109.

²²⁸ Sustenta Márcio Oliveira Rocha que o ativismo não fica restrito à atuação do Judiciário, pois os demais Poderes constituídos também o poderão por em prática, tal como ocorreu, segundo exemplo fornecido por este autor, com a proposta de emenda à Constituição de nº 3/2011, “que tem por fim alterar o inciso V do art. 49 da Constituição Federal, estabelecendo a possibilidade de o Legislativo sustar os atos dos outros Poderes – Executivo e Judiciário – que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa. Ou seja, o Legislativo poderá sustar não só os atos do Executivo, como acontece atualmente, mas também os atos do Judiciário. Assim, se futuramente esta proposta se efetivar e o Congresso Nacional sustar uma decisão do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, poder-se-à falar em uma forma de ativismo legislativo, ou seja, o Poder Legislativo começa a desempenhar uma atribuição que, genuinamente, o ordenamento jurídico não lhe atribuiu” (ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde**: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 22)

²²⁹ Contudo, é bom lembrar que a simples mudança de interpretação do caso que está sendo apreciado não implica em ativismo judicial.

posto, mas sim destacar que quando houver esse tipo de atuação, seja ela justificada como legítima ou não, configura uma conduta ativista²³⁰.

Para este autor, a concretização do direito à saúde, nos dias atuais, encontra-se centrada em uma posição ativista no Judiciário por se tratar, na maioria das vezes, de casos de difícil elucidação que contrapõem a saúde e sua possível ou não interferência nas decisões administrativas e que tendem a suplantam conceitos tradicionais, como separação de poderes, segurança jurídica, democracia participativa e a questão orçamentária. Ainda na visão deste autor, essa atuação estaria sendo promovida pela inércia doutrinária e legislativa que não mais corresponde aos anseios da sociedade, seja no exercício jurisdicional de “criação e análise do direito, seja como forma de instituir efetivamente possíveis planos de governo ou políticas públicas eficientes, principalmente na área da saúde”²³¹.

De fato, o ativismo judicial está em crescente expansão desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que suplantou o modelo constitucional de índole liberal adotado durante o século XIX e metade do século XX, que se manteve “adstrito ao padrão de racionalidade jurídica, bem como às técnicas hermenêuticas e decisórias, que fundamentavam a era do apogeu do positivismo jurídico ocidental”²³². Em razão da extrema importância do movimento pós-positivista, impende analisar as principais características deste modelo, bem como as contribuições por ele trazidas na efetivação dos direitos fundamentais.

4.3 As funções dos princípios e regras dentro do panorama do pós-positivismo

O final da Segunda Guerra Mundial em muito contribuiu com o movimento ativista da magistratura por ter reincorporado, aos Textos Constitucionais, valores axiológicos ao Direito, promovendo, ainda, o resgate da força normativa da Constituição, dando início ao movimento denominado pós-positivismo²³³. Este movimento, além de alicerçar a teoria dos direitos

²³⁰ ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde**: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 22.

²³¹ Ibid., p. 26.

²³² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. 2012, vol. 08, nº 01, p. 37-59, jan-jun 2012, p. 42.

²³³ Assim escreveu Maria Paula Dallari Bucci: “O que há de inovador no constitucionalismo do pós-Segunda Guerra, inaugurado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 1949, não é apenas a estruturação em regras e princípios, nem a aparente generosidade com referência a direitos, especialmente os direitos sociais. O que realmente altera o paradigma do constitucionalismo é a instituição dos Tribunais Constitucionais, mais uma vez sob o pioneirismo do Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1950”. (BUCCI,

fundamentais na dignidade da pessoa humana, também implementou uma nova maneira de se compreender as normas constitucionais e, conseqüentemente, de interpretá-las, pois

A idéia de nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundado na aplicação de regras – nem de elementos tradicionais de hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente²³⁴.

Para a nova hermenêutica constitucional, as normas constitucionais deixaram de ter uma interpretação uníssona, um único sentido possível e válido para todas as situações concretas, passando-se, assim, em razão de sua linguagem aberta, a admitir a existência de vários sentidos, cabendo ao intérprete revelar aquele que melhor se encaixe no caso em análise²³⁵.

É certo que as normas constitucionais podem adotar feições de regras ou de princípios, de acordo com o comportamento que adotam no sistema jurídico. Tradicionalmente, a distinção entre estas modalidades de normas baseava-se na generalidade, de modo que as normas mais genéricas, com elevado grau de abstração, eram tidas como princípios e as mais objetivas, específicas no trato de determinado assunto, eram consideradas como regras, sem que se reconhecesse a existência de hierarquia entre elas.

Todavia, a dogmática jurídica moderna passou a considerar a Constituição como “um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”²³⁶.

Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 06).

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 331

²³⁵ Neste aspecto, insta mencionar que não são todas as normas constitucionais que são passíveis de terem múltiplos entendimentos, uma vez que ainda subsistem, em nossa Constituição, situações “em relações às quais a interpretação constitucional envolverá uma operação intelectual singela, de mera subsunção de determinado fato à norma. Tal constatação é especialmente verdadeira em relação à Constituição brasileira, povoada de regras de baixo teor valorativo, que cuidam do varejo da vida. Alguns exemplos de normas que, de ordinário, não dão margem a maiores especulações teóricas: (i) implementada a idade para aposentadoria compulsória, o servidor público deverá passar para a inatividade (CF, art. 0, §1º, II); (ii) o menor de trinta e cinco anos não é legível para o cargo de Senador da República (CF, art. 14, §3º, VI, a)...” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 332).

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova**

As regras, então, descrevem, objetivamente, uma determinada conduta, sendo, por isso, restritas a certas situações. Para a solução de uma questão envolvendo um suposto conflito de regras, o método da subsunção continua sendo válido ou, na visão de Robert Alexy, as regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, *determinações*, no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”²³⁷. Já os princípios, para este autor, são entendidos como “mandamentos de otimização”²³⁸, pois consistem em normas que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”²³⁹. Por essa distinção, verifica-se que as regras destinam-se a solucionar os casos fáceis, em que há perfeito enquadramento entre a previsão legal e o fato realizado. Contudo, nem todas as questões jurídicas podem ser decididas com singeleza. Assim, reservam-se os princípios para a solução dos casos mais complexos, que demandam intensa atividade interpretativa. Como observa Anderson Vichinkeski Teixeira,

O caráter abstrato e o elevado grau de generalidade dos princípios, sobretudo dos princípios constitucionais, permitem que o julgador possa decidir tão somente com base em princípios e, até mesmo, *contra legem*, mas desde que esteja sustentado em uma fundamentação principiológica apta a desconstituir a validade, a legitimidade ou necessidade premente de aplicação de determinada norma-regra, sobretudo em condições de deslegitimar a fundamentação principiológica desta²⁴⁰.

Dessa forma, é possível que o julgador decida uma lide com base exclusivamente em princípios, podendo, ainda, afastar a incidência de uma determinada regra. Destes casos mais complexos nascem as posturas ativistas, que requerem um fluxo maior de energia criativa do juiz diante da solução destes conflitos, com flexibilização ou modulação de entendimentos jurídicos relativos à competência e à responsabilidade do Judiciário face aos demais Poderes constituídos. Por meio da atividade de interpretação há, pois, a criação do Direito e, assim, os juízes deixaram de ser “a boca da lei”, passando a adotar uma postura ativa.

Como se vê, a postura ativista dos membros da Magistratura busca a concretização dos direitos fundamentais e superioridade da Constituição Federal, por intermédio da interpretação

interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338.

²³⁷ Alexy, p. 91.

²³⁸ Ibid, p. 90.

²³⁹ ALEXY, op. cit.

²⁴⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. 2012, vol. 08, nº 01, p. 37-59, jan-jun 2012, p. 45

de princípios constitucionais dotados de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que, para isso, tenha de se imiscuir em atividades ínsitas aos outros Poderes. Isso porque “a omissão, seja administrativa ou legislativa, do gestor público ou do legislador frente ao dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada pela omissão também do Judiciário frente a tal dever”²⁴¹. É por este motivo que na próxima parte será investigada se, atualmente, há, de fato, uma postura ativista dos tribunais brasileiros na tutela do direito à saúde.

4.4 A postura ativista do Judiciário brasileiro no que diz respeito à judicialização do direito à saúde

É inegável que a norma constitucional que garante o direito à saúde é objeto de interpretação por parte de nossa Corte Constitucional desde os tempos de sua promulgação, quando foi classificada como norma programática por não se dirigir diretamente aos indivíduos, sendo, pois, voltadas ao Estado por estabelecerem programas que deverão por ele ser concretizados. Na lição de Fábio Corrêa Souza de Oliveira,

as normas programáticas determinam fins para o Estado e para a sociedade, configuram programas de ação, metas a cumprir, conformando a realidade a postulados de justiça. Consoante ministra a doutrina, são normas de cunho social, que perseguem objetivos prioritariamente concernentes aos direitos de terceira geração e posteriores. Visam, primordialmente, à comunidade ou ao sujeito na sua dimensão coletiva, buscando corrigir as imperfeições ou desigualdades que promanam da vida e das situações ou relações em sociedade, no intuito da melhoria da existência de cada um e de todos, denotando não apenas propósitos, pois que, expressa ou implicitamente, também meios para alcançar os intentos eleitos. Em lição comum, seja porque estão mais próximas da *política* do que do *jurídico*, seja porque, muitas vezes, denotam vaguidade ou fluidez, seja porque não preconizam, detalhadamente, um comportamento, um responsável ou um beneficiário, tais normas não possibilitam a configuração de direito subjetivo, pelo menos na sua versão positiva²⁴².

Enquanto tal, o artigo 196 da Constituição Federal foi tido, pela corrente majoritária e inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, como dependente da atuação do legislador ordinário, que deveria editar sua lei integradora para que tivesse delineados seu objeto e sua extensão. Até que isso acontecesse, os beneficiários destes direitos não poderiam requerer sua satisfação, devido à limitada eficácia da norma constitucional programática.

²⁴¹ Ibid., p. 49.

²⁴² OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 406.

No entanto, o entendimento do mais alto Tribunal do país foi alterado a partir de 1996, ano em que a tese de que a disposição contida no artigo 196 da Constituição consistiria em norma programática²⁴³ incapaz de produção de efeitos jurídico imediatos, antes da edição da lei específica que melhor definiria os contornos do direito assegurado constitucionalmente, foi derrubada, passando a admitir-se a norma insculpida naquele artigo da Lei Maior como definidora de direitos, configurando, assim, uma interpretação evolutiva, face aos atendimentos dos reclamos sociais em contexto sócio-político-econômico diverso daquele existente ao tempo da confecção da Constituição. Assim,

Nesse passo, as normas devem ser interpretadas levando-se em consideração a realidade em que estão inseridas, tendo novos contornos e/ou sentidos/significados. Temos que a atividade exegética para a ciência do Direito reclama uma relação dialética em que o intérprete/aplicador busca o sentido de um texto normativo. Falo, portanto, da possibilidade legítima de mutação por intermédio das vias interpretativas, no caso, através, da interpretação evolutiva. Tal interpretação tem por escopo atribuir novo(s) conteúdo (s) à norma constitucional, sem, todavia, alterar sua literalidade, o que se justifica em razão de mudanças históricas ou mesmo fatores políticos e sociais que não foram pensados pelo Constituinte²⁴⁴.

No caso do direito à saúde, nos idos de 1.990 apareceram as primeiras demandas judiciais promovidas por portadores de HIV, a fim de que, com suporte no dever estatal de assistência à saúde proclamado no artigo 196 da Constituição, estes pacientes recebessem o adequado atendimento no Sistema Único de Saúde, que incluía fornecimento de medicamentos específicos e procedimentos médico-hospitalares. A intervenção do Judiciário nesta seara culminou com a adoção de novo posicionamento por parte de nossa Corte Constitucional, assim como com a edição da lei nº 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores de HIV e doentes de AIDS.

Como anotam Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuela Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, a especificidade da Constituição brasileira de 1.988 consiste no fato de que sua elaboração não foi antecedida da elaboração de um anteprojeto²⁴⁵. Pela conjuntura histórica da época, Tancredo Neves, eleito presidente pelo

²⁴³ Para Osvaldo Canela Júnior, as normas programáticas não são destinadas “a garantir a eficácia do direito fundamental social, mas a capacitar o Estado à sua satisfação espontânea”, que se dá por meio da elaboração das políticas públicas. (CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63).

²⁴⁴ GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. **A (in)eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 119.

²⁴⁵ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 38.

Colégio Eleitoral criado pelo regime autoritário, chegou a designar uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, capitaneada por Afonso Arinos e que tinha a incumbência de rascunhar um projeto para a futura Constituição do País.

No entanto, com a morte de Tancredo Neves, seu sucessor, José Sarney, optou por possibilitar que a Assembleia Nacional Constituinte deliberasse os contornos do documento constitucional sem o suporte do anteprojeto elaborado por aquela Comissão.

Os debates constituintes, assim, foram iniciados sem conhecer uma vontade prévia sobre quais rumos seguir, em um clima de indefinição, natural diante da amplíssima coalizão de forças que se pusera à frente do processo de transição à democracia. A formação da vontade do legislador constituinte, nessas condições, não teria como ser fruto de uma ação hegemônica, mas de composição e das soluções de compromisso entre forças díspares, cuja unidade se exercia melhor sobre temas tópicos que na formulação de uma concepção sistemática e coerente de um novo projeto para o país²⁴⁶.

Diante deste panorama político-constitucional, em que as forças políticas da época tentavam, a todo custo, estabelecer um poder hegemônico, elaborou-se uma Constituição²⁴⁷ aberta, que prevê uma gama de direitos fundamentais, recheada de termos vagos e conceitos indeterminados, com o intuito de que a concretização dos anseios constitucionais fosse “confiada às futuras gerações, às quais competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto”²⁴⁸.

Os anos que se seguiram pareciam demonstrar que a nova Carta Constitucional com todas as previsões de direitos fundamentais e suas respectivas garantias não passariam de letra morta, pois o Supremo Tribunal Federal insistia em manter a tradição “de uma concepção ortodoxa da teoria da separação dos três Poderes”²⁴⁹.

Tal como ocorrido em outros países, no Brasil, a derrubada do regime ditatorial e a positivação dos direitos fundamentais no corpo do Texto Constitucional trouxe a redefinição da

²⁴⁶ Ibid., p. 39.

²⁴⁷ Quanto à questão sociopolítica, que permeia a confecção de uma Constituição, elucida Maria Paula Dallari Bucci, que “Não se pode desprezar o componente político e histórico indissociável de toda experiência constitucional. Não há Constituições em abstrato, cada constituição é expressão de uma dada composição social e política e espelha tanto as tensões existentes no seio dessa sociedade, como os espaços e mecanismos concebidos para a harmonização desses conflitos”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20)

²⁴⁸ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 40.

²⁴⁹ Ibid., p. 42.

clássica teoria da tripartição dos Poderes, culminando com a inclusão do Judiciário na seara antes reservada à política, ampliando-se o papel. Neste sentido,

A crise do *Welfare State* nos países de democracias consolidadas seria apenas uma das manifestações de um processo mais amplo, traduzindo-se em um deslocamento de centralidade do Legislativo como principal agente de iniciativa e da produção das leis em favor do Executivo, o qual, por sua vez, abandonaria as funções de bem-estar, sendo progressivamente alçado à condição de uma agência tecnoburocrática que responde, de forma contingente e arbitrária, às variações da imediata conjuntura econômica. A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante das estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade²⁵⁰²⁵¹.

No Brasil, contudo, este fenômeno ocorreu tardiamente, podendo a década de 90 ser considerada um marco na mudança da postura até então adotada pela Corte Constitucional brasileira.

No caso brasileiro, esse processo é bem mais recente, inicia-se na década de 1990, após o período de abertura democrática dos anos 1980 e no bojo do processo de reestruturação neoliberal do Estado. Além do evidente refluxo de muitos movimentos sociais que levaram à consolidação constitucional de diversas demandas sociais, entre as quais o direito à saúde, um dos fatores que muito contribuiu para impulsionar a maior atuação do Poder Judiciário no processo de definição das políticas públicas é o fato de a Constituição brasileira ser um documento repleto de normas indeterminada, abertas a variadas interpretações²⁵².

Apesar da previsão de tripartição e independência dos Poderes da República brasileira, é certo que existe indiscutível vinculação dos membros da magistratura ao Executivo. Discorrendo sobre a responsabilidade dos juízes, aduziu Mauro Cappelletti que, nos países em que impera o sistema do “civil law”, a magistratura é definida como de carreira, em que se

²⁵⁰ Ibid., p. 149.

²⁵¹ Para Mauro Cappelletti, “os ‘direitos sociais’ – típico produto jurídico do Estado social ou de *welfare* – são caracterizados pelo fato de que não têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; eles são ‘promocionais’ e projetados para o futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Na proteção de tais direitos, o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que é agora legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui frequente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricional – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos –, está *alinhada* com os programas prescritos, frequentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 22).

²⁵² MACHADO, Felipe Rangel de Sousa; DAIN, Sulamis. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, p. 1017-1036, jul/ago, 2012, p. 1019.

“subtrai usualmente de influência política, ao menos diretas, a nomeação *inicial* dos juízes”²⁵³, mas em muitos Estados “o executivo mantém significativos poderes no que concerne a evolução sucessiva do *status* e da carreira, especialmente em matéria de promoções”²⁵⁴. De fato, foi essa a orientação seguida por nossa Carta Fundamental ao estabelecer que o Supremo Tribunal Federal seria composto por onze ministros, com mais de trinta e cinco e menos de setenta e cinco anos de idade, com notável saber jurídico e reputação ilibada, cuja nomeação é dada pelo Chefe do Executivo Federal após aprovação do Senado Federal por maioria absoluta.

Partindo-se deste enfoque, muito se questiona a respeito do déficit democrático existente nas posturas ativistas dos membros do Judiciário, que não são eleitos pelo povo e não tem a representatividade ínsita às atividades políticas. Para alguns autores, tal objeção é considerada como impeditiva para a criação do Direito pelos Tribunais. Este pensamento pode ser assim sintetizado:

De outra sorte, se as omissões do Executivo e do Legislativo legitimam o Judiciário a intervir na tutela dos direitos fundamentais, não podemos esquecer que a legitimidade política do Judiciário em si impede que ele se torne o regular promotor dos objetivos fundamentais da República brasileira. Por um lado, na jurisdição ordinária, os juízes são selecionados mediante concurso público, sem qualquer participação popular na escolha, enquanto no âmbito dos tribunais superiores, sobretudo no caso do Supremo Tribunal Federal, os nomes dos magistrados são escolhidos pelo chefe do Executivo, inexistindo também a mínima participação popular nesse processo. O déficit democrático do Judiciário no enfrentamento dos assuntos de maior gravidade enfraquece a legitimidade do Estado como agente de promoção da paz social e do desenvolvimento humano, pois as escolhas políticas fundamentais, quando feitas pelo Judiciário, não possuem representatividade popular necessária e, em consequência, não podem ser cobradas pelo próprio povo, como ocorre, por exemplo, com o ‘julgamento pelas urnas’ aos qual os membros dos cargos eletivos do Executivo e do Legislativo são submetidos, no mínimo, a cada quatro anos²⁵⁵.

Contudo, este argumento de falta de legitimação democrática dos tribunais para criação do direito cai por terra, quando face ao dever de motivação dos atos decisórios como forma de controle dos atos judiciais a despeito da ausência de participação direta do povo na escolha de quem serão os membros da Magistratura. É inegável que as decisões judiciais, em decorrência deste dever imposto aos juízes, são passíveis de fiscalização, não só das partes, mas de todo aquele que tiver interesse, nos processos em que não há a imposição do sigilo. Trata-se de uma “tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de caprichos ou

²⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 40.

²⁵⁴ CAPPELLETTI, loc. cit.

²⁵⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. 2012, vol. 08, nº 01, p. 37-59, jan-jun 2012, p. 50.

de idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade”²⁵⁶.

Além disso, o mundo dos tribunais pode ser usado como palco destinado à tutela de determinados grupos que estariam excluídos das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado. O regime democrático não se reduz a tomada de decisões pela maioria, mas pressupõe participação e, então, essa minoria, servindo-se do procedimento judicial baseado na ampla defesa e contraditório, encontraria terreno em que se sentiria segura para debater suas pretensões, independentemente da força política que eventualmente tenham. O processo judicial, iniciado segundo iniciativa das partes que, ao distribuírem suas ações, delimitarão suas pretensões, será desenvolvido em íntima conexão com os envolvidos, sendo ouvidos em todas as suas fases. Por isso, diz-se que “o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública”²⁵⁷. Assim,

Um judiciário razoalmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos de nossas sociedades contemporâneas²⁵⁸.

De outra banda, na atualidade, os poderes tidos como políticos são alvos de intensa influência de alguns grupos de interesse nas tomadas de decisões políticas dos Estados contemporâneos. Esses grupos políticos geralmente expressam interesses econômicos ligados às grandes empresas nacionais, e sobretudo transnacionais, que se mantêm hegemônicas dentro do cenário econômico, acabando por estabelecer uma relação de dominação com os cidadãos, inviabilizando o efetivo exercício da cidadania, adotando práticas atentatórias aos direitos fundamentais, como adverte Boaventura de Souza Santos:

Trata-se de uma nova constelação sociopolítica caracterizada pelo confinamento da democracia a um campo político cada vez mais estreitamente definido e que coexiste (mais do que interfere) com certas formas de sociabilidade, em que os actores não estatais mais poderosos assumem o poder de veto sobre a vida e o bem-estar dos actores menos poderosos ou daqueles desprovidos de qualquer poder. É uma constelação política altamente instável, reproduzida, nos países centrais, por uma transformação até aqui eficaz das políticas de consenso em políticas de resignação e, nos países periféricos, pela imposição de políticas de ajustamento estrutural

²⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 98.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 100.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 107.

frequentemente associadas à colaboração de elites locais corruptas. Fascismo social a um escala global, eis o problema com que a legalidade cosmopolita subalterna se vê confrontada²⁵⁹.

O resultado disso foi o surgimento de um modelo indireto de governo, exercido pelos detentores do poder econômico, que são isentos de qualquer responsabilidade frente aos seus atos e suas implicações no âmbito social. Essa nova modalidade de governança indireta pelos grandes conglomerados e empresas transnacionais colocam em risco o próprio regime democrático, uma vez que o poder econômico vem se sobrepondo ao poder do povo. Neste sentido é que Fábio Nusdeo afirmou que “as ameaças às liberdades podem provir de outras fontes que não apenas o Estado”²⁶⁰. Este cenário propiciou o surgimento da tão falada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, tem-se admitido a aplicação dos direitos fundamentais em relações nas quais está ausente a figura do Poder Público. Os estudiosos adeptos dessa teoria sustentam que a dimensão funcional dos direitos fundamentais tende a garantir níveis máximos de autonomia e dignidade individual, de modo que a tutela destes deve ocorrer por meio da concreção dos direitos fundamentais, independentemente de sua violação provir de um órgão estatal ou particular, já que “autoridade e poder não são atributos exclusivos do Estado, mas se manifestam também nas relações entre particulares”²⁶¹.

Por todas essas razões, o Judiciário, munido de sua imparcialidade e independência características, constitui órgão capaz de decidir estas questões, mesmo que em prejuízo do interesse destes grupos. A função jurisdicional, por ser mais sensível aos anseios da população, já que são responsáveis pelo julgamento dos problemas que a atormentam, não é despida de caráter democrático, pois seu acesso é garantido e sabido por todos: basta o ajuizamento de ação cabível.

Em contrapartida, devido ao aumento vultoso do número de ações judiciais que se destinam à proteção da saúde, seja no âmbito individual, seja no âmbito coletivo, a judicialização da saúde elevou o debate às audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal. No âmbito deste Tribunal, os artigos 13, XVII, e 21, XVII, acrescentados ao seu Regimento Interno pela Emenda Regimental de nº 29 de 18 de fevereiro de 2009,

²⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. 72, Outubro, 2005, p. 40.

²⁶⁰ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 168.

²⁶¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed., Rio de Janeiro Renovar, 2008, p. 146.

possibilitaram a convocação de audiência pública, pelo Presidente do STF ou pelo Relator do processo, nas ações em tramitação naquela corte, desde que passíveis de gerarem repercussão geral e presente relevância de interesse público, “para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstância de fato”²⁶².

Diante disso, socorrendo-se desta faculdade, em dois momentos distintos foram designadas audiências públicas para debater assuntos atinentes ao direito à saúde. A primeira, realizada em abril e maio de 2009²⁶³, teve a participação de oradores classificados por Felipe Rangel Souza Machado e Sulamis Dain em “três macrocategorias de inserção profissional: representantes da gestão dos serviços de saúde (ou gestores propriamente ditos), operadores do direito e participantes da sociedade civil²⁶⁴. Como se vê, estes participantes inscritos nesta Audiência Pública formavam grupos de interesses, nos quais aqueles pertencentes à primeira macrocategoria e alguns da segunda postulavam uma radical mudança das decisões judiciais brasileiras, alegando ofensa às atribuições inerentes ao Poder Executivo, enquanto que a outra parte da segunda macrocategoria e os representantes da sociedade civil defendiam a atual postura do Judiciário, que vem garantindo o acesso à saúde da população em geral²⁶⁵.

Posteriormente à realização desta sessão pública, foi editada, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Recomendação de nº 31 de 30 de março de 2.010 com o intuito de aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de direito à saúde, aconselhando que as Corregedorias orientassem os magistrados, a ela vinculados, a instruir as ações, na medida do possível, com relatórios médicos contendo a descrição da doença com Classificação Internacional da Doença (CID), prescrição de medicamentos com denominação genérica e

²⁶² Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno**: atualizado até maio de 2013 – consolidado e atualizado até maio de 2002. Brasília: STF, 2012. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoregimentointerno/anexo/ristf_mai_2013_versao_eletronica.pdf, acesso em 15/11/2014.

²⁶³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Audiência Pública**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoaudienciapublicasaude>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

²⁶⁴ MACHADO, Felipe Rangel de Sousa; DAIN, Sulamis. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, p. 1017-1036, jul/ago, 2012, p. 1024.

²⁶⁵ Na mesma senda: “Em nossa ótica, o ativismo judicial acabou por romper o sistema estanque de tripartição de poderes, dando ensejo a um novo modelo institucional, concedendo-se poderes ao Judiciário, que passa a gozar de maior *status* político e social. Passa-se, assim, a haver a migração de discussões do Legislativo para o Judiciário, o qual torna-se mais atuante” (GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. **A (in)eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 123).

princípio ativo, produtos, órtese e posologia exata; a evitar autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou em fase experimental; ouvir, sempre que possível, os gestores antes da apreciação de medidas de urgência, ainda que seja por meio eletrônico; verificar junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, hipótese em que estes deverão assumir a continuidade do tratamento; determinar a inscrição do beneficiário nos programas de políticas públicas existentes quando do deferimento da medida; a inclusão da disciplina relativa ao Direito Sanitário nos concursos para ingresso na carreira da magistratura, promover visitas dos magistrados aos Conselhos de Saúde, bem como às unidades básicas de saúde.

Já a outra Audiência Pública atinente ao Sistema Único de Saúde foi designada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, e contou, em sua realização, em 26 de maio de 2014, com a participação de catorze expositores, entre eles as instituições que fazem parte do Recurso Extraordinário de nº 581488: o Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul, o município de Canela, o Estado do Rio Grande do Sul, a União, bem como entidades representativas dos usuários do sistema, entidades hospitalares, Conselhos de Estado, representantes da Agência Nacional de Saúde (ANS), Procuradoria Geral da República, entre outros²⁶⁶. O objetivo era ouvir especialistas da área a respeito da possibilidade do usuário do Sistema Único de Saúde (SUS) ter acesso a melhores acomodações e escolhas de profissionais de saúde de sua confiança, pagando, para tanto, uma diferença.

Muito se sustenta que a judicialização da saúde vem privilegiando um segmento da sociedade, com nível mais alto de informação e relativa facilidade de acesso ao Judiciário, gerando, por consequência, tratamentos desiguais a pessoas que se encontram nas mesmas condições clínicas, mas que, ao socorrem-se deste Poder, acabam sendo agraciadas com uma resposta mais rápida da Administração e, não raras vezes, em detrimento da observância de filas de esperas, como na hipótese dos pacientes que nelas aguardam para receberem doação de órgãos para transplante. Em que pese a intenção eminentemente organizacional deste

²⁶⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. . **STF realiza na segunda-feira (26) audiência pública sobre internações no SUS.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoaudienciapublicasaude>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

entendimento, há de se ponderar que “o respeito ao princípio da isonomia não pode servir de argumento para eventual violação da dignidade concreta de cada indivíduo”²⁶⁷.

Portanto, não perfilhamos deste entendimento, pois o Estado de Bem-Estar Social propiciou mudança da hermenêutica constitucional, que flexibilizou os limites da atuação jurisdicional a partir de uma nova leitura, como demonstrado, da teoria da separação dos poderes²⁶⁸, das noções de democracia participativa e do orçamento.

Em obra clássica, Montesquieu entende que a liberdade política não consiste em se fazer o que permitem as leis, sendo encontrada apenas nos governos moderados, que são aqueles em que não há abuso de poder. Contudo, a experiência tem mostrado que todo homem que possui poder tende a dele abusar. “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”²⁶⁹. E o poder, então, passou a sofrer limitações com sua divisão em três espécies: Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual desenvolvendo sua função típica e, ao mesmo tempo, servindo como limitação à atuação dos demais.

Dessa forma, quando a atuação dos poderes políticos (Legislativo e Executivo) deixarem a desejar no sentido de dar concretude à Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário torná-la efetiva, fazendo com que os direitos fundamentais inseridos na Constituição deixem o campo das promessas e sejam, de fato, implementados em nosso Estado²⁷⁰. Essa orientação pode ser extraída a partir da leitura das mais recentes decisões proferidas por nossa Corte Suprema:

²⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 165.

²⁶⁸ Quanto à flexibilização da teoria da separação dos poderes, escreveram Jader Ferreira Guimarães e Vitor Soares Silveiras que “...não há mais espaço para uma “separação” (divisão) de poderes rígida, necessitando tal cláusula de uma transformação, até mesmo porque uma “separação” rígida só “fortalece” os poderes (órgãos), e, não, o ator principal da Constituição (o cidadão), devendo, portanto, referida cláusula ser concebida como instituto protetivo do cidadão, permitindo que o Estado cumpra melhor suas finalidades. Logo, a escorreita formulação da divisão dos poderes nos permite afirmar que a um poder pode, licitamente, exercer qualquer direito ou faculdade, desde que a Constituição permita”. (GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. **A (in)eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 123).

²⁶⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondant. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

²⁷⁰ Conforme noticiado pela Folha de São Paulo, os gastos do Ministério da Saúde destinados a bancar medicamentos e tratamentos após decisões judiciais, no período de 2010 a 2014, cresceram 376% (trezentos e setenta e seis por cento), fazendo com que a União gastasse R\$ 2,3 bilhões de reais no cumprimento destas ordens judiciais. No ano de 2014, “o valor repassado para cumprir determinações judiciais foi de R\$ 871 milhões – é a maior quantia já registrada por esse motivo”. (CANCIAN, Natália. Ação judicial para acesso ao SUS explode em cinco anos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 7 mar. 2015. Cotidiano, p. 1-3).

impõe consignar que o STF quando da apreciação da APDF nº 45/DF, manifestou-se favorável ao “ativismo judicial”, ainda que excepcionalmente, quando os outros poderes não cumprem seus encargos políticos-jurídicos, comprometendo, com tal postura, a eficácia e a integralidade dos direitos constitucionalmente assegurados, repudiando, ademais, que a Constituição vire apenas um documento com promessas não cumpridas por aqueles que as deveriam executar. Preocupação e ao mesmo tempo uma das principais críticas que se faz ao “ativismo judicial” é que tal atuação violaria, em tese, o princípio da “separação” (divisão) dos poderes²⁷¹.

É nesta senda que tem guarida a questão do mínimo existencial, já mencionada em outra passagem, mas que é entendida como expressão que atribui a toda pessoa ou a coletividade bens materiais ou imateriais²⁷² indispensáveis para uma vida com dignidade. O Estado, então, encontra-se compelido a garantir este mínimo, sendo lícito ao indivíduo ou a coletividade exigir seu cumprimento, mesmo com a interveniência do Judiciário. Mas será que os componentes do chamado mínimo existencial não sofreriam variações? É claro que sim, tanto de tempo, quanto de lugar, já que os bens e direitos considerados vitais a uma vida condigna são passíveis de serem alterados ou substituídos ao longo da História e também porque locais com maior renda podem ter padrões superiores a um padrão mínimo de vida digna.

Com a escusa de que boa parte dos processos judiciais que buscam o fornecimento de algum medicamento ou a prestação de determinado serviço de saúde não são patrocinadas pelas Defensorias Públicas, Ministério Público ou entidades de assessoramento e acompanhamento jurídico gratuito e que, como são patrocinados por advogados particulares, estes usuários possuem condições de suportarem os custos de seus tratamentos, os gestores de saúde buscam justificativas para não cumprirem com as suas responsabilidades.

Ora, se o sistema é universal, conforme estabelecido pelo artigo 196²⁷³ da Constituição, e lá inserido como forma de evitar qualquer tipo de discriminação aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), entendemos, de forma diversa, de boa parte da doutrina, pois sustentamos que a saúde pública deve ser propiciada a todos e não somente àqueles que

²⁷¹ GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. **A (in)eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 121

²⁷² Em interessante passagem, Fábio Corrêa Souza de Oliveira insere, dentre os bens que compõem a noção de mínimo existencial, aqueles qualificados como imateriais, já que “o mínimo existencial deve ser entendido a englobar também os bens ou condições espirituais, psíquicas, pois nem só de coisas palpáveis é construída a vida. O direito fundamental à privacidade, à paz, à liberdade de pensamento, de religião, são ilustrações”. Mais adiante, cita, ainda, outro exemplo tendente a demonstrar sua alegação e que guarda correspondência com o presente trabalho: o de que o direito à saúde reúne moléstias corporais, físicas, mentais ou espirituais. (OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 384).

²⁷³ Quanto ao artigo 196 da Constituição Federal, cabe anotar que a palavra “todos”, segundo alerta Ingo Wolfgang Sarlet, “não constitui indicativo de que a titularidade será necessariamente coletiva (transindividual), ainda mais no sentido de uma exclusão de titularidade individual”.

comprovarem insuficiência de recursos financeiros. Tal se dá em razão de sua inserção no Título VIII, Capítulo II da Constituição Federal, que trata da seguridade social. Nesta mesma localização topográfica, encontra-se o artigo 203, V, que garante a quantia equivalente a um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família. Como se percebe, neste caso, o constituinte optou por não assegurar uma renda mensal mínima a todos os brasileiros, limitando-se a garanti-la somente ao deficiente e ao idoso incapazes de fazerem frente às despesas com sua sobrevivência ou de tê-la custeada por seus familiares²⁷⁴.

No caso da saúde, por esta se enquadrar dentro do conceito de seguridade social, se fosse intenção do constituinte restringi-la àqueles que não puderem custear seus gastos, teria sido inserido, na Constituição Federal, dispositivo neste sentido, o que não aconteceu, restando-nos a conclusão de que a escolha do constituinte era a de que todo aquele que necessitasse de atendimento médico-hospitalar no Sistema Único de Saúde deveria ser por ele absorvido, independentemente de sua condição social, mesmo porque, se a pessoa for beneficiária de plano de saúde privado, o Sistema Único de Saúde poderá ser ressarcido dos gastos realizados, conforme permissivo contido no artigo 32 da lei nº 9.656/98, com redação dada pela Medida Provisória de nº 2.177-44 de 2.001²⁷⁵.

No mesmo sentido, o parágrafo 1º, do artigo 2º, da lei nº 8.080/90, assegura o acesso universal e igualitário ao serviço público de saúde, não se admitindo a exclusão de quem quer que seja, se possuidor ou não de recursos financeiros. Aliás, definir o que significa possuir condições financeiras também é outro ponto que não pode ser esquecido. Isso porque se trata de uma situação de difícil delineamento, seja porque a pessoa pode ter ganhos relativamente altos se comparados com a média da população nacional, mas, ao mesmo tempo, pode suportar despesas essenciais para garantia de sua sobrevivência igualmente superiores aos demais, seja porque existem tratamentos e procedimentos médicos, hospitalares e farmacêuticos que consomem grande monta de valor e que, mesmo aqueles que detenham alto padrão aquisitivo, podem não ser capazes de suportá-los ou de tê-los supridos por seus planos particulares de saúde.

²⁷⁴ Essa tese foi sustentada em artigo intitulado “Possibilidade de pagamento por melhores acomodações no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e a incidência do princípio da vedação ao retrocesso social”, escrito em coautoria com Ticiani Garbellini Barbosa Lima.

²⁷⁵ Este assunto é tema de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 597.04/RJ.

Por esses motivos, não se pode chegar à conclusão de que aquele se utiliza do Judiciário porque está preocupado somente com o próprio bem-estar ao praticar um verdadeiro saque contra o patrimônio público, mesmo que isso custe a vida de outros pacientes. Na realidade, com este argumento, tenta-se bloquear o acesso dos cidadãos à Justiça, impedindo-os de ver atendido seu direito à saúde. Tal conduta faz com que eles sejam duplamente punidos: “a) por não ter recursos e necessitar do sistema de saúde pública que não atende mesmo no que diz com prestações já previstas em lei; b) por não poder litigar para corrigir tal estado de coisas”²⁷⁶.

Lado outro, a fim de padronizar os atendimentos no Sistema Único de Saúde são elaborados protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Nos termos do artigo 2º, do decreto de nº 7.508 de 28 de junho de 2.011, estes documentos estabelecem “critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde, o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber, as posologias recomendadas, os mecanismos de controle clínico e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos a serem seguidos pelos gestores do SUS”. Com isso, busca-se aliar as ações e os serviços descritos nos planos de saúde com os procedimentos de atendimento dos pacientes que incluem não só as consultas, mas os medicamentos que serão ministrados ou os serviços de diagnósticos que serão utilizados, dentro de um paradigma previamente estabelecido pela gestão do SUS. Trata-se, na realidade, da estipulação de “*standards* de atendimento”²⁷⁷.

Em relação a esse fato, é preciso tecer algumas considerações. Essa padronização dos atendimentos no âmbito do Sistema Único de Saúde tem por escopo a racionalização do gasto público, mas essa finalidade não poderá ser utilizada para burlar direta ou indiretamente esse direito constitucionalmente estabelecido, sob pena de inaceitável anulação do comando constitucional pelo gestor público. Em um país dotado de uma Constituição rígida como a nossa, a produção de atos administrativos, como os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas, devem ser compatíveis com os seus mandamentos, limitando-se a concretizá-los.

Além disso, esta padronização pode desconsiderar as especificidades do quadro clínico de uma determinada pessoa, podendo retirar a possibilidade de recuperação de sua saúde. Nestes casos, válidas são as observações de Ingo Wolfgang Sarlet, as quais contemplam que:

²⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 168.

²⁷⁷ Expressão cunhada por DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 93.

há que se assegurar margem para o reconhecimento de direitos originários a prestações, portanto, não apenas direitos a prestações já definidas pelas políticas públicas praticadas, ainda que se possa discutir quais os limites postos pela ordem jurídico-constitucional (bem como por outros fatores de cunho ético, econômico, etc.) em relação ao acesso a prestações ainda não reguladas em lei²⁷⁸.

Por estes motivos, a padronização oriunda dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas não poderá servir de escudo para os gestores e juízes para a negativa de atendimento deste paciente, por se tratar de direito fundamental de aplicabilidade imediata e, principalmente, em razão da integralidade do atendimento sob a qual estão assentadas as bases do sistema público de saúde.

Ainda, apesar dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas buscarem orientar o atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde, distribuindo melhor os recursos da saúde, é inegável que o procedimento burocrático destinado à inserção de novos medicamentos²⁷⁹ ou procedimentos médico-hospitalares nestes documentos ainda é muito moroso e incapaz de acompanhar os avanços da Medicina e de outros ramos do conhecimento ligados à saúde²⁸⁰; conclusão a que se chega a partir da análise das etapas do procedimento descrito na lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011, que alterou a lei nº 8.080/90, inserindo, nesta última, dispositivos relativos à assistência terapêutica e incorporação de novas tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde.

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 169.

²⁷⁹ Os medicamentos podem ser divididos em três grupos: de dispensação excepcional, de dispensação especial e essenciais-básicos. No primeiro grupo, encontram-se aqueles medicamentos de caráter excepcional de médio e alto custo, assim definidos pelo Ministério da Saúde, que deverão ser adquiridos pelos estados membros ou pelo Distrito Federal com posterior ressarcimento da União. Os medicamentos de dispensação especial também são de médio e alto custo, não se enquadram dentre os de dispensação excepcional ou essenciais-básicos, mas são definidos e adquiridos pelos estados membros, sem contrapartida da União. Já os da última categoria são os destinados à atenção básica, considerados, por esse motivo, mais simples, e possuem um custo menor em relação aos demais. São distribuídos pelos municípios que, além de contribuírem com seu custeio, ainda recebem repasses da União e dos estados, estando elencados na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME)²⁷⁹.

²⁸⁰ Neste aspecto, em decisão proferida no pedido de suspensão de tutela antecipada de nº 175, assim se manifestou o Ministro Gilmar Mendes: “Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis a usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STA 175 – AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília/DF, DJ nº 76 de 30/04/2010).

Por estes diplomas legais, ficaram a cargo do Ministério da Saúde as atribuições atinentes à incorporação, exclusão ou alteração pelo sistema público de saúde de novos medicamentos, produtos ou procedimentos, bem como a constituição ou alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica. Para tanto, foi criada a Comissão Nacional de Incorporação de Novas Tecnologias (CONITEC), que contará com a participação de um representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e outro indicado pelo Conselho Federal de Medicina, devendo ser especialista na área, sem prejuízo de outras disposições previstas no seu regulamento interno.

O procedimento administrativo de incorporação, exclusão e alteração de medicamentos, produtos, ações de saúde, alteração ou constituição de protocolo clínico ou diretriz terapêutica deverá ser concluído no prazo não superior a cento e oitenta dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida prorrogação, quando exigirem as circunstâncias, por mais noventa dias corridos.

Deverão constar no relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Novas Tecnologias “as evidências científicas sobre eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso”²⁸¹, bem como “a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às demais tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível”²⁸², sendo importante mencionar que, após a elaboração do relatório e antes da tomada de decisão por parte da comissão responsável, dependendo da matéria a ser tratada, deverá ser realizada audiência pública.

Como se sabe, a assistência terapêutica integral, nela compreendida a assistência farmacêutica, foi incluída no sistema público de saúde pela alínea “d” do artigo 6º da lei nº 8080/90. A partir dessa previsão legal, de fato, a elaboração de políticas públicas destinadas à incorporação de novos medicamentos e insumos no âmbito do Sistema Único de Saúde passou a constituir outro motivo para o incremento do número de ações em tramitação nos tribunais brasileiros. Tal ocorre porque

Escolhas difíceis são frequentemente enfrentadas pelos gestores em todos os níveis do sistema de saúde. O arsenal é vasto, sendo continuamente ampliado com novos medicamentos, equipamentos, artigos e procedimentos médicos diversos. Essa

²⁸¹ Artigo 19-Q, §2º, I da lei nº 8.080/90.

²⁸² Artigo 19-Q, §2º, II da lei nº 8.080/90.

realidade faz com que cada ano se torne mais difícil para o sistema fornecer ao usuário a intervenção teoricamente mais eficiente no mercado²⁸³.

Paralelamente às novas invenções na área da saúde, há também algumas organizações criminosas que enxergam no Sistema Único de Saúde um viés para obtenção de lucro fácil. Essa situação foi brilhantemente trabalhada em um artigo escrito por Juliana Yumi Yoshinaga, procuradora do Estado de São Paulo, que relatou a iniciativa daquele ente da federação de conter o aumento de demandas judiciais pleiteando medicamentos ou tratamentos de saúde com a implantação de um *software*, que foi denominado de “Sistema de Controle Jurídico” (SCJ)²⁸⁴, o qual concentrava informações sobre o paciente, o nome do médico que o atendeu, em qual unidade de saúde houve o atendimento, o nome do advogado patrocinador da causa, o nome do medicamento prescrito, bem como do laboratório fabricante, dentre outras informações. Com o cruzamento dos dados obtidos, foi possível “detectar a coincidência recorrente entre a enfermidade narrada, o medicamento requerido (e o laboratório farmacêutico interessado), o advogado patrocinador da causa e o médico prescritor”²⁸⁵, deflagrando, então, uma operação policial que culminou com a identificação de três quadrilhas que tinham como foco a obtenção de lucro com o ajuizamento de ações pleiteando medicamentos não constantes na lista oficial do Sistema Único de Saúde (SUS) que, após o deferimento judicial, eram adquiridos com custo mensal de aproximadamente R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), valores superiores aos equivalentes existentes no mercado e que variavam entre R\$ 50,00 (cinquenta reais) e R\$ 1.000,00 (um mil reais), acarretando graves prejuízos ao erário.

À vista destes graves atentados cometidos contra o patrimônio público como o acima narrado e para tentar minimizar o impacto das decisões judiciais que determinavam o fornecimento de determinados medicamentos em benefício dos seus respectivos autores dos processos judiciais, a já citada Recomendação de nº 31 de 30 de março de 2.010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pediu que os membros da magistratura evitassem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)²⁸⁶ ou em fase experimental. Quanto à essa última hipótese, a lei de nº

²⁸³ MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012, p. 117.

²⁸⁴ YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 104.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 109.

²⁸⁶ Neste toar, é de suma importância mencionar que o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução de nº 2.113 de 30 de outubro de 2014 publicada no Diário Oficial da União de nº 243 de 16 de dezembro de 2014, aprovou o uso compassivo do canabidiol para tratamento de epilepsia em crianças e adolescentes que não

6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, isenta o registro de medicamentos novos, desde que destinado exclusivamente e sob controle médico, a uso experimental²⁸⁷. Com base nesse último dispositivo, mesmo que de forma contrária à lei nº 8.080/90, muitas decisões judiciais vêm determinando que entidades da Administração Direta e, principalmente, Indireta, forneçam medicamentos ainda em fase experimental, reconhecendo que sem essa medida haveria a impossibilidade de estudo de novas drogas. É o que está acontecendo em relação ao fornecimento de fosfoetanolamina, substância supostamente capaz de tratar várias espécies de câncer e que foi desenvolvida por um professor de química ligado à Universidade de São Paulo (USP) que, atualmente, encontra-se aposentado. Portanto, em razão da relevância jurídica, econômica e social que rodeia este tema, a falta de registro de medicamento na agência reguladora competente é objeto de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário de nº 657.718:

SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA²⁸⁸.

Por outro lado, é oportuno mencionar que há quem negue por completo a titularidade individual dos direitos fundamentais sociais, não os reconhecendo como direitos subjetivos públicos, capazes de serem objeto de demandas judiciais individuais. Para os adeptos dessa corrente, as políticas públicas, por se referirem a uma parcela ou à totalidade da população, seriam mais eficientes do que aquelas prestações obtidas individualmente perante o Judiciário. Para eles, caso fosse necessário o socorro deste último na luta pelos direitos sociais, a ação coletiva seria a modalidade cabível, por permitir que as sentenças nela proferidas atinjam um

responderam bem aos tratamentos convencionais. A prescrição da substância deve ser feita por profissional previamente cadastrado, sendo restrita às especialidades de neurologia e suas áreas de atuação, neurocirurgia e psiquiatria, ficando, ainda, vedados a prescrição da “cannabis in natura” para uso medicinal, bem como quaisquer outros derivados que não o canabidiol. Posteriormente, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), excluiu canabidiol da lista de substâncias ilegais, para incluí-la como medicamento de uso controlado (Resolução – RDC de nº 03 de 26 de janeiro de 2015 publicada no Diário Oficial de nº 19 de 28 de janeiro de 2015).

²⁸⁷ Art. 24. Estão isentos de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde.

Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo só será válida pelo prazo de até 3 (três) anos, findo o qual o produto ficará obrigado ao registro, sob pena de apreensão determinada pelo Ministério da Saúde.

²⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 657.718. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Brasília, 17 de novembro de 2011.

número expressivo de pessoas, impedindo-se a proliferação de ações individuais idênticas²⁸⁹. Neste aspecto, adverte Ingo Wolfgang Sarlet, que se trata de uma noção equivocada do sistema dos direitos fundamentais, utilizada na tentativa de impedir ou limitar a judicialização das políticas públicas,

restringindo o controle e a intervenção judicial a demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social, estratégia que ... acaba por confundir a titularidade em si de um direito fundamental, ou seja, sua condição da pessoa ser o sujeito de direitos, com eventual restrição do objeto do direito ou mesmo eventual restrição do acesso a alguma prestação por conta de uma condição econômica privilegiada ou outros critérios²⁹⁰.

Dessa forma, nem mesmo a classificação didática dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões de direitos é pautada na titularidade individual ou coletiva de determinado direito fundamental. Para sustentar este argumento, basta o socorro às bases históricas em que surgiram os direitos sociais decorrentes de movimentos sociais, na “condição de direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada, embora sempre da pessoa situada em um contexto social e intersubjetivo”²⁹¹, para se verificar que os direitos fundamentais, sejam eles civis, políticos ou sociais, dizem respeito, em primeiro plano, a pessoa singularmente considerada sua verdadeira titular.

A negativa de se reconhecer os direitos fundamentais sociais como objeto de ações individuais também vem sendo utilizado naquelas ações que demandam prestações

²⁸⁹ Para Luciano Benetti Timm, “as políticas públicas governamentais tendem a ser mais eficientes do que aquelas concedidas casuisticamente pelo Poder Judiciário, ela também aponta o caminho das ações coletivas, se eventualmente o objetivo for a garantia de direitos sociais via atuação da magistratura em situações excepcionais de correção do processo democrático (e não como regra, *bien entendu*)”. TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 298). E continua: “Isso porque essa é a ação apropriada para a defesa de direitos coletivos e transindividuais, como devem prioritariamente ser entendidos os direitos sociais, onde justamente os direitos não devem ser apropriados por um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade. Como já salientado aqui, devem ser, esses direitos sociais, concedidos a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática. Não há justificativa para que o direito dê tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem na mesma posição (princípio da igualdade). Por isso, a demanda individual é o pior e mais injusto caminho para implementação de um direito social” TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 299).

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 158/159.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 157.

jurisdicionais de efetivação do direito à saúde, campo no qual também há a perfeita convivência do plano individual com o coletivo. Contudo, advertem Felipe Rangel de Sousa Machado e Sulamis Dain que

a receptividade do Poder Judiciário em relação às ações demandando direitos individuais ou direitos coletivos tem-se mostrado diversa. Em geral, obtém-se mais resultados em pleitos individuais, nos quais o processo diz respeito à compra de um insumo específico ou ao pagamento de um procedimento médico-hospitalar, fato que tem dado mais notoriedade ao processo de judicialização da saúde no Brasil. O Poder Judiciário tem evitado opinar sobre os casos considerados coletivos na área da saúde, possivelmente porque tais ações incidem diretamente na condução das políticas públicas para o setor, além de requererem maior gasto público²⁹².

Além da possibilidade de coexistência das esferas individual e metaindividual do direito à saúde, é preciso ainda analisar, com grande dose de parcimônia, o argumento de que a concessão pela via judicial de um determinado serviço de saúde a uma pessoa pode ter um impacto tão nefasto no planejamento orçamentário do SUS capaz de comprometer o atendimento ou a implantação de novas ações em saúde destinadas à coletividade. É certo que o direito à saúde não é um direito absoluto e, por isso, abre-se a possibilidade para que a Administração Pública, ao querer, ofereça sua contra-argumentação, a fim de tentar convencer o órgão julgador do contrário²⁹³.

Todavia, na maioria dos casos em que a fala defensiva de esgotamento do planejamento orçamentário decorrente de decisões judiciais proferidas em ações em que se discute o direito à saúde é utilizada pela Administração Pública, inexistente, nestes processos, o menor indício de prova que demonstre a ruína das contas públicas ao se cumprir o comando judicial, não se observando, portanto, os termos do atual Código de Processo Civil, o qual determina ao Poder Público a demonstração dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, conforme discussão a ser travada na sequência²⁹⁴.

²⁹² MACHADO, Felipe Rangel de Sousa; DAIN, Sulamis. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista Administração Pública**. Rio de Janeiro, p. 1017-1036, jul/ago, 2012, p. 1021.

²⁹³ Para Mário Oliveira Rocha, “os magistrados vêm instituindo uma verdadeira política pública de saúde sem medir o quanto isso pode ter consequências jurídico-processuais, jurídico-teóricas, econômicas e práticas” (ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 73).

²⁹⁴ É de suma importância anotar que o novo Código de Processo Civil, instituído pela lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, reproduziu essa regulamentação em seu artigo 373, que possui a seguinte redação: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

4.5 Reserva do possível, orçamento e controle judicial em matéria de saúde

Foi visto que a escolha e o delineamento das políticas públicas que serão implementadas ficam a cargo do Executivo que, no mesmo ato, reservará dotação orçamentária suficiente para a cobertura destes gastos. Em razão da vinculação de receitas com o plano de ação governamental, têm sustentado os gestores públicos que a intensa judicialização da saúde tem gerado um impacto negativo no planejamento público e, principalmente, nas contas públicas. Não raras vezes, o Poder Público, em suas defesas, sustenta a escassez de recursos frente às ilimitadas necessidades humanas:

Este argumento decorre da limitação orçamentária estatal, em face de diversas demandas pela efetivação dos direitos, sobretudo no caso da saúde. Afirma-se que, diante da impossibilidade de efetivar plenamente todos os direitos sociais e coletivos, o estado deve escolher e selecionar quais setores da saúde contemplar e dedicar maior aporte de recursos. Quanto aos setores não selecionados, aplicar-se-ia a idéia de reserva do possível como um argumento econômico que justificaria a ausência de tais recursos²⁹⁵

O argumento da reserva do possível entra em cena quando ocorre a escolha acerca de qual das políticas públicas o gestor optará por empreender²⁹⁶, tendo em mente o fato de que os recursos públicos são finitos e que, por essa razão, cabe ao administrador público, em um juízo discricionário, optar por uma dentre todas as alternativas viáveis, a fim de que seja dada concreção ao direito fundamental²⁹⁷. Como bem observa Daniel Wei Liang Wang, “a escassez

²⁹⁵ ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 103.

²⁹⁶ Em suma, segundo Leandro Martins Zanitelli, as “opiniões sobre a reserva do possível podem ser divididas em três grupos: a) o das que concordam com o entrave à realização de direitos em razão da escassez de recursos; b) o das que rejeitam a doutrina; e c) o das que a admitem, mas com alguma importante ressalva” (ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 188).

²⁹⁷ Sustentaram Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo que “não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elementos integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se tivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 30).

dos recursos e os custos dos direitos não são limites fáticos apenas para os direitos sociais, pois eles podem aparecer em qualquer obrigação de fazer ou dar do Estado”²⁹⁸

Com inovador argumento, André Puccinelli Júnior e Allan Thiago Barbosa Arakaki sustentam que a tese da reserva do possível pode ser limitada pelo federalismo cooperativo através dos princípios da supremacia e indisponibilidade dos interesses públicos que, por sua vez, poderão ser primários, atinentes à sociedade como um todo, e que são extraídos das finalidades institucionais ou da própria razão de existir do Estado ou secundários, “relacionados a atividades instrumentais necessárias à consecução dos objetivos estatais e que, não raro, se identificam com o interesse do erário pela eficiência gerencial, traduzida na maximização de receitas e na minimização de despesas”²⁹⁹. Tendo em vista que os interesses primários abarcam os valores mais caros à sociedade, como justiça, saúde, segurança, dentre outros, eles acabam por desfrutar de uma superioridade dentro do Estado, devendo nortear não só as relações entre pessoas de direito privado, mas igualmente as de direito público. Dessa forma, sustentam os autores que as “relações intergovernamentais, próprias do federalismo cooperativo, são norteadas pela efetiva promoção do interesse público primário, cuja supremacia não é passível de valoração jurídico-constitucional”³⁰⁰. Portanto, o interesse público primário, consubstanciado em políticas públicas, deve ser sempre o alvo de atuação da Administração Pública, que não poderá arguir limitação econômico-financeira por ter ao seu dispor instrumentos de cooperação entres os entes federados, como os consórcios públicos e os convênios, instrumentos capazes de “incentivar a conjugação de esforços federativos para afastar as restrições, sobretudo orçamentárias, responsáveis por adiar indefinidamente a implantação de políticas públicas sociais”³⁰¹.

A possibilidade dos municípios formarem consórcios públicos visando o desenvolvimento de ações e serviços de saúde está contida expressamente no artigo 10 da lei nº 8.080/90³⁰². Com a assinatura destes documentos, a gestão da saúde passará a ser compartilhada

²⁹⁸ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 351.

²⁹⁹ PUCCINELLI JÚNIOR, André.; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O federalismo cooperativo e a reserva o possível**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 233-234.

³⁰⁰ PUCCINELLI JÚNIOR, André.; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O federalismo cooperativo e a reserva o possível**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 234.

³⁰¹ Ibid., p. 238.

³⁰² Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

entre as partes signatárias, assim como haverá o rateio dos custos de implementação e prestação destas ações, o que certamente trará economia aos cofres públicos que não têm de suportar de forma isolada tais despesas.

Outro pensamento ímpar relativo ao argumento da reserva do possível foi o formulado por José Reinaldo de Lima Lopes, que traçou uma equiparação entre esta tese e as cláusulas potestativas pertencentes à teoria geral das obrigações, enunciadas no artigo 122 do Código Civil, que reza que “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”. Para este autor, partindo-se do pressuposto de que os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 dependem da elaboração de legislação infraconstitucional tendente a organizar estes serviços, bem como de dotação orçamentária para sua efetivação, e considerando-se que a adoção destas medidas ficam a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, conclui-se que os cidadãos “ficam na total dependência de uma das partes, isto é, o próprio Estado”³⁰³. Este é o ponto onde se concentra a analogia entre as cláusulas potestativas e a inércia estatal na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Nas palavras do autor:

O direito reconhece que um negócio não pode ter sua execução e suas consequências totalmente dependentes de uma das partes. Por isso, a judicialização de tais questões, ainda que problemática, não deve ser descartada em princípio a meu ver. Pela judicialização de uma questão como esta dos direitos sociais, traz-se o Estado a prestar explicações convincentes de suas escolhas e de suas prioridades³⁰⁴.

Assim, a reserva do possível não pode ser argumento capaz de, por si só, afastar a atividade jurisdicional e nem condicionar a efetivação de direitos fundamentais à existência de dinheiro suficiente em caixa para que sejam concretizados, principalmente caso se trate de direitos inseridos na categoria do mínimo existencial, a que nos referimos em outra passagem deste trabalho, já que existe a possibilidade de recursos serem retirados de áreas menos importantes como, por exemplo, a propaganda.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos dispõem sobre sua observância.

§ 2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.

³⁰³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 167.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 168.

Logo, diante da primazia do direito à vida intimamente ligado ao direito à saúde, nossos tribunais, na maioria dos casos, têm admitido a existência de direito público subjetivo ao custeio de medicamento ou serviço aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), deferindo o acesso desses às mais variadas formas de recuperação ou promoção da saúde, desconsiderando, de imediato, questões de natureza orçamentária. Eis o teor do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246SC) entre, proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas³⁰⁵.

Com a adoção desse posicionamento, entendem Gustavo Amaral e Danielle Melo, que nossos tribunais superiores têm elevado o direito à vida a uma condição superior, que não poderá ceder diante de questões financeiras ou orçamentárias, relegadas a segundo plano por serem consideradas questões menores. Nas palavras dos autores,

Tem-se no Brasil um conjunto bem desenvolvido de medidas de defesa da vida quando a ameaça pode ser combatida com medicamentos. Mas, infelizmente, talvez porque o fim é inexorável, há diversas outras ameaças à vida que não comportam defesa farmacológica, mas sim por políticas públicas. Nestes campos a implementação, jurídica e judicial, não se tem observado. Violência urbana, atendimento em hospitais, caos aéreo. Nestes pontos a intervenção do Direito e do Judiciário tem se mostrado tímida e de pouco efeito concreto.

Destarte, não se pode ignorar que no contexto liberal, marcado principalmente pela rígida separação dos poderes e pelo princípio da legalidade como norteador da atividade estatal, o controle jurisdicional esbarrava nos juízos de oportunidade e conveniência do administrador público, não sendo lícito ao Judiciário transpor essa barreira, interferindo nos atos da Administração Pública. “É claro que essa concepção de administração pública legalista em seu sentido formal relaciona-se com um contexto de pouca atuação da gestão, dado o restrito campo de atribuições de um Estado caracterizado pelo absentismo”³⁰⁶.

³⁰⁵ Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 727.864. STF. 2ª Turma. Acesso em 24/01/2015.

³⁰⁶ HERMANY, Ricardo. Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regularidade dos atos da administração. In: REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 6, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, P. 1733.

Posteriormente, com a implantação do Estado Social e a consequente assunção de novas responsabilidades por parte do Estado no que diz respeito à disponibilização dos direitos prestacionais aos seus cidadãos, verificou-se a ampliação de sua atividade administrativa que, por sua vez, acabou por romper os antigos dogmas da separação³⁰⁷ de poderes, trazendo reflexos também em relação à análise dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, que se encarregou de efetivar as promessas inseridas no bojo da Constituição Federal de 1988. “É nesse contexto que se aprofunda a discricionariedade administrativa como a possibilidade de optar entre várias opções juridicamente possíveis, papel que é exercido pelo Poder Executivo”³⁰⁸.

A noção de discricionariedade do administrador é fidedignamente tratada na análise dos atos administrativos, que constituem manifestações de vontade da Administração Pública, capazes de produzir efeitos na órbita jurídica, observando-se predominantemente o regime de direito público e o interesse público³⁰⁹, proferidas por intermédio de seus agentes públicos; em sentido amplo³¹⁰, no uso de suas atribuições legais, tem-se que estes poderão ser vinculados ou discricionários.

Quando se trata de atividade vinculada, os parâmetros de atuação do agente administrativo foram previamente delineados em lei, não existindo margem de atuação deste. A atividade do administrador encontra-se totalmente engessada pela legislação que ampara a prática do ato. Contudo, nos atos administrativos discricionários, há certa margem de liberdade

³⁰⁷ Em sentido diametralmente oposto, Márcio Oliveira Rocha sustenta que a concretização dos direitos sociais, e nestes se inclui o direito à saúde, não tem o condão de flexibilizar a separação dos poderes, regra constitucional protegida pelo manto das cláusulas pétreas, já que o artigo 60, parágrafo 4º da Constituição da República estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição, tendente a abolir a separação dos poderes. Diante disso, a indagação formulada pelo autor é a seguinte: se o legislador constituinte derivado está impedido de abolir o princípio da separação de poderes, seria lícito aos tribunais, diante de uma postura mais ativista, proceder a esta conduta? Ao final, concluiu o autor que “ao efetuar a ‘releitura’ do conteúdo da regra constitucional em todos os casos relacionados ao direito à saúde indistintamente, o Judiciário promove uma verdadeira determinação tendente a abolir o texto constitucional – o que é defeso pelo ordenamento constitucional –, uma vez que em todos os casos observados nesta pesquisa o Órgão Jurisdicional superou o instituto para fornecer o tratamento médico ou qualquer procedimento relacionado à saúde dos litigantes nas ações cominatórias propostas” (ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 88).

³⁰⁸ HERMANY, op. cit., p. 1733.

³⁰⁹ Na definição de José dos Santos Carvalho Filho, o ato administrativo consiste na “exteriorização da vontade dos agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 95).

³¹⁰ Na visão de Hely Lopes Meirelles, agentes públicos “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo”. Constituem, portanto, o gênero que comporta cinco espécies: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 40ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 77).

do gestor público quando da análise de oportunidade e conveniência da prática de determinado ato, principalmente na análise do motivo e do objeto do ato administrativo. Nestes atos, a discricionariedade encontra-se adstrita a determinadas opções asseguradas pela legislação, não havendo que se falar em plena liberdade de escolha. Como bem observado por Fábio Corrêa Souza de Oliveira, “discricionariedade e vinculação podem ser tomadas como termos excludentes”³¹¹, já que, na explicação do autor, “para que se saiba o que é discricionariedade é preciso que se saiba o que é vinculação e vice-versa”³¹².

De acordo com as fases do ciclo político já descrito neste trabalho, na primeira delas há a percepção e a definição daquelas situações que, após o diagnóstico feito pela Administração Pública e a seu critério, foram eleitas para ser objeto de políticas públicas. Ora, nesta etapa há a verdadeira prática de um ato administrativo ao se declarar a vontade de se estabelecer uma determinada medida como meta prioritária da ação governamental segundo um juízo de valor exercido pelo gestor, balizado pela reserva do possível e que, a grosso modo, pode ser entendida como “o conjunto de elementos que tornam possível esta ou aquela ação governamental e, por via de consequência, o que se revela viável de ser executado pela Administração em certo momento e dentro de determinadas condições”³¹³.

Para a doutrina administrativista tradicional, não cabe ao Judiciário imiscuir-se nas decisões do Estado sobre a oportunidade e a conveniência de um determinado ato administrativo que elegeu uma determinada política como prioritária para o governo. Ou seja, não poderá haver controle judicial das políticas públicas.

Contudo, não perfilhamos deste entendimento. Como se sabe, os atos administrativos poderão ser agrupados em: a) normativos (com conteúdo geral e abstrato); b) ordinatórios (relacionados à organização e funcionamento da Administração Pública); c) negociais (conjugam a vontade do particular com a da Administração Pública); d) enunciativos (enunciam a existência de um determinada situação); ou e) punitivos (consustanciais sanções a serem aplicadas em face de inobservância das regras administrativas)³¹⁴. Como os atos administrativos de caráter normativo contêm normas ou comandos a serem obedecidos pela coletividade,

³¹¹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 354.

³¹² OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 354.

³¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 119-120.

³¹⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 129.

reconhecemos que são passíveis de controle jurisdicional, em razão de considerarmos que o constituinte, ao atribuir ao Judiciário o exercício do papel de controle de constitucionalidade difuso ou abstrato de leis ou atos normativos, abriu espaço para que este Poder também participasse do controle das políticas públicas neles eventualmente consubstanciadas³¹⁵.

O controle do ato administrativo, então, pode ocorrer internamente, por meio da fiscalização de órgãos existentes dentro da própria Administração Pública, ou externamente, quando o controle é feito por outro Poder ou por órgão distinto do ente fiscalizado³¹⁶. Logo, ao Judiciário cabe o controle externo dos atos praticados pela Administração Pública³¹⁷. A essa mesma conclusão também chegou Humberto Ávila:

... o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes. O princípio democrático só será realizado se o Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os direitos fundamentais, quanto mais restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição³¹⁸.

A inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo estatal, passível de ser reconhecida pelo Judiciário, pode se revestir tanto de uma ação estatal, quando o Poder Público atua ou edita normas em desacordo com o Texto Constitucional, quanto de uma omissão, que acontecerá

³¹⁵ Leciona Eduardo Appio que “as ações de controle concentrado da constitucionalidade das leis e as ações coletivas ambicionam controlar o ‘momento’ mais adequado para implantação das políticas públicas, bem como a forma de sua execução a partir dos princípios constitucionais. Uma visão substancial dos valores e objetivos constitucionais por parte dos juízes é perfeitamente compatível com a democracia, já que a própria Constituição lhes impõe um dever de proteção dos princípios e direitos fundamentais, através da avaliação das particularidades do caso concreto. Não existe qualquer afronta ao princípio da separação entre os Poderes, pois incumbe ao Poder Judiciário controlar a atividade dos demais no que tange às tarefas constitucionalmente definidas” (APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2012, p.53).

³¹⁶ DAL POZZO, Augusto Neves Dal. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 110.

³¹⁷ Compartilhando de igual entendimento, seguem as palavras de André Puccinelli Júnior e Allan Thiago Barbosa Arakaki: “Torna-se necessário empreender um juízo de ponderação para identificar as situações nas quais o direito à saúde deve prevalecer sobre considerações outras. Imperiosa mostra-se a mudança de parâmetros e, sobretudo, de mentalidade, por parte dos operadores jurídicos, de forma a se engendrar uma nova compreensão da teoria da separação dos poderes, ampliando-se as possibilidades de controle judicial da discricionariedade administrativa, de molde a assimilar também o controle sobre políticas e orçamentos públicos” (PUCCINELLI JÚNIOR, André., ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O federalismo cooperativo e a reserva o possível**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 167).

³¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 187-188.

sempre que o Estado não atuar no sentido que lhe determinou a Constituição, deixando de tornar efetivos ou exequíveis os preceitos lá estabelecidos. A inconstitucionalidade por omissão, então, poderá ser total, quando nada do que alude a Constituição for adotado, ou parcial, naquelas hipóteses em que a medida é insuficientemente adotada. Quanto à omissão estatal, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal que

a omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental³¹⁹.

Nesta senda, o próprio Supremo Tribunal Federal decidiu que:

“E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS

³¹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-DF. Relator Ministro Celso de Mello. Data da publicação 4 de maio de 2004.

CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES. 3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II). DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHES CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA “AD CAUSAM” NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO³²⁰. (grifamos).

Assim, com a promulgação da Carta Constitucional de 1.988 e sua gama de direitos fundamentais, o campo de discricionariedade do ato administrativo restou diminuído, em razão do dever estatal de efetivar os direitos fundamentais sociais positivados em seu texto, que passaram a ser dotados de força vinculante, como também reconhece Lara Freire Bezerra de Sant’anna:

Na medida que se esvai o campo do poder discricionário, deixa-se de lado a idéia de impossibilidade do controle de mérito do ato administrativo, pois não mais caberia ao administrador avaliar a oportunidade e conveniência dos direitos constitucionalizados, devendo efetivá-los de imediato³²¹.

Portanto, apesar da formulação e implementação de políticas públicas não consistir, tradicionalmente, em atribuições do Judiciário, nada impede sua excepcional atuação diante da inércia dos poderes políticos e quando este comportamento inconstitucional vier a comprometer a eficácia e integridade dos direitos fundamentais, mesmo que protegidos por normas programáticas. Nessa senda, em voto proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, com Agravo 727.864, o Ministro Celso de Mello escreveu que

³²⁰ Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 727.864. STF. 2ª Turma. Acesso em 24/01/2015.

³²¹ SANT’ANNA, Lara Freire Bezerra de. O panorama da judicialização das políticas públicas e seus reflexos na esfera democrática. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p.38.

Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positivação criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão do poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada por inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República³²².

Em face da recusa arbitrária do Poder Público em obedecer ao comando constitucional, a intervenção jurisdicional terá o condão de fazer prevalecer a opção feita pelo constituinte originário³²³. Este entendimento é extraído da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário de nº 684.612, na qual se discutirá acerca dos eventuais limites do Judiciário em exigir, do Executivo, o cumprimento de suas obrigações constitucionais e legais, notadamente as de realização de concursos públicos e contratação de profissionais de saúde, bem como execução de obras que garantam o direito à saúde.

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIFICAMENTE QUANTO À SUFICIÊNCIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção³²⁴.

As políticas públicas, como se sabe, são mecanismos tendentes a efetivar espontaneamente os direitos fundamentais previstos na Constituição, dando instrumentalidade ao ordenamento jurídico. Por isso,

³²² Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 727.864. 2ª Turma, publicado em 04/11/2014.

³²³ Nesse mesmo sentido, “A partir do momento em que se adota o ideal neoconstitucionalista, mudando-se o modo como a Constituição é vista e, em muitos casos, com a promulgação de novos documentos constitucionais, os quais passam a conter normas de alto teor axiológico e passam a tratar de assuntos dantes não abarcados como economia, relação de trabalho e família, além dos direitos sociais de natureza prestacional, o Poder Judiciário é alçado ao papel de aplicador fundamental. Isto porque na medida em que as normas constitucionais passam a constituir deveres ao legislador e ao administrador, e não mais simples programas, o seu não cumprimento enseja a provocação do Poder Judiciário, que passa a determinar o seu cumprimento forçado” (SANT’ANNA, Lara Freire Bezerra de. O panorama da judicialização das políticas públicas e seus reflexos na esfera democrática. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p.42).

³²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 684.612. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 06 de fevereiro de 2014.

o tratamento pelo Judiciário de políticas públicas não é algo a ser reputado anormal. Ao contrário, a intervenção judicial nessa área ocorre em razão da ligação, direta ou indireta, com políticas públicas ser característica marcante do próprio direito contemporâneo. As relações do cidadão com o Estado e mesmo aquelas estritamente privadas são todas fortemente pautadas por objetivos sociais subjacentes, influenciando a interpretação e aplicação do direito de maneira geral. Forçosamente, o Judiciário acaba, assim, sendo palco de disputas envolvendo políticas públicas presentes no ordenamento jurídico. Mais do que isso, o processo judicial acaba tornando-se espaço privilegiado para sua discussão, pois nele eclodem aqueles conflitos resultantes do mau funcionamento ou das disfuncionalidades dessas políticas³²⁵.

Por isso, a mera alegação de que a formulação e a implementação de políticas públicas inserem-se dentro do rol de discricionariedade por parte do ente estatal não pode ter o condão de, por si só, afastar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo praticado e que acaba por consolidar uma opção política³²⁶.

Absurdo é aceitar que, em um processo judicial, pelo simples fato de a parte alegar que a decisão (contestada) proferida é discricionária, o julgador se veja impedido de perscrutar o mérito *sub judice*, como se ele tivesse que acatar, de pronto, os discursos ou as argumentações daquele que tem a sua deliberação contraditada, apontada como arbitrária³²⁷.

Nesses casos, a discricionariedade transmuda-se em arbitrariedade, enfraquecendo a diretiva emanada da Lei Fundamental de nosso país. A este respeito, torna-se imperiosa a transcrição das palavras de Leonel Pires Ohlweiler:

... deve-se ressaltar não se constitucionalmente legítimo falar-se em uma ampla margem de liberdade dos agentes públicos para a implementação de políticas públicas. Como planejamento de um determinado horizonte de sentido de comunidade, diversas

³²⁵ SALLES, Carlos Alberto. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 177.

³²⁶ No magistério de Osvaldo Canela Júnior, a inserção de normas programáticas na Constituição Federal de 1.988, possibilitou que o Judiciário decidisse a respeito da compatibilidade dos atos comissivos e omissivos das demais formas de expressão do poder do Estado, sendo que, em muitas ocasiões, a análise judiciária se debruçasse na escolha feita pelo administrador e na finalidade do ato praticado. Em nosso país, segundo este autor, “uma das primeiras questões sensíveis enfrentadas pelos tribunais foi a admissibilidade do exame judicial do mérito dos atos administrativos. A doutrina e a jurisprudência mantiveram, por muitos anos, o entendimento de que o mérito do ato administrativo, pelo seu conteúdo eminentemente discricionário, não poderia ser apreciado pelo Poder Judiciário, sob pena de violação do princípio da separação de poderes. O postulado em questão, contudo, foi substancialmente mitigado pela teoria do desvio do poder e pela teoria dos motivos determinantes. Após a inserção do princípio da moralidade no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, ampliou-se ainda mais o campo da análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, em cotejo com o princípio da legalidade”. (CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80).

³²⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 363.

políticas públicas já estão indicadas no texto constitucional, cuja força vinculante exige uma maximização na atuação das autoridades administrativas”³²⁸.

O controle judicial das decisões adotadas pela Administração Pública, para Humberto Ávila, compreende dois níveis: um forte e um fraco. No primeiro caso, a mínima demonstração de que “o meio não promove a realização do fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação administrativa”³²⁹. No outro modelo, que é o adotado no Brasil, esta demonstração deve ser mais robusta, fundamentada, declarando-se a inviabilidade da opção legislativa nos casos em que for manifestada a incongruência entre o meio e o fim. “Somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador”³³⁰

No contexto estabelecido pela Carta de 1988, a margem de discricionariedade do administrador público foi reduzida, sob pena de se incidir em inconstitucionalidade por omissão. Nestas hipóteses, até mesmo a escassez de recursos públicos, para custear a implementação e desenvolvimento de direitos fundamentais sociais, deve ser questionada. É certo que a prestação dos direitos sociais guarda indiscutível vínculo com o aspecto financeiro, já que há inegável subordinação da atuação estatal à questão orçamentária.

Além disso, é claro que orçamento público traz sem seu bojo um conjunto de decisões, dentre as quais estão aquelas relativas às políticas públicas que serão implantadas. Na verdade, trata-se de uma lei em sentido formal, cujo projeto ficou a cargo do Executivo, mas a palavra final será do Legislativo que, antes de sua aprovação, poderá alterar as alocações financeiras inicialmente estabelecidas, majorando-as ou reduzindo-as, bem como inserindo novos programas de ação.

Além disso, o orçamento, no Brasil, é autorizativo. Isto significa que as previsões de gastos lá contidas podem não se concretizar, pois não são obrigatórias, conferindo, com isso, flexibilidade para o Executivo no que diz respeito à execução orçamentária. No entanto, é vedado ao Executivo modificar, a seu bel-prazer, as disposições lá contidas, realizando despesas

³²⁸ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito.. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 300.

³²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 181.

³³⁰ ÁVILA, loc. cit.

sem a correspondente previsão orçamentária³³¹. Portanto, pelo que foi dito até agora sobre orçamento, resta-nos uma conclusão parcial: a de que o Poder Público tem a faculdade de não gastar³³², de acordo com a lição de Eduardo Mendonça:

“Quando uma dotação é simplesmente ignorada, aquela fatia da arrecadação estimada fica necessariamente paralisada. Em outras palavras, quando a arrecadação se concretiza, mas o Poder Público não libera as verbas referentes a determinada dotação orçamentária e nem se produz um remanejamento, a consequência é deixar no limbo uma parcela da receita pública³³³.”

Pode-se argumentar que os recursos livres poderiam ser aplicados em outras áreas, mas o remanejamento de recursos de um segmento para outro depende de dotação e, caso essa inexistir, a transferência não poderá ser efetivada. De toda forma, é preciso ter em mente que “a execução orçamentária real é caracterizada por ampla discricionariedade do Poder Executivo na liberação das dotações inicialmente previstas”³³⁴. Isso significa que o remanejamento dos recursos fica concentrado nas mãos do Executivo. Contudo, não se mostra razoável ao Poder Público,

mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que o revele ilegítimo, arbitrário e censurável a ponto de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a

³³¹ MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 377.

³³² Com brilhantismo escreveu Eduardo Mendonça que “Ao contrário de um administrador privado, o Poder Público não pode ter como objetivo de sua atividade a acumulação de riqueza como fim em si mesmo. Superadas as concepções totalitárias, prevalece a idéia de que o Estado é uma realidade instrumental a serviço de certas finalidades, mais precisamente a realização do bem comum ou do interesse público, ainda que seja difícil precisar o sentido da expressão. No âmbito estatal, as receitas justificam-se pelas despesas que serão realizadas em função do interesse público. Isso é especialmente visível no que concerne às receitas derivadas, ou seja, receitas resultantes de apropriação de parcela da riqueza dos contribuintes, no exercício do poder de império. Todavia, o raciocínio exige que seja levada em conta também a riqueza obtida pelo Estado por conta da exploração de seu próprio patrimônio. Uma vez que a tributação interfere no direito fundamental de propriedade – o que é bem diferente de se dizer que o viola -, soa razoável que o Estado, em princípio, só arrecade coativamente o necessário. A medida da necessidade deve ser definida pela via democrática, respeitados os limites constitucionais” (MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 385)

³³³ MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 376.

³³⁴ MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 378.

preservação, em favor das pessoas e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência³³⁵.

Ademais, as questões orçamentárias e uso racional do dinheiro público são afeitas aos Poderes Legislativo e Executivo e, caso o Judiciário se atenha a esta análise, certamente estaria desviando-se de suas funções constitucionais³³⁶, sendo válida a seguinte ressalva:

Quanto ao impacto orçamentário das decisões judiciais que ordenarem a satisfação dos direitos fundamentais sociais, cumprirá aos agentes públicos, no exercício das atividades legislativas e administrativas, promover o necessário rearranjo contábil para a respectiva harmonização financeira. E tal se deve, pois a consequência do trânsito em julgado das sentenças será a vinculação irrestrita do orçamento à plena satisfação dos bens da vida amparados pela atividade jurisdicional, o que exigirá investimento do Estado³³⁷.

O orçamento público, como se sabe, foi criado para ser o instrumento de realização dos direitos fundamentais, a partir da vinculação de receitas ao cumprimento das finalidades públicas e objetivos do Estado, não tendo finalidade de constituir obstáculo para a sua efetivação. Logo, o Judiciário, ao proferir decisões que efetivamente tutelem os direitos fundamentais sociais, faz os ajustes necessários à conduta das demais formas de expressão do poder estatal para a materialização das finalidades estabelecidas constitucionalmente, pois “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas de estatura constitucional”³³⁸. Para tanto, a maleabilidade do orçamento público permite o remanejamento de outras fontes de despesas (como, por exemplo, os gastos com publicidade)

³³⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-DF. Relator Ministro Celso de Mello. Data da publicação 4 de maio de 2004.

³³⁶ Esta é a posição adotada por Fernando Facury Scaff: “Esta, a meu ver, a pior fórmula que existe, pois destrói a possibilidade de planejamento financeiro público, e solapa a capacidade organizacional de qualquer governo. A alocação de verbas passa a ser determinada de forma pontual pelo Poder Judiciário, através de decisões individualizadas ou grupais, e não de forma global, como só pode ser feito através de normas – leis, decretos, portarias e outros atos similares que compõem aquilo que se convencionou chamar de *política pública*, que não se esgota em um único ato normativo, mas se configura na disposição organizada e coordenada em um conjunto deles. Esse tipo de decisão pode ser usada em casos excepcionalíssimos, restritivíssimos, e não como ocorre atualmente. É ‘exceção rara’, e não ‘regra usual’” (SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 142.

³³⁷ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106.

³³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalizações políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 106.

para o setor de saúde, sem necessidade de se suspender as ações traçadas previamente durante a fase de planejamento da área.

Além disso, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar de nº 101/2.000) também possui uma válvula de escape no que diz respeito à indicação da fonte de custeio que suportará o gasto público decorrente de decisões judiciais garantidoras do direito à saúde. Apesar do artigo 24 dessa lei, que repete o comando constitucional insculpido no artigo 195, parágrafo 5º da Constituição, a qual exige a indicação da fonte de custeio quando da criação, majoração ou extensão de qualquer benefício da seguridade social, demonstra em seu parágrafo 1º que dispensa a compensação do aumento permanente da receita ou a redução permanente da despesa, quando houver concessão de benefício a quem satisfaça as condições de habilitação previstas na legislação correlata, expansão quantitativa do atendimento e dos serviços prestados ou quando houver reajustamento de valor de benefício ou serviço para preservação do valor real. Nos dois últimos casos, é de suma relevância observar que não há criação de novo benefício da seguridade social (previdência, assistência ou saúde), existindo, tão somente melhoria naqueles já implantados, fato que explica a ausência de necessidade de criação de formas de compensação entre receitas e despesas públicas. Nesse quesito, pertinentes são as palavras de Eduardo Appio:

Resulta claro, portanto, que a manutenção de um programa de proteção social, especificamente voltado à saúde, previdência e assistência social não está limitada pela indicação precisa da fonte dos recursos, na medida em que o legislador impõe a manutenção destes programas, independentemente de previsão específica na lei orçamentária anual para atender a estas despesas. Um programa de proteção social que tenha sido criado, por exemplo, com a finalidade de assegurar medicamentos especiais gratuitos a todos que deles necessitem não está jungido pelos limites impostos pela lei de responsabilidade fiscal, motivo pelo qual os recursos deverão ser disponibilizados diretamente do orçamento, mesmo que em prejuízo de outras rubricas já aprovadas. Cabe ao Poder Executivo encaminhar as alterações necessárias à Casa Legislativa de acordo com suas opções próprias. A vinculação da Administração Pública a este comando legal é automática e não permite o exercício de um poder incontestável porque não existe discricionariedade administrativa no caso específico³³⁹.

E mais: num terreno onde imperam os desperdícios de dinheiro público, a malversação e a corrupção que consomem altas cifras, é de se perguntar “se os recursos disponíveis são, realmente, assim tão escassos, sem esquecer que a escassez é, neste terreno, um juízo produto

³³⁹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2012, p. 176-177.

de um escalonamento de prioridades, daquilo que o Estado deve fazer frente”³⁴⁰. Com isso, conclui-se que o sistema público de saúde está permeado de práticas de gestão inadequadas, que desconsideram interesses sanitários em prol de fins eleitoreiros³⁴¹, o que o torna incapaz de assegurar um padrão digno de saúde para a população brasileira.

Aduzem, ainda, alguns autores que advogam a tese da reserva do possível, que as decisões judiciais, principalmente as proferidas em processos individuais, acabam por estabelecer uma verdadeira “luta entre cidadãos”³⁴², já que tais decisões judiciais acabam por privilegiar pessoas mais bem informadas em detrimento daquelas que optam por seguir a risca as diretrizes e protocolos estabelecidos pelo sistema³⁴³. Certamente, por este motivo é que Ricardo Lobo Torres advoga a tese de que a “pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos”³⁴⁴.

Neste ponto, Gustavo Amaral pondera que estas atitudes levam uma “certa dose de invisibilidade dos usuários que foram privados dos recursos indispensáveis ao atendimento de sua demanda, porque estes foram “desviados” para o cumprimento de comando judicial em benefício de outro”³⁴⁵. Em um ou em outro argumento, há algo que apresenta certeza: esta alegação estatal poderá ser usada como brecha pelo Poder Público para nada fazer acerca de efetivação de direitos fundamentais³⁴⁶.

Ricardo Perlingeiro aponta que uma possível resposta à fragmentação do Sistema Único de Saúde, que ocorre com comandos judiciais individuais que determinam a prestação de serviços ou produtos de saúde à uma determinada pessoa, consiste na decisão de questões desta

³⁴⁰ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 395.

³⁴¹ CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. **Reflexões temáticas sobre equidade e saúde: o caso do SUS**. Saúde e Sociedade. vol. 15, n. 2, p. 23-333, maio-ago 2006, p. 31.

³⁴² Expressão utilizada por ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 104.

³⁴³ No mesmo sentido, ver LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da ompessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 311-324.

³⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 74.

³⁴⁵ AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 136.

³⁴⁶ É preciso ter em mente que não somente os direitos fundamentais sociais geram custos ao Estado, mas os demais direitos também implicam despesas públicas.

natureza de forma idêntica a todos que se encontrem nesta situação e de uma única vez. Para elucidar seu ponto de vista, citado autor toma como exemplo as decisões judiciais que determinam a entrega de determinado medicamento ao demandante. Para ele, com o deferimento desta medida, além da efetiva entrega do material, o Poder Judiciário acaba por reconhecer como necessária a inclusão do fármaco na lista oficial de medicamentos do SUS, para que este seja ofertado a quem dele necessitar. Trata-se, pois, de uma consequência indireta da decisão judicial em prol da efetivação do princípio da isonomia. Adverte, contudo, o autor, que “o impacto socioeconômico e o interesse público dessa providência necessitariam ser, prévia e exaustivamente discutidos no processo judicial, não sendo possível ao magistrado, quando do julgamento, ignorar tais efeitos indiretos da sua decisão”³⁴⁷³⁴⁸.

Outro fator que não poderá passar despercebido refere-se ao ônus da prova de quem alega a seu favor o argumento da reserva do possível. As questões de fato, quando consideradas incertas, devem ser objeto de prova, impondo-se àquele que se aproveitará do reconhecimento do fato. Em tese, pela dicção do artigo 333 do atual Código de Processo Civil, ao autor incumbe demonstrar o fato constitutivo de seu direito, enquanto que o réu deverá comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Como se observa, a distribuição do ônus da prova tem por finalidade propiciar às partes a produção das provas que julgarem indispensáveis à formação da convicção do juiz, logrando êxito nas ações judiciais de que tem interesse em um pronunciamento favorável. A propósito:

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a idéia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justamente não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir

³⁴⁷ PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 456.

³⁴⁸ Apesar de reconhecer a necessidade das decisões judiciais procedentes e que se refiram à saúde produzirem consequências indiretas, Ricardo Perlingeiro destaca que tal solução carece de produção legislativa e que a nova norma deveria “considerar o fundamento da pretensão individual (por exemplo: a alteração da lista de medicamentos) uma questão prejudicial dependente de um processo autônomo de natureza coletiva e de iniciativa de órgãos públicos dotados de independência. Esse incidente seria de competência privativa de um único tribunal, legitimado constitucionalmente, e capaz de ensejar uma decisão com eficácia *erga omnes*, enquanto que a causa individual originária permaneceria suspensa por prazo razoável, sem prejuízo do deferimento de medidas de urgência. Isso porque subtrair do cidadão o direito de invocar uma prestação jurisdicional para satisfazer um direito subjetivo público qualquer ou, ainda, condicionar essa prestação jurisdicional à propositura de uma ação coletiva de iniciativa de terceiros, poderia significar ofensa aos princípios da tutela judicial efetiva e do Estado de Direito” (PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 457).

senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, as provas dos pressupostos da exceção)³⁴⁹.

Apesar da existência de repartição expressa do encargo probatório no Código de Processo Civil, durante a instrução processual, uma vez produzida a prova, pouco importará quem foi o responsável pela sua confecção, já que ela passará a fazer parte do processo nos termos do que estabelece o princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas³⁵⁰. Por isso, fala-se que o ônus da prova pode ser encarado sob dois prismas: um subjetivo, no qual a regra é destinada aos litigantes, e o objetivo, consistente na “regra de julgamento dirigida ao órgão jurisdicional em caso de insuficiência das provas produzidas – o último refúgio para o *non liquet*”³⁵¹.

Assim, o juiz deve estar atento à prova efetivamente produzida nos autos durante a instrução, não tendo de se ater a quem foi o responsável por sua produção, ao aspecto subjetivo. Logo, diante da ausência de provas, deve o juiz indagar a quem competia a produção de determinada prova para aplicar-lhe as consequências desfavoráveis decorrente da inobservância de seu encargo.

Com base nisso, tem-se que o argumento da reserva do possível “ao ser ingenuamente reproduzido como um dogma, isto é, como um ponto de partida inquestionável, desaparece o dever do Estado de provar que realmente não possui recursos financeiros para uma determinada política”³⁵², o que viola as regras processuais em vigor. A impossibilidade técnico-financeira comumente alegada pelo Poder Público nas questões que envolvem direitos fundamentais de cunho social, como o direito à saúde, deve ser objeto de prova, por se tratar de fatos extintivos do direito dos autores das demandas individuais ou coletivas³⁵³. A propósito, em pedido de

³⁴⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 375-376.

³⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6ª ed., Bahia: Editora Juspodivm, 2011, v. 2, p. 78.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 77.

³⁵² ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 104.

³⁵³ Nesse mesmo sentido, “O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a ‘reserva do possível’ (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, §1º, da CF, cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM,

suspensão de tutela antecipada ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, que versava sobre o fornecimento de medicamento denominado Myozyme, o Poder Público alegou que este fármaco era de alto custo e consumiria R\$ 920.000,00 (novecentos e vinte mil reais) por ano dos cofres públicos, o que acarretaria na multiplicação de demandas semelhantes e na ruína das finanças públicas. O voto do Ministro Relator Cezar Peluso foi o seguinte:

...alegação de grave dano aos interesses públicos tutelados não se presume. Deve ser provada pelo requerente, ante a natureza incidental deste tipo de processo, que não admite profunda dilação probatória. No caso, não há nenhum indício de sua existência, apenas meras alegações do Estado da Bahia. De fato, o pressuposto básico da suspensão é a **ocorrência concreta de grave lesão** à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. A lesão, portanto, há de ser de grande monta e não meramente hipotética ou potencial, não sendo suficiente para a suspensão da segurança o fato de o Poder Público ter interesse, de uma forma ou de outra, na causa. O que se quer é que a medida pela qual se procura impedir a execução do ato tenha uma dimensão maior, mais ampla.

Neste caso, não há prova de que se atingiu, na extensão exigida pelo dispositivo legal, a economia pública. É oportuno, aliás, advertir que, com o pedido de suspensão, a Fazenda Pública tem desde logo o ônus de provar, com base em todo acervo documental de que dispõe, a existência concreta da ‘grave lesão’³⁵⁴.

Ainda no aspecto processual, Maria Paula Dallari Bucci aponta que as prerrogativas asseguradas ao Poder Público acabam por conferir-lhe determinados privilégios em razão do interesse público predominante em suas declarações de vontade ou atuações, funcionando como “válvulas funcionais” ao sistema, pois, na maioria dos casos, a própria Administração Pública é a responsável pelo descumprimento da lei, o que caracteriza situação desleal e desigual para com os cidadãos³⁵⁵. Para ela, tal conduta encontra-se acobertada pelo manto da reduzida responsabilidade política dos nossos governantes, preocupados apenas com os atos praticados durante o seu mandato, relegando os problemas mais complexos e o pagamento de dívidas para quem vier a substituí-los, de forma que os “débitos e pendências que ficarem para ser saldados pelos seus sucessores não são vistos como um problema geral da sociedade, mas como questão contingente de cada administrador que se elege”³⁵⁶.

Com esta postura, não raras vezes o Estado esquivava-se de cumprir as leis que ele próprio editou, socorrendo-se da utilização de todos os meios processuais colocados ao seu dispor com

Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 32).

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 361 Bahia. Agravante: Estado da Bahia. Agravado: Francisco de Pinho dos Santos. Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, 23/06/2010. Acesso em 08/02/2015.

³⁵⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 135.

³⁵⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 135.

o objetivo de protelar o cumprimento de decisões judiciais proferidas com arrimo na legislação em vigor. A fase de satisfação de eventual crédito oriundo do trânsito em julgado das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública também é recheada de percalços, que protegem esse contumaz devedor. Diante disso, Maria Paula Dallari Bucci foi motivada a escrever que:

A Administração Pública deve ser a primeira cumpridora da lei e a situação de devedora inadimplente deveria ser a absoluta exceção, a ser tratada com o mesmo rigor destinado aos devedores privados, até porque a condição de devedora, sujeito passivo da relação processual, é mais grave como sintoma de desorganização administrativa no âmbito público que no privado. A outorga de privilégios processuais a Fazenda Pública devedora só se justificaria, a meu ver, se contrabalanceada por meios vinculados de responsabilização pessoal dos agentes públicos cujos atos ou omissões tivesse dado causa ao débito não honrado³⁵⁷.

Em relação à saúde, a conduta da Administração Pública não é diferente da narrada acima, pois o usuário do Sistema Único de Saúde, além de ter de percorrer uma verdadeira via sacra para obter acesso e atendimento públicos, em outras ocasiões, é compelido a movimentar a máquina judiciária com o fito de ver atendido seu pleito de promoção ou recuperação de seu estado de saúde, concluindo que essas ações constituem os únicos remédios realmente eficazes no enfrentamento desse dilema.

³⁵⁷ Ibid, p. 143.

5 CONCLUSÃO

Partindo-se de um breve relato acerca da afirmação histórica dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, procurou-se assentar suas bases nos valores axiológicos reconhecidos como supremos, a citar: a liberdade, a igualdade e a fraternidade, sob as quais também se apoiam a classificação em gerações ou dimensões de direitos, todas elas interdependentes umas das outras.

No âmbito do direito interno, foi dito que a Constituição previu, em seu texto, uma gama de direitos fundamentais, cobrindo-os com o manto da imutabilidade por serem considerados como cláusulas pétreas.

Apesar da enorme variedade desses direitos, a Carta Constitucional também estabeleceu a possibilidade de reconhecimento de novos, desde que sejam decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente adotados ou de tratados internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil.

De uma forma geral, os direitos fundamentais desdobram-se em direitos de defesa (principalmente em razão das investidas do Estado na vida e autonomia privadas) e direitos prestacionais, que demandam, por parte do Poder Público, a disponibilização de ações e serviços públicos destinados à concretização dos direitos fundamentais sociais, amplamente prescritos pelo Constituinte de 1.988 e dentro do qual se insere o direito à saúde.

Tendo em vista que o direito à saúde encontra-se umbilicalmente ligado ao direito à vida, analisou-se sua incorporação ao mínimo existencial, teoria que prega o dever do Estado na concretização de direitos materiais ou imateriais tidos como indispensáveis a uma vida com dignidade.

Após, a análise recaiu sobre os dispositivos constitucionais que preveem o direito à saúde e especificamente sobre o Sistema Único de Saúde (SUS) – como se deu a sua criação e implementação, suas leis orgânicas, suas fontes de custeio, seus princípios e suas diretrizes básicas.

Também foi visto que o modo espontâneo de cumprimento do comando constitucional, no que tange à efetivação dos direitos fundamentais sociais por parte do Poder Público, dá-se com a elaboração e aprovação de políticas públicas, cujo desenho inicial fica a cargo do Executivo, mas que conta com intensa participação do Legislativo. A princípio, o ciclo de formação das políticas públicas é composto por cinco fases: percepção e definição de

problemas, inserção na agenda política, formulação, implementação e avaliação, sendo que, ultimado esse procedimento, as políticas públicas poderão ser enquadradas como de Estado ou de governo, caso tenham duração a longo prazo ou por curto período de tempo.

A par disso, restou evidenciado que o planejamento de saúde, verdadeira política pública do segmento, adotará o mesmo rito, com a ressalva de que, no momento de sua formulação e implementação, há a efetiva participação dos Conselhos de Saúde e das Conferências de Saúde, órgãos que exercem o controle popular nos termos da lei nº 8.142/90. Como resultado nasce o plano de saúde indicativo para o setor privado e obrigatório para o público.

Em contrapartida, nos dias de hoje, as notícias acerca da efetivação do direito à saúde por parte do Sistema Único de Saúde são frequentes nas matérias televisivas e jornalísticas. Trata-se de assunto bem familiar a todos nós, que conhecemos ou sabemos de cidadãos que travam verdadeiros embates com o Poder Público para terem assegurado esse direito, estritamente ligado ao direito à vida, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal.

Não raras vezes, essa celeuma acaba por desaguar no Judiciário, que se vê, então, compelido a decidir questões que vão desde o fornecimento de medicamentos, aprovados ou não pelo órgão regulador, de custos variáveis, custeio de procedimentos modernos, realização de cirurgias para colocação de órteses e próteses, até transplantes e vários outros exemplos.

Quando isso acontece, muitas questões rodeiam essas ações judiciais.

A primeira delas guarda estreita relação com a teoria da separação de poderes, na qual a descentralização do poder ocorre a partir de sua tripartição em Executivo, Legislativo e Judiciário, e suas respectivas funções típicas. Em que pese a importância dessa separação, o advento do Estado de Bem-Estar Social trouxe a flexibilização dessas segmentações, uma vez que os poderes considerados políticos (Executivo e Legislativo), agigantaram-se frente às novas obrigações assumidas pelo Estado de colocar à disposição dos seus cidadãos serviços públicos de índole social.

Com isso, o Judiciário viu-se compelido à assunção de outros encargos, como os controles de constitucionalidade e as atividades executivas no sentido de dar concretude aos direitos fundamentais, a fim de que fosse mantido o equilíbrio entre esses poderes, mas essas novas atribuições não foram isentas de críticas e são, inclusive, apostas quando se trata do direito à saúde.

Assim, um dos principais argumentos contrários à concessão de tutelas jurisdicionais garantidoras desse direito é a de que não cabe ao Judiciário intervir no planejamento de saúde

feito pelo Executivo, com auxílio dos Conselhos de Saúde e das Conferências de Saúde. Porém, o aumento do número dessas demandas que desaguam no Judiciário demonstra que as políticas públicas do setor não espelharam os verdadeiros anseios da sociedade ou são ineficazes na implementação desses direitos fundamentais, o que requer a atuação do Judiciário em sua concretização.

O acesso à justiça é tido como o mais básico dos direitos fundamentais e, no caso da saúde, não são raras as ocorrências de postulação por intermédio de ações individuais. No geral, os gestores e agentes ligados ao setor público são contrários à concessão de tutela jurisdicional à esses pleitos ao argumento de que, na maioria das vezes, essas petições iniciais são subscritas por advogados particulares e que, por isso, os requerentes possuem condições financeiras aptas a suportar os gastos com sua saúde.

Todavia, não comungamos desse entendimento por razões óbvias, já que a Constituição garante que o acesso ao Sistema Único de Saúde é igualitário e universal. Como tal, não poderão haver discriminações em relação aos seus usuários. Todos devem ser por ele absorvidos, independentemente de classe social, desde que não haja nenhum tipo de predileções entre eles, a não ser os casos em que os quadros clínicos dos pacientes preveem prioridade de acesso, como os de urgência e emergência.

Além disso, a padronização do que seria ter ou não condições financeiras de suportar o tratamento de saúde é bem difícil, pois a pessoa pode ter renda superior à média da população e, ao mesmo tempo, ter gastos consideráveis com sua subsistência, ou o tratamento poderá ser tão dispendioso que alguém com muitas propriedades seja incapaz de custeá-lo.

Ainda, inexiste, no ordenamento jurídico, a imposição de que as ações que tenham por objeto a satisfação de direitos fundamentais sociais sejam coletivas ou movidas por entidades encarregadas da proteção de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

Um terceiro ponto objeto de exame versa sobre a morosidade da incorporação de novas tecnologias ou de alteração ou constituição de novos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas junto ao Sistema Único de Saúde (SUS), atualmente engendrada pela Comissão Nacional de Incorporação de Novas Tecnologias (CONITEC). A lei estabelece o prazo inicial de cento e oitenta dias para que a Comissão Nacional de Incorporação de Novas Tecnologias (CONITEC) manifeste-se sobre o assunto, mas esse prazo poderá ser dilatado, o que retardará, ainda mais, a adoção de tais medidas.

Outro argumento também trazido à baila foi o financeiro, no sentido de que a satisfação das demandas judiciais vem comprometendo o orçamento público e a implementação das políticas públicas constantes nos instrumentos competentes. Nesse aspecto, apesar de ser corrente a utilização dessa tese, não há efetiva demonstração de tal esvaziamento nos autos dos processos, deixando a Administração Pública de provar fato constitutivo de seu direito, nos termos da legislação processual. Logo, não poderá a reserva do possível ser utilizado como dogma apto a afastar o controle judicial.

Por tudo o que foi dito, ao adotar uma postura ativista, o Judiciário brasileiro demonstra preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais insculpidos no bojo da Constituição Federal em vigor e a necessidade de que as regras, assim como os princípios lá contidos deixem o plano teórico e passem a ser sentidos e efetivados na prática pelos seus destinatários.

6 REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 215-266.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. Judicialização, ativismo e efetivação dos direitos fundamentais. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (coord.). **Revista de Direito Brasileira**. Ano 2, vol. 2, jan-jun. 2012, p. 95 a 119.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 111-144.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 79-99.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 85-110.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2012.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da emenda constitucional 45/2004. **Revista dos tribunais**, ano 95, v. 846, 97-116, abr. 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalizações das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 101-132.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143 a 161.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 327-378.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otávio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 193-207.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1 a 49.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. Reflexões temáticas sobre equidade e saúde: o caso do SUS. **Saúde e Sociedade**. vol. 15, n. 2, p. 23-333, maio-ago 2006.

CANCIAN, Natália. Ação judicial para acesso ao SUS explode em cinco anos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 7 mar. 2015. Cotidiano, p. 1-3.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O controle judicial das omissões públicas como garantia de fruição dos direitos sociais pelos cidadãos. **Prismas: Direito, Política e Mundialização**, v. 3, n. 1, jan-jun, 2006, p. 01-14.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 65-119.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 247-266.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 463-484.

DAL POZZO, Augusto Neves Dal. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6ª ed., Bahia: Editora Juspodivm, 2011, v. 2.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à saúde e teoria da argumentação: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FABRI, Andréa Queiroz. **Planejamento econômico e mercado: aproximação possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FLEURY, Sonia. Direitos sociais e restrições financeiras: escolas trágicas sobre universalização. **Ciência & saúde coletiva**, v. 16, n. 1, p. 2686 a 2688, 2011.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as reuniões necessárias e os novos projetos de leis. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 367-374.

GAMA, Alessandra de Saldanha da; GOUVEIA, Luciana Fonseca de. **SUS: Sistema Único de Saúde Esquemático**. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2012.

GONZÁLES, Ludwig Guendel. Políticas públicas y derechos humanos. **Revista de Ciências Sociais**, ano/vol. III, número 097, São José, Costa Rica: Universidade de Costa Rica, p. 105-125.

GOUVEIA, Roberto; Palma, José João Lanceiro da. In: GOUVEIA, Roberto. **Saúde pública, suprema lei: a nova legislação para a conquista da saúde**. São Paulo: Mandacaru, 2000, p. 21-30.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. **A (in)eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, vol. 01, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 24ªed., São Paulo: Editora Atlas, 2015.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HERMANY, Ricardo. Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regularidade dos atos da administração. In: REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 6, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, P. 1731-1754.

LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. In: LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: desafios contemporâneos, tomo 3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 819 a 965.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 237- 253.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 155-173.

LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 311-324.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, p. 1017-1036, jul/ago, 2012.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao Debate da Judicialização da Saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, p. 73-91, jul/out, 2008.

MANCUSO, Rodolfo Machado. **Ação popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 5ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito à saúde no Brasil**: entre a norma e o fato. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão visível**: mercado e regulação. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

MARTINELLI, Mário Eduardo. **A deteriorização dos direitos de igualdade material no neoliberalismo**. Campinas: Millennium Editora, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 40ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MENDES, Eugenio Vilaça. **Os grandes dilemas do SUS**: tomo II, Salvador: Casa da Qualidade Editora, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 373-412.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Política nacional de plantas medicinais e fitoterápicos**. Brasília, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NERY JUNIOR, Néelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 375-388.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito Econômico**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito.. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 289-309.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

PAIM, Jairnilson Silva. Atenção à saúde no Brasil. In: **Saúde no Brasil: contribuições para a agenda de prioridades de pesquisa**. 2ª ed., Brasília, Ministério da Saúde, 2006.

PAIM, Jairnilson Silva. A Constituição cidadã e os 25 anos do Sistema Único de Saúde (SUS). **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, vol. 29, n. 10, p. 1927-1953, out. 2013.

PAIM, Jairnilson Silva. Equidade e reforma em sistemas de serviços de saúde: o caso do SUS. **Saúde e Sociedade**, vol. 15, n. 2, p. 34-46, maio-ago. 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed., Rio de Janeiro Renovar, 2008.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula (org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: 200, p. 163-175.

PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 451-462.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

PUCINELLI JÚNIOR, André; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O federalismo cooperativo e a reserva o possível**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RIBEIRO, Itália Lacerda Capanema; COBUCCI, Maria Auxiliadora; TSUBOUCÉ, Tadahiro. **Gestão do SUS municipal**: aspectos jurídicos. Belo Horizonte: ESPMG, 2008.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2ªed., São Paulo: Atlas, 2011.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde**: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SALLES, Carlos Alberto. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 177 a 191.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. O panorama da judicialização das políticas públicas e seus reflexos na esfera democrática. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p.35-64, jul/set 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. n.72, Outubro, 2005, p. 7-44.

SANTOS, Lenir. et. al. **Direito da saúde no Brasil**. Organizadora: Lenir Santos. Direito da saúde no Brasil. Campinas, SP: Saberes Editora, 2010.

SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS**: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros. 2. ed. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009.

SARAI, Leandro. Atividade econômica e serviço público: solidariedade nos ônus e privatização do ônus. In: FABRI, Andréa Queiro; NASCIMENTO, Carlos Eduardo do (Coord.). **Direito político e econômico**: perspectivas atuais. Leme, São Paulo: Lemos e Cruz Editora, 2013, p. 151-208.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 145-175.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 13-50.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 133-153.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos, tomo 08, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 2307 a 2333.

SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos, tomo 07, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 1988 a 2031.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. Políticas de saúde pública no Brasil: uma visão histórica. In: SCLIAR, Moacyr. **Saúde pública**: histórias, políticas e revolta, São Paulo: Scipione, 2002.

SCLIAR, Moacyr et al. **Saúde pública: histórias, políticas e revolta**. São Paulo: Scipione, 2002.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. 2ª ed., São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela Coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Ana Caroline Vasconcelos; CUNHA, Luísa Alves Rodrigues da Cunha. O direito fundamental à saúde e o Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde. In: Artur Francisco Mori Rodrigues Motta; Cristina Elena Bernardi Iaroszkeski; Luiz Eugenio Scarpino Jr.; Ticiani Garbellini Barbosa Lima. (Org.). **Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 1, p. 195-214.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. O direito fundamental à saúde: o acesso a medicamentos no SUS e a Ação Civil Pública como instrumento de proteção dessa garantia. **Revista Paradigma**. Vol. 18, P. 206-214, 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 5ªed., São Paulo: LTr, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 403-459.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. 2012, vol. 08, nº 01, p. 37-59, jan-jun 2012.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 283-300.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 63-78.

TREVISAN, Leonardo. Das pressões às ousadias: o confronto entre a descentralização tutelada e a gestão em rede no SUS. **Revista de Administração Pública**. 2007, vol. 41, nº 2, p. 237-254, mar-abril, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEGAS, Selma Maria da Fonseca; PENNA, Cláudia Maria de Mattos. O SUS é universal, mas vivemos de cotas. **Ciência e Saúde Coletiva**. 2013, vol. 18, nº 01, p. 181-190, jan, 2013.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 97-116, jul/set 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 349-371.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 187-192.