

MARÍLIA RIBEIRO DA COSTA PAES

O DIREITO SUBJETIVO À SAÚDE:

a tutela jurisdicional da política e as abordagens coletiva e abstrata.

Dissertação apresentada como requisito para a conclusão do curso de mestrado, no programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas.

Maceió
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

MARÍLIA RIBEIRO DA COSTA PAES

O DIREITO SUBJETIVO À SAÚDE:

a tutela jurisdicional da política e as abordagens coletiva e abstrata.

Maceió
2011

Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário: Roselito de Oliveira Santos

P126d Paes, Marília Ribeiro da Costa.

O direito subjetivo à saúde: a tutela jurisdicional da política e as abordagens coletiva e abstrata /Marília Ribeiro da Costa Paes. – Maceió, 2015.
118 f. : il.

Orientador: Andreas J. Krell.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2015.

Inclui bibliografia : f. 113-118.

1. Direito à saúde. 2. Judicialização. 3. Tutela coletiva e abstrata. I. Título.

CDU: 342:342.9



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

MARÍLIA RIBEIRO DA COSTA PAES


O DIREITO SUBJETIVO À SAÚDE: A TUTELA JURISDICIONAL DA POLÍTICA E AS
ABORDAGENS COLETIVA E ABSTRATA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Andreas Joachim Krell

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

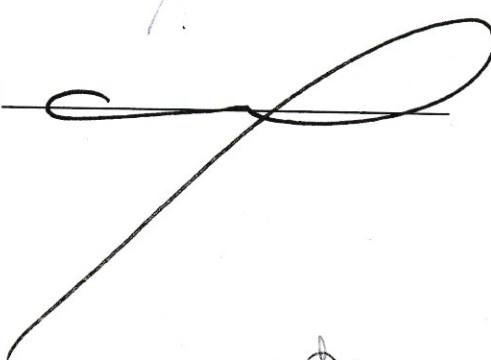
Prof. Dr. Olga Jubert Gouveia Krell (UFAL)

Julgamento: Aprovada 8,5 Assinatura: 

Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão (UFAL)

Julgamento: Aprovada 7,5 Assinatura: 

Prof. Dr. Enoque Feitosa (UFPB)

Julgamento: Aprovada com 8,5 Assinatura: 
Coibacao,


Adrualdo de Lima Catão
Coordenador
Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL)
C.A.D.E. 1549876

Maceió, 20 de junho de 2012.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
1. SURGIMENTO E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	5
1.1 Breve contextualização sobre o surgimento dos Direitos sociais	5
1.2 A positivação do direito à saúde no Brasil	6
1.3 A saúde como paradigma civilizatório da humanidade.....	8
1.4 os movimentos sociais e a proteção à saúde no Brasil	10
1.4.1 A Revolta da Vacina.....	11
1.4.2 A Criação do Departamento Nacional de Saúde	14
1.4.4 O surgimento da Previdência Social e do Ministério de Educação e Saúde .	14
1.4.5 A mobilização instituinte das décadas de 1970 e 1980	16
1.5 O Sistema Único de Saúde –SUS	22
1.5.1 O movimento sanitário e um novo (efetivo) Sistema de Saúde	23
1.6 A saúde como direito fundamental social.....	28
1.7 Normas programáticas e direitos sociais	31
1.8 Natureza jurídica das normas constitucionais referentes ao direito à saúde (arts. 6º, 196 e 197 da CF/88)	33
1.8.1 A “morte” das normas programáticas.....	36
2 EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE.....	38
2.1 Efetividade e eficácia.....	38
2.2 O princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.....	40
2.3 Eficácia do direito à saúde em sua dimensão negativa.....	42
2.4 Eficácia do direito à saúde em sua dimensão positiva	43
2.5 A efetividade e eficácia do direito à saúde e o mínimo existencial.....	45
2.6 O Princípio da Vedação do Retrocesso Social	47
2.6.1 A proibição do retrocesso como decorrência dos princípios da Segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana	47
2.6.2 A proibição do retrocesso na ordem jurídica brasileira.....	52
3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	57
3.1 Titularidade do direito à saúde	57
3.2 Políticas públicas	58
3.2.1 Aspectos gerais	58
3.2.2 Controle parlamentar	61
3.2.3 Controle do Judiciário	62
3.3 A separação dos Poderes e o controle judicial das políticas públicas	64
3.3.1 A visão clássica da tripartição dos poderes	64

3.3.2 A superação do dogma da tripartição dos poderes no Estado contemporâneo e os novos meios de produção da lei	67
3.4 O formalismo no Poder Judiciário (neoconstitucionalismo e a “criação” do direito pelos Tribunais na era do Estado Democrático e social de Direito).....	72
3.4.1 “Judicial Activism”	75
3.5 O direito à saúde em sua dimensão prestacional e os limites da reserva do possível e da competência do Legislativo em matéria orçamentária.....	79
3.6 Críticas à judicialização excessiva	85
3.6.1 judicialização excessiva.....	85
3.6.2 Medicamentos de alto custo pra tratamento de doenças raras:.....	86
3.6.3 Dos medicamentos sem registro na ANVISA	88
3.6.4 Algumas considerações quanto à tutela individual do direito à saúde	90
4 TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE.....	92
4.1 O Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata.....	92
4.2 Ação Civil Pública.....	95
4.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	97
4.5 Breves considerações acerca do controle social como forma de controle de decisão e execução de políticas públicas	99
4.6 Análise de caso concreto: o STF e o pedido de suspensão de liminar n.91 de Alagoas	101
CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

A saúde, na condição de direito fundamental positivado em nossa Constituição, ao tempo que subjetiva a sua titularidade a todas as pessoas, nos termos da letra constitucional, consolida a obrigação do Estado de zelar pela sua plena efetividade.

O Estado, desta feita, não pode, sob qualquer argumento, deixar de praticar as medidas que forem necessárias para assegurar a verificação do exercício desse direito que, por sua própria natureza, é indeclinável.

O cerne do problema se encontra na não-prestação dos serviços sociais básicos por parte do Estado, uma vez que as normas, inclusive constitucionais, existentes em relação a tais direitos são, na maioria das vezes, suficientes para a sua aplicação. Mas apesar dos poderes constituídos estarem obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, seja qual for o plano do governo ou a orientação política do grupo que a cada momento estiver no poder, a dificuldade está, justamente, em como tais direitos são (ou não são) implementados e executados, ocorrendo diversas falhas nas chamadas políticas públicas.

Embora simples de enunciar, a questão está longe de ser singela. Em uma realidade de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões envolvendo direito à saúde – formam, provavelmente, um dos temas mais complexos no debate acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais. Certamente, é confortável a afirmação crédula que os direitos à vida e à saúde são protegidos constitucionalmente e devem, portanto, ser assegurados pelo Poder Judiciário. A verdade, todavia, é que quando se o alcance dessa afirmação, problemas complexos surgem e não é possível fugir deles.

Ao Judiciário cabe intervir quando um direito fundamental estiver sendo descumprido, mas as prestações sanitárias compõem o que se convencionou chamar de políticas públicas, cuja elaboração e execução são funções típicas do Legislativo e do Executivo, que detêm a legitimidade democrática.

O estudo que se segue procura desenvolver uma reflexão teórica e prática acerca da judicialização das prestações de políticas públicas de saúde pelo Estado. Seu maior propósito é contribuir para a racionalização do problema, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial no

campo particular das políticas de saúde. Atualmente, nota-se um grande contingente de população necessitada e sem acesso a direitos essenciais, como o direito à saúde. Nesse passo, mister é perquirir sobre a possibilidade de o Poder Judiciário intervir em questões de políticas públicas, quando ocorrer sua ineficiência em relação ao direito à saúde.

Além disso, opiniões doutrinárias atribuírem à garantia fundamental à saúde natureza “meramente programática” e por isso de efetividade limitada à vontade política. O trabalho demonstrará que não mais se tem espaço no ordenamento jurídico brasileiro para tais afirmações. É que as normas referentes a direitos fundamentais devem ser aplicadas com a máxima efetividade possível, e na esfera constitucional não poderia ser diferente.

Também será abordada a questão da reserva do possível e sua contraposição à judicialização das políticas de saúde pelo Estado, seja no âmbito individual, seja no coletivo, com ênfase para a análise de casos concretos, sobretudo envolvendo o Estado de Alagoas. Demonstrar-se-á, ainda, que a maneira mais eficaz de aplicar a garantia fundamental em mote, ao contrário das decisões judiciais iterativas, é por meio de sua tutela coletiva.

RESUMO: Os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas prestações sociais, seja qual for o plano do governo ou a orientação política do grupo que a cada momento estiver no poder, a dificuldade está, justamente, em como os direitos sociais são (ou não são) implementados e executados, ocorrendo diversas falhas nas chamadas políticas públicas. A escassez do dinheiro público importa no sacrifício de determinados objetivos sociais em benefício de outros. Ocorre que, por vezes, as escolhas realizadas não satisfazem as necessidades da população, sendo em grande parte dos casos adotadas políticas insuficientes ou ineficazes. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sobretudo do direito à saúde, pode reclamar, não raro, a intervenção do Poder Judiciário para suprir as omissões dos órgãos de direção política, na implementação dos referidos direitos. O resente trabalho busca analisar até que ponto o Poder Judiciário pode intervir em políticas públicas de saúde, utilizando para tanto pesquisa empírica, por meio da pesquisa bibliográfica, bem como de pesquisa de campo realizada para determinar no Estado de Alagoas como se dá tal intervenção. É certo que os recursos públicos não são inesgotáveis e que há um limite para seu gasto, mas acima disso, não se pode olvidar que a finalidade do Estado ao obter recursos é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição, antes de gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública. Dessa maneira, ainda que se considere a doutrina da reserva do possível, esta deve conviver associada ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, o mínimo existencial, que só depois de atingido é que abre a possibilidade de se discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde, Mínimo existencial, Separação dos poderes.

1. SURGIMENTO E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

1.1 Breve contextualização sobre o surgimento dos Direitos sociais

As doutrinas iluminista e Jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII levaram o Estado a ter como escopo a realização da liberdade do indivíduo¹, surge o Estado Liberal. Tal regime, no entanto, pouco a pouco passou a se mostrar insuficiente ante o agravamento das desigualdades sociais². “As suas premissas traziam o germe da própria destruição.”³.

A liberdade econômica gerou uma classe proletária insatisfeita com os desníveis sociais, dada a ausência de regulamentação estatal. O Estado Liberal era insensível “[...] à questão social e as liberdades clássicas se tornaram conquistas meramente formais”⁴. “As imperfeições do liberalismo, no entanto, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado”⁵.

Sendo assim, não havia como falar em liberdades e abstenção do Estado, se este não criasse condições adequadas para a satisfação das necessidades vitais do indivíduo (saúde, moradia, educação e até mesmo lazer). Cabia ao Estado, antes, uma série de prestações materiais ao indivíduo, para, depois, proporcionar o gozo das liberdades clássicas.

Surge o Estado Dualista, visando o bem-estar e o desenvolvimento econômico. O modelo passa a ser intervencionista, atuando seja na produção de bens, seja regulando o consumo, seja fomentando ou fiscalizando as atividades econômicas privadas⁶. “A intervenção do Estado, no entanto, visou à própria manutenção do capitalismo, que se assim não fosse, ruiria nas próprias bases”⁷. O Estado Liberal passa a Estado Social.

¹ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 38.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 50, *passim*.

³ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 39.

⁴ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 39.

⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15

⁶ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 41.

⁷ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 41.

É nesse contexto que surgem os direitos sociais, chamados, por isso, de direitos fundamentais de segunda dimensão, imprescindíveis para o exercício dos direitos fundamentais de primeira dimensão, somando-se a eles.

1.2 A positivação do direito à saúde no Brasil

A saúde, já que corolário da vida, sempre foi “objeto de preocupação pública e de normatização”⁸ e hoje faz parte dos direitos humanos. No entanto, nem sempre foi assim considerada ao longo da História. Tal direito sequer constava da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.⁹

Foi principalmente após a Segunda Guerra Mundial que se passou a dedicar maiores atenções para a:

[...] produção de normas jurídicas de proteção do direito à saúde. As atrocidades cometidas pelos nazistas e fascistas deixaram explícita a necessidade de haver normas internacionais mais eficazes para a proteção da dignidade humana e dos direitos humanos.¹⁰

O movimento internacional de proteção dos direitos humanos¹¹ preocupou-se bastante em proteger o direito à saúde, influenciando os Estados a prescreverem normas jurídicas de proteção da saúde coletiva e individual. Pode-se dizer que as normas internacionais de proteção dos direitos humanos, sobretudo relativas ao direito à saúde, “[...] tiveram grande influência na produção do Direito e foram determinantes para o crescimento do Direito Sanitário no Brasil”¹².

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe grande destaque ao direito à saúde, quando o trata, em seus artigos 6º e 196, como direito social

⁸ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. In: In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.). **O Direito achado na rua : Introdução crítica ao direito à saúde.** / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.](org) – vol. 4. Brasília: CEAD/ UnB, 2009.

⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo.** Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

¹⁰ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. In: In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.). **O Direito achado na rua : Introdução crítica ao direito à saúde.** / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.](org) – vol. 4. Brasília: CEAD

¹¹ Foi a partir de meados da década de 1940 que a comunidade internacional resolveu criar importantes organismos e mecanismos de proteção dos direitos humanos, dando existência, por exemplo, à Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e à Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1948.

¹² AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. In: In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.). **O Direito achado na rua : Introdução crítica ao direito à saúde.** / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.](org) – vol. 4. Brasília: CEAD

fundamental de todos, o qual deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Destarte, a saúde, na condição de direito fundamental positivado em nossa Constituição, ao tempo que subjetiva a sua titularidade a todas as pessoas, nos termos da letra constitucional, consolida a obrigação do Estado de zelar pela sua plena efetividade.

O direito à saúde, desta forma, apresenta duas acepções trazidas pelo texto constitucional: uma de natureza negativa, que consiste na obrigação do Estado de abster-se e de impedir que terceiros pratiquem atos prejudiciais à saúde; a outra acepção tem natureza positiva e refere-se ao dever do Estado de prestar medidas visando à prevenção das doenças e a tratamento delas.

As normas constitucionais que preveem a dimensão positiva do direito à saúde dependem da adoção de medidas para a concretização dos fins nelas indicados; essas medidas consistem nas chamadas políticas públicas. Apesar de fixarem programas para o Estado, são autênticas normas jurídicas, no sentido de que, mesmo sem qualquer ato concretizador, encontram-se aptas a desencadear efeitos jurídicos.

O Estado, desta forma, não pode, sob qualquer argumento, deixar de praticar as medidas que forem necessárias para assegurar a verificação do exercício desse direito que, por sua própria natureza, é indeclinável.

Ocorre, todavia, que nem sempre esse direito teve todo esse destaque, que só foi trazido pela Carta Magna de 1988. Antes da Constituição de 1988 já existiam algumas Leis Federais que expressamente tratavam de temas de interesse à saúde, como as Leis nº 5.991, de 1973; nº 6.259, de 1975; nº 6.360, de 1976; e nº 6.437, de 1977, porém essas Leis, ainda esparsas, organizavam um sistema de vigilância em saúde no Brasil, que só foi possível através da atuação de movimentos sociais organizados¹³.

De fato, desde que os movimentos sociais organizados em prol da saúde no Brasil conseguiram inserir no texto constitucional grande parte dos seus anseios, o Direito Sanitário ganhou um fôlego que, até então, não possuía no país. Começando pelo reconhecimento da saúde como um Direito, expresso no art. 6º da Constituição Federal, até a estruturação de um Sistema Único de

¹³AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. *In: O Direito achado na rua : Introdução crítica ao direito à saúde.* / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.] (org) – vol. 4. Brasília: CEAD/ UnB, 2009.

Saúde nacional, que organiza as ações do Estado para a promoção, proteção e recuperação da saúde.¹⁴

A atual Constituição traz dupla acepção ao direito à saúde. Sendo assim, além do dever negativo de não se atingir a saúde da população, ao Estado também cabe praticar as medidas necessárias para sua mais ampla fruição. Ou seja, trata-se de direito positivo que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, de cujo cumprimento depende a própria concretização do direito.

1.3 A saúde como paradigma civilizatório da humanidade

A Organização Mundial de Saúde define o direito à saúde como aquele que não se estrutura só com o reconhecimento da sobrevivência individual e coletiva, porém como direito ao bem-estar completo e complexo, implicando as condições de vida articuladas biológica, cultural, social, psicológica e ambientalmente¹⁵.

Sendo assim, a saúde deve ser considerada em sua complexidade. Tendo-a como um “[...] bem econômico não restrito ao mercado, como forma de vida em sociedade, e direito que se afirma enquanto política, com as dimensões de garantia de acesso universal, qualidade e hierarquização, conforme estabelece a Constituição da República de 1988”¹⁶, esse reconhecimento “[...] configura um paradigma civilizatório da humanidade”¹⁷.

Isso porque sua construção se deu num processo de embates de concepções e de pressões dos movimentos sociais “[...] por estabelecerem uma ruptura com as desigualdades e as iniquidades, das relações sociais, numa perspectiva emancipatória,

¹⁴AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. In: In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.). O Direito achado na rua : Introdução crítica ao direito à saúde. / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.](org) – vol. 4. Brasília: CEAD

¹⁵A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados [...]. Conceito de saúde proposto no preâmbulo da Constituição da OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo-USP**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 02 fev 2011.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.p. 18.

¹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.p. 18.

levando-se em conta, evidentemente, as diferentes culturas e formas de cuidado do ser humano”¹⁸.

O direito à saúde implica o reconhecimento de que todas as cidadãs e todos os cidadãos, sem exceção, têm as garantias universais da saúde. Os movimentos sociais dos anos pré-constituição, na área da saúde, visavam a um novo paradigma e a uma nova forma de considerar a questão da saúde da população, coletiva e individualmente, como direito e como questão de todos, sobre a qual os sujeitos implicados tomam decisões. A participação é essa nova articulação do poder com todos os envolvidos, na transformação dos atores passivos em sujeitos ativos, dos atores individuais em atores coletivos.¹⁹

Essa mudança de paradigma faz com que a saúde deixe de ser vista meramente como um negócio, e passa a ser trazida como uma garantia da vida, rompendo-se com o modelo flexneriano²⁰, que limitava a saúde ao “[...] diagnóstico das doenças, feito por especialistas designados por um saber academicamente reconhecido em lei”²¹.

Isso porque “o processo participativo exige uma mudança nas relações de poder, implicando uma dimensão que politiza tanto o diagnóstico como as ações de saúde, repolitizando, assim, criticamente as políticas”²².

Diante do exposto, difícil não entender o papel que tem o controle social²³ em matéria de saúde. É a publicização do Estado, que passa a se articular politicamente com a sociedade, emergindo os pilares da Cidadania²⁴ e da Subjetividade, já que os “[...] interesses divergentes são expressos, os embates aceitos e as propostas

¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.p. 18.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.p. 19.

²⁰ Proposto pelo relatório Flexner, nos Estados Unidos, no início do século XX.

²¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.p. 19.

²² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.p. 19.

²³“O controle social, sendo um dos processos sociais e processo social básico, não foge ao destino de todo fato social: contém e provoca sempre mudança em sentido largo e frequentemente, numa perspectiva histórica, mudança em sentido estrito, isto é, mudança social fundamental ou profunda”. SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito: uma visão substantiva**. Sergio 3ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

²⁴ Segundo Marshal, na linha de tradição liberal, a cidadania é o conteúdo da pertença igualitária a uma dada comunidade olítica e afere-s pelos direitos e deveres que o constituem e pelas instituições a que dá azo para ser social e politicamente eficaz. SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade**.9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

construídas para a efetivação dos direitos conquistados, visando ao alcance de novos direitos, que possam se tornar agendados e institucionalizados”²⁵.

Com efeito, a sociedade manifesta sua força, tornando o Estado efetivamente coisa pública, desprivatizando interesses e introduzindo “cenas de negociação explícitas”²⁶.

1.4 os movimentos sociais e a proteção à saúde no Brasil

No século XIX, emergiram no Brasil serviços de saúde, ainda que “[...] apresentando uma organização precária, baseada na *polícia médica*, onde as questões de saúde eram ainda de responsabilidade estritamente individual, cabendo ao indivíduo a atribuição de garantir sua saúde através do ‘bom comportamento’”²⁷. Cabia às políticas públicas de saúde meramente o controle das doenças epidêmicas, do espaço urbano e do padrão de higiene das classes populares.

Prevaleceu, durante as três primeiras décadas daquele século, o modelo de atenção exclusiva ao controle de endemias e medidas de imunização. Era o que se podia chamar de “ideologia campanhista”²⁸, “[...] contextualizada pelas extensas repercussões sociais das políticas de defesa da renda do setor exportador cafeeiro, e pela pressão financeira do Estado sobre a circulação monetária, objetivando o controle das contas públicas”²⁹.

Até o final daquele século, o Brasil não tinha uma forma de atuação sistemática sobre a saúde da população; apenas, e de forma eventual, atuava em situações de epidemias. A economia, na virada do século, era essencialmente agrícola

²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.p. 19.

²⁶SPOSATI, Aldaíza; LOBO, Elza. Controle Social e Políticas de Saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p.366-378, out./dez., 1992. *Apud* BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.p. 22.

²⁷ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

²⁸ A atuação era limitada ao controle repressivo das doenças contagiosas e os hospitais existentes eram de famílias abastardas, que quando muito proporcionavam tratamentos como gesto de caridade.

²⁹ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

e as divisas necessárias para o crescimento do país eram oriundas principalmente da exportação agrícola³⁰.

Destarte, o governo brasileiro focalizava sua atenção, estrategicamente, no que se chama “rotas de mercadorias”, ou seja, os corredores, portos e estradas, por onde eram transportadas as principais cargas para exportação e importação, principalmente os do Rio de Janeiro e Santos.

Era salutar para o Estado desenvolver a política migratória, objetivando integrar a mão de obra imigrante nas culturas existentes, criar condições para incrementar a política de imigração,³¹. Na época, diversos navios negavam-se a aportar no Rio de Janeiro, tendo em vista que centenas de imigrantes eram tomados por doenças como varíola e febre amarela. Em razão dessa situação, o então presidente Rodrigues Alves³² lançou o Programa de Saneamento do Rio de Janeiro e o Combate à Febre Amarela em São Paulo³³.

1.4.1 A Revolta da Vacina

As primeiras iniciativas do governo no campo da atenção à saúde ocorrem a partir de interesses meramente mercantis. “As regiões que não tinham alguma importância estratégica para a economia do país ficavam abandonadas à própria sorte em termos de práticas sanitárias”³⁴. Em razão disso, “[...] pode-se afirmar que até então o Brasil não possuía nenhuma política voltada para a atenção à saúde de seus habitantes”³⁵.

Ao analisarmos as políticas de saúde deste período percebemos que o modelo de atenção concentrava fortemente as decisões, em geral tecnocráticas e,

³⁰ FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

³¹ FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

³² "Meu programa de governo vai ser muito simples. Vou limitar-me quase exclusivamente ao saneamento e melhoramento do porto do Rio de Janeiro." Rodrigues Alves, pouco antes de tomar posse do cargo de Presidente da República. BRASIL, Ministério da Saúde- Centro cultural da Saúde. A revolta da vacina. **Revista da vacina**. Disponível em < <http://www.ccs.saude.gov.br/revolta/revolta.html>>. Acesso em 09 jan 2011.

³³ FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

³⁴ FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

³⁵ FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

também, adotava um estilo repressivo de intervenção, favorecendo o surgimento e a consolidação de uma estrutura administrativa centralista, tecnoburocrática e corporativista, dificultando a participação da população nas questões pertinentes à política de saúde.³⁶

Ao lado das medidas repressivas, as ações sanitárias recorreram a “meios dissuasórios, através de *Conselhos ao Povo*, publicados na imprensa e em folhetos avulsos, sobre os meios de evitar a doença. Ao mesmo tempo foi constituída a brigada contra os mosquitos transmissores de febre amarela, dentro de características paramilitares”³⁷.

A execução da campanha, assemelhando-se a uma operação de guerra, foi recebida com grande resistência pela população, camadas populares e setores da classe dominante. Esta resistência obteve amplo apoio na luta contra a vacinação obrigatória, servindo como desaguadouro natural das contradições acumuladas desde o início do poder republicano, foi o que ficou conhecido como “A Revolta da Vacina”³⁸.

Isto se deu na década de 1920, e foi a primeira medida em nível nacional, para a criação do sistema de saúde pública. A Diretoria Geral de Saúde Pública foi organizada pelo médico sanitário Oswaldo Cruz que tenta resolver o problema sanitário implementando, progressivamente, instituições públicas de higiene e saúde. Oswaldo Cruz adotou o modelo das “campanhas sanitárias” (inspirado no modelo americano, mas importado de Cuba) destinado a combater as epidemias urbanas e, mais tarde, as endemias rurais³⁹.

A violência empregada nas campanhas de saúde pública, encarcerando os doentes portadores de doenças contagiosas e obrigando, pela força, o emprego de práticas sanitárias, como dito, levou à “Revolta da vacina”⁴⁰, no Rio de Janeiro, quando a população revoltou-se com a obrigatoriedade da vacina contra a varíola⁴¹.

³⁶ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

³⁷ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

³⁸ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

³⁹ FONTINELE JÚNIOR, Klínger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

⁴⁰ Autoritariamente, foi instituída a lei de vacinação obrigatória. A população, humilhada pelo poder público autoritário e violento, não acreditava na eficácia da vacina. Os pais de família rejeitavam a exposição das partes do corpo a agentes sanitários do governo. A vacinação obrigatória foi o estopim para

Não apenas os parlamentares se opuseram à lei que permitia regulamentar a vacinação, como também setores da sociedade civil (grupo de positivistas e camadas populares) e grupos do aparato militar estatal, além da grande imprensa procuraram impedir que as diretrizes da polícia sanitária fossem concretizadas. Em pouco tempo, esta resistência aparentemente difusa se transformou em conspiração aberta contra o poder dominante.⁴²

É comum se verificar na literatura oficial que a revolta à iniciativa de controle sanitário foi estigmatizada como mera manifestação de ignorância popular e “[...] deslocada para o terreno da violência e do crime, omitindo-se assim, a análise das condições sociais, dos interesses e mesmo dos marcos de referência econômico, científico e técnico que possibilitariam tal política de saúde”⁴³.

No entanto, resta claro o que Costa bem explica:

A organização da saúde pública no Brasil foi uma resposta das classes dirigentes nacionais a inúmeras ameaças que tolhiam o desenvolvimento de novas relações econômicas no país. Essas ameaças determinariam concepções de organização sanitária que motivariam a resistência popular às ações de saúde pública. Essa resistência não foi, contudo, de natureza exclusivamente popular. O apoio que recebeu da imprensa, setores militares e correntes ideológicas, indicavam que setores dominantes marginalizados do poder procuraram sustentar a revolta popular para enfraquecer a crescente ascendência da burguesia agrária paulista no regime republicano.⁴⁴

O maior mérito do movimento popular foi, desta forma, expor a natureza essencialmente instrumental das iniciativas públicas no terreno da saúde. A classe operária preocupou-se em defender que as políticas públicas de saúde compreendessem também a necessária regulação do consumo da força de trabalho pelo capital industrial.

que o povo, já profundamente insatisfeito com o “bota-abaxio” e insuflado pela imprensa, se revoltasse. Durante uma semana, enfrentou as forças da polícia e do exército até ser reprimido com violência. O episódio transformou, no período de 10 a 16 de novembro de 1904, a recém reconstruída cidade do Rio de Janeiro numa praça de guerra, onde foram erguidas barricadas e ocorreram confrontos generalizados. BRASIL, Ministério da Saúde- Centro cultural da Saúde. A revolta da vacina. **Revista da vacina**. Disponível em < <http://www.ccs.saude.gov.br/revolta/revolta.html>>. Acesso em 09 jan 2011.

⁴¹ FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

⁴² LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. Physis - **Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁴³ COSTA, N. **Lutas Urbanas e Controle Sanitário: Origens das Políticas de Saúde no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1986

⁴⁴ COSTA, N. **Lutas Urbanas e Controle Sanitário: Origens das Políticas de Saúde no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1986.

1.4.2 A Criação do Departamento Nacional de Saúde

Embora as campanhas sanitárias dessem visibilidade à insensibilidade estatal diante das reivindicações de saúde da população trabalhadora o modelo sanitarista permaneceu privilegiado até a legislação da década de 20.

O primeiro ato concreto da atuação do governo Federal na saúde deu-se somente em 1923 com a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública. Foram então definidas as áreas de atuação do governo na saúde: o saneamento urbano e rural, a propaganda sanitária, a higiene infantil, industrial e profissional, as atividades de supervisão e fiscalização, a saúde dos portos e combate às endemias rurais.⁴⁵

A atuação do Estado, desta feita, abrangia apenas as chamadas ações de saúde pública, ou seja, ações para o coletivo. Ainda inexistiam práticas de assistência à saúde individual e a atenção médica e odontológica ainda era essencialmente liberal, financiada pelos próprios cidadãos que tinham condições financeiras, por pertencerem a famílias abastadas, de construir “gabinetes odontológicos” ou “consultórios médicos”⁴⁶.

Em suma, não existiam políticas públicas voltadas à concretização da saúde, restando aos particulares o ônus de financiar as atividades sanitárias, excluindo-se, portanto, aqueles que não tinham condições financeiras para tanto.

1.4.4 O surgimento da Previdência Social e do Ministério de Educação e Saúde

É em 1923 que é criado o primeiro embrião do que hoje conhecemos como previdência social: as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPS), que foram criadas com a Lei Elói Chaves. Essas caixas eram organizadas por empresas, sendo mantidas e geridas pelos patrões e empregados⁴⁷.

Também em relação às CAPS, o interesse mercantil foi privilegiado. Apenas as empresas estratégicas para a economia nacional é que conseguiram fundar

⁴⁵ FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

⁴⁶ FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

⁴⁷ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. In: In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.). *O Direito achado na rua : Introdução crítica ao direito à saúde.* / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.](org) – vol. 4. Brasília: CEAD

suas caixas. As primeiras, dado seu destaque no cenário nacional da época, foram as dos trabalhadores das companhias de via férrea e portuários⁴⁸.

As CAPs eram autenticamente uma espécie de seguro social, ou seja, só tinha direito aquele que pagava a contribuição estipulada, que garantiria certos benefícios como a aposentadoria e, principalmente a assistência médica. Como eram privados, ou seja, eram mantidos por empresas, ainda não se configuravam como iniciativas do Estado, muito embora, curiosamente, os presidentes dessas Caixas fossem nomeados pelo Presidente da República, havendo um claro interesse do governo na manutenção desse sistema.⁴⁹

Sendo assim, até 1930 os trabalhadores contavam com benefícios previdenciários oferecidos por algumas dessas grandes empresas e, para outros pelas CAPs. Assim, a maior parte dos trabalhadores era excluída de tais benefícios, tendo que recorrer aos serviços públicos de saúde ou ao atendimento dos profissionais liberais⁵⁰.

Com o crescimento das CAPs, em 1930 já existiam 47 delas, cobrindo mais de 140 mil associados, foram criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), nos quais o Estado já participava de forma mais clara. A contribuição passou a ser tripartite, entrando o Estado como contribuinte. Os IAPs passaram a se organizar por categorias e o primeiro a surgir foi o dos marítimos (IAPM) em 1933, seguido dos comerciários e dos bancários em 1934. Enquanto as CAPs privilegiavam a assistência médica como um dos principais benefícios, os IAPs, já com a participação do governo e, portanto, com uma política mais contencionista, privilegiavam a previdência social, mantendo a assistência médica num segundo plano. Daí, talvez, tenha se iniciado o processo de “enfraquecimento” do que seria, mais tarde, nosso atual sistema de saúde.⁵¹

De 1930 em diante, o Estado recebe fortes pressões por parte de intelectuais e militares para a criação de novos serviços na área de Saúde Pública, o que faz com que, em 1931, seja criado Ministério de Educação e Saúde. Foi então que a Saúde Pública definiu seu papel, e os burocratas e as classes que apoiavam a Revolução Constitucionalista obtiveram grandes privilégios políticos, típicos do Governo Vargas⁵².

Nesse toar, é em 1930 que ocorre a emergência de uma política nacional de saúde e instalam-se os aparelhos necessários à sua efetivação, ainda que

⁴⁸ FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

⁴⁹ FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

⁵⁰ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁵¹ FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

⁵² FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado**. Goiânia: AB editora, 2003.

tímidos e restritos. Isso porque, “[...] a amplitude de sua cobertura populacional era limitada, como também eram limitados os aspectos técnicos e financeiros de sua estrutura organizacional”⁵³.

A implantação dos programas e serviços de auxílio e de atenção médica foi impregnada de práticas clientelistas, mais uma vez típicas da Era Vargas, estendendo-se ao atrelamento dos sindicatos e dos Institutos ao Estado, por meio do controle da seleção, da eleição e formação dos seus dirigentes, bem como da participação e gestão nesses dois tipos de organização social. Esse controle se dava pela nascente organização e mobilização de importantes parcelas de trabalhadores, desde as décadas anteriores⁵⁴.

1.4.5 A mobilização instituinte das décadas de 1970 e 1980

Se as condições de vida da maior parte da população não pioraram, a consciência da dureza dessas condições foi-se tornando cada vez mais clara. Mas, em consequência da impossibilidade de soluções reais por parte das instituições, essa consciência originou um impasse nas políticas de saúde⁵⁵.

Uma saída histórica para esse impasse foi proposta pelo grande movimento social dos anos 60 no país, liderado e conduzido pelas elites progressistas que reivindicavam ‘reformas de base’ imediatas, entre as quais uma reforma sanitária consistente e conseqüente.⁵⁶

O início do Regime Militar, na década de 1970, permitiu que o governo federal implantasse suas reformas de cunho institucional as quais afetavam profundamente os modelos de saúde pública e medicina previdenciária originados no período anterior.

Estas mudanças estavam baseadas na generalização do modelo de cuidados individuais como padrão de saúde e orientavam um crescimento avassalador da produção quantitativa de atos médicos, com conseqüente construção (financiada pelo setor público) de grande número de hospitais, laboratórios e serviços privados e multiplicação do número de egressos das faculdades de

⁵³BRAGA, J. C. S. & PAULA, S. G. **Saúde e Previdência: Estudos de Política Social**. 2ª Edição. São Paulo: HUCITEC, 1986.

⁵⁴ BRAGA, J. C. S. & PAULA, S. G. **Saúde e Previdência: Estudos de Política Social**. 2ª Edição. São Paulo: HUCITEC, 1986.

⁵⁵ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁵⁶ COSTA, N. **Lutas Urbanas e Controle Sanitário: Origens das Políticas de Saúde no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1986.

medicina e odontologia. A saúde passou, então, a ser considerada um bem de consumo, principalmente um bem de consumo médico.⁵⁷

Os efeitos e consequências dessa política fizeram emergir uma grande insatisfação popular em relação à política de saúde da ditadura. Os quebra-quebras de ambulatórios e conflitos nas filas de espera dos serviços de saúde nos grandes centros urbanos demonstravam essa insatisfação desde o início dos anos 70⁵⁸.

Nessa década, “[...] muitos estudos e pesquisas foram realizados, no intuito de demonstrar que o modelo de desenvolvimento adotado no País era prejudicial à saúde das pessoas”⁵⁹. Da mesma forma o sistema de saúde que vinha se implantando era irracional, gastava mais recursos do que efetivamente recebia e não atendia adequadamente a população.

Como se vivia numa época de repressão política e forte censura à imprensa, estes estudos não circulavam com facilidade, apenas alguns técnicos e professores das Universidades tinham acesso a eles. Além disso, os líderes políticos que poderiam fazer algumas denúncias estavam cassados ou então viviam na clandestinidade.

Mais uma vez a forte pressão social começou a surtir efeitos e em meados da década de 70 começou a haver algum tipo de abertura política. O movimento social voltou a se organizar. Esses movimentos (associações de moradores de bairros e favelas, movimentos de mulheres, sindicatos, Igreja e correntes políticas de oposição ao regime) passaram a denunciar a situação caótica da política de saúde pública e dos serviços previdenciários de atenção médica, reivindicando das autoridades soluções para os problemas criados pelo modelo de saúde então vigente.

Foi também nesse período que emergiram movimentos de internos e residentes médicos, os quais, descontentes com o que “[...] qualificavam como um processo de massificação da consulta médica nas instituições públicas buscaram

⁵⁷ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁵⁸ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁵⁹ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

alianças e articulações com outros movimentos sociais, a fim de denunciar as más qualidades dos serviços médicos prestados à população”⁶⁰.

Os movimentos de contestação em saúde cresceram em número e intensidade, de tal modo que, entre o final da década de 70 e o início da de 80, sindicatos e partidos políticos também iniciaram uma fase de discussão e mobilização, centrada na questão da saúde⁶¹.

Nasceu, desta maneira, o Movimento Sanitário que, empregando os estudos e pesquisas da época,

“[...] começou a denunciar os efeitos do modelo econômico na saúde da população, em defesa da Reforma Sanitária, caracterizando-se como um processo político de conquistas sociais em busca da saúde da população e a construção de um novo Sistema Nacional de Saúde”⁶².

Percebe-se, então, que no contexto de transição à democracia, surgiu um processo de reformulação da política de saúde que culminou com a proposta da Reforma Sanitária. O processo se iniciou em meados dos anos 70 e teve como liderança intelectual e política o autodenominado Movimento Sanitário.

Tratava-se de um grupo restrito de intelectuais, médicos e lideranças políticas do setor da saúde, provenientes, na sua maioria, do Partido Comunista Brasileiro (PCB), que exerceu um papel de destaque na oposição ao regime militar⁶³.

Este grupo influenciou, fundamentalmente, o âmbito acadêmico e pode ser considerado como mentor do processo de reformulação do setor. O primeiro impulso da constituição do projeto de Reforma Sanitária foi a criação dos Departamentos de Medicina Preventiva nas Faculdades de Medicina, a partir de onde se difundiu o pensamento crítico da saúde⁶⁴.

⁶⁰ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. In: In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.). *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde.* / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.](org) – vol. 4. Brasília: CEAD

⁶¹ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁶² LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁶³ DELDUQUE, Maria Célia, *El all*. Título por título: a construção permanente do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino [et al.] (Org.) **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde.** vol. 4. Brasília: CEAD/ UnB, 2009.

⁶⁴ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume- Dumará, 1991.

De acordo com Gershman⁶⁵, junto a este percurso acadêmico houve também avanços progressivos na implementação de políticas de saúde alternativas às impostas pelo regime militar, fosse através de programas de extensão universitária, ou a partir das Secretarias Municipais de Saúde no interior de alguns Estados onde o Movimento tinha um certo controle político sobre as Prefeituras, ou, ainda, através da ocupação de cargos técnico-administrativos no Ministério da Previdência Social, à medida que a transição à democracia adquiria um perfil mais nítido.⁶⁶

Paralelo a este grupo, adquire importância o Movimento Popular de Saúde, que, embora iniciado na década de sessenta, conseguiu dar um salto significativo e ampliar-se, na década de oitenta, passando de simples reivindicações de cunho econômico para um processo de questionamento da qualidade do serviço, reivindicando não apenas a conquista de equipamentos, mas a própria gestão e organização da política de saúde⁶⁷.

O Movimento Popular de Saúde originou-se nos bairros pobres das periferias das grandes cidades e/ou nas favelas localizadas dentro dos grandes centros urbanos, principalmente nos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo. Compunha-se de médicos sanitaristas, estudantes, religiosos, militantes católicos, integrantes de partidos políticos clandestinos e das populações carentes⁶⁸.

Outro movimento que teve um papel político decisivo no setor saúde foi o Movimento Médico, caracterizado, nos anos 70 e na primeira metade da década de 80, por uma atuação relevante no setor saúde, no questionamento das políticas de saúde e na elaboração de uma proposta de reformulação do sistema que culminou com a "Reforma Sanitária".

Enquanto o Movimento Sanitário e o Movimento Médico privilegiavam a ação institucional, o Movimento Popular privilegiava a organização de redes movimentalistas locais. O Movimento Popular procurou manter uma atuação

⁶⁵ GERSCHMAN, S. **A democracia inconclusa**: um estudo da reforma sanitária brasileira. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

⁶⁶ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de 'Transição Democrática' - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁶⁷ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de 'Transição Democrática' - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁶⁸ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. In: In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.). *O Direito achado na rua : Introdução crítica ao direito à saúde.* / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.](org) – vol. 4. Brasília: CEAD

independente, ainda que seu início tenha coincidido, com a mobilização no interior das Universidades e nos aparelhos de Estado⁶⁹.

Porém, a mobilização em torno dos problemas sociais no início da década de 80 em meio às eleições diretas para os governos estaduais (1982) não só favorece o debate sobre as reformas do setor saúde em todo o país, como coloca o MOS em estreita interação com o Movimento de Reforma Sanitária, que lidera os impulsos de mudanças nas políticas de saúde envolvendo ainda funcionários públicos, professores universitários, sindicalistas e associações profissionais⁷⁰, ou seja, o movimento sanitário foi construindo e ampliando sua organicidade, estabelecendo contatos e alianças com os demais movimentos pela democratização do País⁷¹.

A década de 80 encontrou o sistema de saúde brasileiro sob forte contestação frente às suas características básicas. Surgiram daí propostas alternativas de um modelo de saúde que tivesse como pano de fundo a democratização, com participação popular; a universalização dos serviços de saúde; a relevância do sistema público; e a descentralização.

Naquela década, a crise da previdência se aprofundou e as possibilidades de solução achavam-se politicamente limitadas. Por outro lado, havia maior participação e organização dos trabalhadores em todos os níveis, inclusive na área da saúde.

Paralelamente à crise da previdência, intensificaram-se os movimentos de crítica ao modelo de saúde vigente. O próprio Ministério da Saúde convocou e organizou, em 1980, a VII Conferência Nacional de Saúde, tendo como tema os "Serviços Básicos de Saúde".

Mesmo sem participação popular, com um plenário restrito aos técnicos da área da saúde, principalmente aos da saúde pública, a discussão centrada nos programas de extensão de cobertura das ações básicas de saúde permitiu uma

⁶⁹ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de 'Transição Democrática' - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁷⁰ DOIMO, A. M. A vez e a voz do popular: Movimentos Sociais e participação política no Brasil pós-70. Rio de Janeiro: Relume-Dumará/ANPOCS, 1995.

⁷¹ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de 'Transição Democrática' - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

ampliação do debate sobre a descentralização, tanto assistencial quanto organizacional, do modelo de atenção à saúde.⁷²

Em 1981, foram os próprios setores governamentais tanto da área econômica como da Previdência Social, os responsáveis pela grande politização da questão da saúde, ao decretarem falência do sistema e intensificar o debate público, tanto na imprensa como no Congresso Nacional, sobre a necessidade premente de mudanças.⁷³

A partir de então, foi-se delineando um novo projeto de democratização do setor saúde, via várias mudanças que foram sendo propostas e também com a participação do CEBES- Centro Brasileiro de Estudos em Saúde e ABRASCO - Associação Brasileira Saúde Coletiva - e a criação do CONASEMS - Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde⁷⁴.

Em 1986, aí então com grande participação popular, na VIII Conferência Nacional de Saúde, foram discutidos amplamente os princípios da Reforma Sanitária, assim sintetizados: participação popular, equidade, descentralização, universalidade e integralidade das ações de saúde.

Com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987, o Movimento Sanitário se aliou com a frente parlamentar ligada à saúde, conseguindo assim a aprovação do texto constitucional, que afirma ser a "saúde um direito de todos e dever do Estado", que prevê a participação dos movimentos sociais na elaboração de políticas de saúde e no controle de sua execução e que descentraliza os serviços por meio da implantação do Sistema Único de Saúde.

⁷² BRASIL. Conferência Nacional de Saúde, VII. Anais. Brasília: MS, 1980.

⁷³ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de 'Transição Democrática' - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁷⁴ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de 'Transição Democrática' - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

1.5 O Sistema Único de Saúde –SUS

O Sistema Único de Saúde-SUS nasce de um processo de controle social na área de saúde, que, como visto, consistiu na mobilização de sujeitos envolvidos em uma diversidade de áreas de atuação que se reuniram com a finalidade da mudança da relação Estado-sociedade no Brasil⁷⁵.

Era um momento em que o Estado autoritário se vê num impasse entre manter um modelo - e se seria capaz de mantê-lo- ou partir para o novo. Contra essa forma autoritária de poder, insurge o movimento sanitário organizado, que traz consigo o ideal de participação, seja comunitária ou popular⁷⁶. E esse é seu elemento estratégico: a sociedade na gestão do sistema de saúde⁷⁷.

A participação social deixa de ser uma expressão meramente da “oposição”, no sentido de excluídos do sistema, e passa a ser mais abrangente, reconhecendo a diversidade e suas implicações para o relacionamento Estado-sociedade. Emerge o pilar da Cidadania, na medida em que expressa a estratégia de universalização dos direitos⁷⁸.

O movimento sanitário propõe a participação direta da sociedade, sendo institucionalizada dentro do próprio sistema, no interior do aparato social, para se legitimar (a si própria) e aos interesses de que é portadora, numa perspectiva jamais vista no país. Surge a possibilidade de diálogo entre Estado-sociedade, em que o Estado se torna passível de acolher as propostas da sociedade⁷⁹.

⁷⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.p. 35.

⁷⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.p. 35.

⁷⁷ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁷⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.p.41ss.

⁷⁹ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

1.5.1 O movimento sanitário e um novo (efetivo) Sistema de Saúde

A participação social mais uma vez se mostrou fundamental na consolidação do direito à saúde em 1986, na VIII Conferência Nacional de Saúde, quando foram discutidos amplamente os princípios da Reforma Sanitária, assim sintetizados: participação popular, equidade, descentralização, universalidade e integralidade das ações de saúde.⁸⁰

A partir da convocação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987, o Movimento Sanitário se aliou com a frente parlamentar ligada à saúde, conseguindo assim a aprovação do texto constitucional com seção exclusiva sobre a saúde e seus desdobramentos, bem como a sua construção no dia a dia através da participação social instituída⁸¹.

Na regulamentação desse dispositivo, a Lei Federal n.º 8.142 instituiu que o Sistema Único de Saúde - SUS,

Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará em cada uma das esferas de governo, sem prejuízo das funções do Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:
I - a Conferência de Saúde; e
II - o Conselho de Saúde.⁸²

Esta mesma Lei define que as Conferências reunir-se-ão a cada 04 (quatro) anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde nos níveis correspondentes e que o Conselho será de **caráter permanente e deliberativo**, composto por representantes do governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários, estes últimos representados, principalmente, pelos movimentos populares⁸³.

⁸⁰DELDUQUE, Maria Célia, *El all*. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino [*et al.*] (Org.) **O Direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito à saúde. vol. 4. Brasília: CEAD/ UnB, 2009. p. 109.

⁸¹ DELDUQUE, Maria Célia, *El all*. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino [*et al.*] (Org.) **O Direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito à saúde. vol. 4. Brasília: CEAD/ UnB, 2009. p. 109.

⁸² BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 31 dez. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 15 jul. 2011.

⁸³ Segundo José Geraldo de Sousa Júnior os movimentos populares compreendem o conjunto de formas de mobilização e organização das classes populares, ligadas direta ou indiretamente ao processo

O Conselho de Saúde, ainda segundo a referida Lei, atua na formulação de estratégias e no controle e execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, sendo a representação dos usuários, nos Conselhos de Saúde e nas Conferências, paritária ao conjunto dos demais segmentos⁸⁴.

No terreno das políticas públicas, a existência de órgãos colegiados setoriais vinculados ao Executivo não é fenômeno novo no Brasil nem, tampouco, exclusivo da área da saúde. Desde a criação das CAPs, havia a participação de setores da sociedade nos órgãos de gestão. Eram conselhos mistos onde trabalhadores, patrões e burocratas concentravam interesses⁸⁵. Não há na História do Brasil nada que se assemelhe aos Conselhos de Saúde da atualidade, seja pela representatividade social que expressam, seja pela gama de atribuições e poderes legais de que estão investidos, seja pela extensão em que estão implantados por todo o país, nas três esferas de governo⁸⁶.

De acordo com Doimo⁸⁷, o Movimento de Saúde no Brasil “[...] é o mais bem-sucedido movimento reivindicativo de ação direta, no que se refere à institucionalização de canais legais de controle e participação em políticas públicas”, entrando, assim, em uma nova fase: a fase propositiva e “[...] por aí tem de avançar, influenciando nas políticas públicas e desenvolvendo uma reflexão mais ampla rumo ao salto de qualidade”.

Verifica-se, desta feita, o papel fundamental da participação da sociedade, através dos movimentos sociais, na criação e desenvolvimento do sistema de saúde no Brasil.

produtivo. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. Sociologia jurídica: **Condições sociais e possibilidades teóricas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. P. 54.

⁸⁴ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁸⁵ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁸⁶ LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991.

⁸⁷ DOIMO, A. M. A vez e a voz do popular: Movimentos Sociais e participação política no Brasil pós-70. Rio de Janeiro: Relume-Dumará/ANPOCS, 1995.

1.5.2 O Sistema Único de Saúde – SUS

Durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1986/1987, diversos movimentos sociais defenderam uma “reforma sanitária”, tendo em vista a inadequação do sistema de saúde vigente na época, que não correspondia às necessidades sociais, na medida em que apresentava insuficiência no atendimento à população e falta de transparência nos gastos públicos. O resultado disso foi a criação do Sistema Único de Saúde, o SUS⁸⁸.

Esse resultado representou grande evolução nas políticas sociais instituídas pela nova Constituição. A regulamentação foi realizada por meio de normas infraconstitucionais, especialmente pela Lei 8.080/1990 e Lei 8.142/1990, de maneira que passou a existir um conjunto de medidas, serviços e unidades, movidos por um mesmo fim, entre Municípios, Estados e Governo Federal⁸⁹.

Ressalte-se que, além das referidas leis, o SUS vem sendo concretizado, também, por meio de outros instrumentos normativos, como é o caso das Normas Operacionais Básicas (NOBs), que têm seu conteúdo definido conjuntamente entre o Ministério da Saúde e os representantes do Conselho Nacional de Secretarias de Saúde e do Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde, apesar de só serem formalizadas por meio de portarias do Ministério da Saúde⁹⁰.

Esses instrumentos normativos são meios de fixação de estratégias e ações que proporcionam a operacionalização do Sistema, definindo prioridades, estratégias etc.

Para Figueiredo, esse sistema está baseado no princípio da universalidade (assim como integralidade, igualdade e participação da comunidade), devendo a assistência à saúde atender toda a população e, não obstante constituir um sistema público de saúde, compreender as redes pública e privada de saúde, esta última atuando

⁸⁸ PEREIRA, Carlos. A política pública como caixa de pandora: organização de interesse processo decisório e efeitos perversos na reforma sanitária brasileira_1985-1989_.SUDS. v. 39. n. 3. Rio de Janeiro.1996.

⁸⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96 e 97.

⁹⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97.

por meio de convênios ou contratação com o Poder Público, tendo o setor privado caráter complementar, dentro dos limites em que seja indispensável⁹¹.

O SUS inova a partir de sua atuação regionalizada, concretizando as diretrizes da Organização Mundial de Saúde -OMS, na medida em que a autonomia municipal facilita o suprimento das necessidades específicas de sua região.

Outra inovação nas políticas sanitárias introduzidas pelo SUS consiste na gestão democrática das questões de saúde, prevista pela Lei 8.142/90 ao impor normas sobre a participação popular na gestão do Sistema, especialmente com a criação de órgãos colegiados em cada esfera da federação.

Outra característica importante do Sistema Único de Saúde diz respeito à divisão em níveis complementares de forma crescente, dos níveis mais simples aos mais complexos, mediante a análise do caso concreto; é o que se chama tecnicamente de hierarquização⁹².

O SUS trouxe avanços para a concretização do direito à saúde ao passo que descentralizou a prestação dos serviços entre os entes federativos, proporcionando o atendimento mais específico dos anseios sociais e o controle de tais prestações. Além disso, o SUS proporcionou uma maior cobertura em relação aos serviços prestados, incluindo o atendimento básico familiar, grande facilitador da prevenção e cuidados básicos. Isso por si só já implementa parte significativa das bases trazidas pela Emenda Constitucional nº 29 de 2002⁹³.

Não obstante os avanços experimentados a partir do Sistema Único de Saúde, o Brasil é um país de extremos, onde a renda encontra-se com poucos, restando à maior parte da população a dependência das prestações governamentais. Por isso, o acesso restrito a alguns tratamentos e, sobretudo, medicamentos constitui grande deficiência do Sistema. Além disso, Canotilho acredita que “a positivação constitucional simultânea de direitos sociais atrelados a políticas sociais, como no direito à saúde, que acaba engessando o espaço de discricionariedade legislativa,

⁹¹FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97.

⁹²FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97.

⁹³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97.

dificultando a concretização prática dos direitos sociais” e, a longo prazo, até os inviabiliza⁹⁴.

Para o autor, a constitucionalização das políticas públicas, como as da saúde, enquanto busca a otimização de tais direitos, até mesmo pela restrição da liberdade legislativa, pode acabar desconsiderando a sua responsabilidade para com as outras normas, o que chama de responsividade⁹⁵.

Esse processo histórico em que foi coadjuvante a organização da sociedade, foi o pano de fundo para a evolução nas políticas sociais instituídas pela nova Constituição, de maneira que passou a existir um conjunto de medidas, serviços e unidades, movidos por um mesmo fim, entre Municípios, Estados e Governo Federal, o Sistema Único de Saúde⁹⁶.

Não obstante os avanços experimentados a partir do Sistema Único de Saúde, o Brasil é um país de extremos, onde a renda encontra-se com poucos, restando à maior parte da população a dependência às prestações governamentais. Por isso, o acesso restrito a alguns tratamentos e sobretudo medicamentos constitui grande deficiência do Sistema. Além disso, a positivação constitucional simultânea de direitos sociais atrelados a políticas sociais, como no direito à saúde, pode acabar engessando o espaço de discricionariedade legislativa, dificultando a concretização prática dos direitos sociais e, a longo prazo, até os inviabilizar.

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. "Metodologia fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, *passim*.

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. "Metodologia fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, *passim*.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97.

1.6 A saúde como direito fundamental social

Somente existe Estado Democrático de Direito onde há plena efetivação dos direitos sociais constitucionais, tendo todo o ordenamento infraconstitucional de se encontrar a serviço dessa diretriz. De outra sorte, onde não existe a preservação de tal obrigação restará a possibilidade, própria do contexto democrático, da participação através do poder de ação, assegurado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira⁹⁷.

O elemento distintivo de tais direitos é justamente a sua dimensão positiva, já que o Estado não mais age de forma a evitar sua intervenção no âmbito das liberdades individuais, mas sim de proporcionar tais liberdades⁹⁸. Caracterizam-se, portanto, por concederem aos indivíduos direito a prestações sociais por parte do Estado, resultando no que Ingo Sarlet chama de “liberdades materiais concretas”.

A Constituição Federal em seu art. 6º prevê que são direitos sociais a educação, **a saúde**, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância e a assistência aos desamparados. Sendo assim, a saúde recebeu tratamento constitucional de direito social, inserido na chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais, que marcou o surgimento do Estado Social de Direito, positivando os direitos sociais, econômicos e culturais como forma de suavizar as desigualdades econômico-sociais, buscando, por conseguinte, a justiça material⁹⁹.

Assim sendo, forçoso acreditar que um bem de tamanha importância para a vida, como é o direito à saúde, só havia recebido tratamento constitucional anterior, no Brasil, no sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 o direito à saúde recebeu tratamento de direito fundamental do homem¹⁰⁰.

⁹⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2002, p.09.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55 e 56.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n°. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 out. 2008.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.p. 45-46.

Segundo Sarlet¹⁰¹, a nossa Constituição vigente, em compasso com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só resguardou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria. A saúde apresenta dupla fundamentalidade, formal e material, “da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais”¹⁰². Para o autor, a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao Direito Constitucional positivo, desdobrando-se em três partes:

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas "cláusulas pétreas") da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.¹⁰³

Os artigos 196 e 197 demonstram bem a concepção de nossa Constituição, tendo em vista que definem a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Serviços e ações que são de relevância pública.

De acordo com José Afonso da Silva, o tratamento constitucional dado ao direito à saúde deve:

[...] informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica,

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 out. 2008.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 out. 2008.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 out. 2008.

independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.¹⁰⁴

Observa-se, dessa maneira, que o direito à saúde apresenta duas acepções: a primeira delas é de natureza negativa, que consiste na obrigação do Estado de abster-se e de impedir que terceiros pratiquem atos prejudiciais à saúde¹⁰⁵; a outra acepção tem natureza positiva, que é a tratada no presente estudo, e refere-se ao dever do Estado de prestar medidas visando à prevenção das doenças e ao tratamento delas. Ou seja, trata-se de direito positivo que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, de cujo cumprimento depende a própria concretização do direito.

106

Destarte, o Estado deve definir, realizar e implementar, conforme as circunstâncias, políticas públicas sociais. Ou seja, como explica Krell, “os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”¹⁰⁷. Nesse sentido, assevera Bobbio¹⁰⁸ que o reconhecimento dos direitos sociais levanta, além do problema da proliferação dos direitos do homem, o problema de requerer uma intervenção ativa do Estado para sua proteção, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, fazendo nascer uma nova forma de Estado, o Estado social. Explica o autor:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado- e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. Também “poder” - como, de resto, qualquer outro termo da linguagem política, a começar por “liberdade” - tem, conforme o contexto, uma conotação positiva e outra negativa. O exercício do poder pode ser considerado benéfico ou maléfico segundo os contextos históricos e segundo os diversos pontos de vista a partir dos quais esses contextos podem ser considerados. Não é verdade que o aumento da liberdade seja sempre um bem ou o aumento do poder seja sempre um mal.

Apesar da previsão constitucional, numerosos autores e, principalmente, juízes defendem não haver obrigação por parte do Estado de arcar diretamente com uma

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 129.

¹⁰⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 736.

¹⁰⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 736.

¹⁰⁷ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 86-87.

prestação a cada pessoa necessitada. Isso se dá em decorrência de os direitos sociais, em especial a saúde, dependerem de recursos materiais e humanos para sua eficácia, gerando questionamentos, até mesmo quanto à natureza de direitos fundamentais de tais bens jurídicos. Assim, essa negação de reconhecer as obrigações a serem cumpridas em relação aos direitos fundamentais sociais, no entendimento de Krell, constitui a negação da própria existência desses direitos.¹⁰⁹

1.7 Normas programáticas e direitos sociais

Diversos doutrinadores e, principalmente, juízes consideram as normas programáticas apenas como meio de abster os poderes públicos de praticarem determinados atos, ou mesmo como mero simbolismo político. Entretanto, tal visão resta ultrapassada, conforme será demonstrado.

Pontes de Miranda¹¹⁰ considerava que as “[...] regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos.” Para o autor, o Executivo, o Legislativo e o próprio Judiciário ficam sujeitos “a esses ditames que são como programas dados à sua função”.

Assim, pode-se considerar que tais normas são aquelas que o legislador não tutelou direta e imediatamente seus interesses, traçando princípios que devem ser cumpridos pelos órgãos públicos, visando à realização dos fins (sociais) do Estado. Isto é, elas fixam limites à atuação de determinados sujeitos, ditando comportamentos com a finalidade de regular os interesses públicos, buscando atribuir fins ao Estado.

Marcos Bernardes de Mello defende que “a visão ponteana do fenômeno jurídico, consiste na *obrigatoriedade* a diferença específica que faz das normas do direito (jurídicas) espécie distinta do gênero das normas de conduta humana”¹¹¹. Desta

¹⁰⁹ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 23.

¹¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco C.. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**. T. I. São Paulo: RT, 1970, p. 126-127.

¹¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**, 1ª parte. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

forma, seria um contrassenso imaginar um Direito que não fosse obrigatório e exigível, dada a sua nota essencial que é a obrigatoriedade¹¹².

As normas programáticas definem metas para o Poder Público, prescrevendo seus fins e tarefas. Forçoso, dessa forma, imaginar que tais normas seriam apenas recomendações ou preceitos morais, como se pensava no passado quando tinham caráter mais político do que normativo. Elas, ao contrário, constituem direitos imediatamente aplicáveis¹¹³.

Limitar, pois, tais normas constitucionais (assim com todas as normas constitucionais) a exprimirem o simples reflexo da realidade fática de sua vigência é negar seu próprio sentido normativo, uma vez que elas imprimem ordem e conformação à realidade política e social¹¹⁴. Entretanto, o direito não pode tutelar o impossível, normatizando além de seus limites. Justamente por isso é que essas normas dependem da adoção de medidas para a concretização dos fins nelas indicados, constituindo essas medidas nas chamadas políticas públicas. Não obstante fixarem programas para o Estado, “possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico”¹¹⁵.

Nesse contexto, “[...] é o equilíbrio desses dois extremos que conduz a um ordenamento jurídico eficaz”¹¹⁶. Só dessa maneira tais normas satisfazem as reivindicações do Estado Social de Direito, uma vez que conferem aos poderes públicos, em especial ao Legislativo, a realização dos programas nelas contidos¹¹⁷; de outra

¹¹² Importante ressaltar que, enquanto não há incidência sobre o suporte fático, “a obrigatoriedade da norma jurídica existe *in potentia*; torna-se efetiva em decorrência da infalibilidade da incidência, porque após incidir sua aplicação é obrigatória [...] enquanto não se realizam no mundo os fatos por ela previstos, a norma jurídica, mesmo co vigência, constitui mera proposição referente à hipóteses, não se podendo falar em geração de qualquer consequência jurídica. Está-se no plano lógico da normatividade, não no mundo do direito, que somente se compõe a partir dos fatos juridicizados. Op.cit. p 12-19;

¹¹³ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 20.

¹¹⁴ HESSE, Konrad. **A força Normativa na Constituição**. Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 15, *apud* KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 25.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 294.

¹¹⁶ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 25s.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 294.

maneira, se o texto constitucional não tivesse respaldo na realidade fática social, inalcançável seria sua obediência¹¹⁸.

Marcelo Neves defende que grande parte das normas constitucionais programáticas de caráter social serve apenas como meio de um Estado fazer parecer que responde normativamente aos anseios sociais, tendo em vista não possuírem o mínimo de condições para sua efetivação¹¹⁹.

Especialmente no Brasil, os juristas se deixaram levar pela ilusão da consagração normativa dos direitos substantivos, deixando de lado a previsão de meios para sua efetivação.

1.8 Natureza jurídica das normas constitucionais referentes ao direito à saúde (arts. 6º, 196 e 197 da CF/88)

O Brasil importou, especialmente através de Ruy Barbosa, da doutrina e jurisprudência constitucional norte-americana a classificação das normas constitucionais do ponto de vista de sua aplicabilidade em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*. Ou seja, normas autoaplicáveis (*self-executing*), assim chamadas, pois desde logo aplicáveis, revestidas de eficácia plena, enquanto as não autoaplicáveis (*not self-executing*) têm a aplicabilidade limitada, dependente de leis ordinárias.¹²⁰

Ocorre que, conforme defende José Afonso da Silva¹²¹, essa classificação das normas constitucionais como simplesmente autoaplicáveis ou não autoaplicáveis não satisfaz as necessidades práticas de aplicação das normas constitucionais, uma vez que defende a existência de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, o que não corresponde à própria essência da Constituição, que não existe para meramente proferir conselhos.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47.

¹¹⁹ NEVES, Marcelo. "Symbolische Konstitutionalisierung und faktische Entkonstitutionalisierung: Wechsel von bzw. Änderungen in Verfassungstexten und Fortbestand der realen Machtverhältnisse", *In: Verfassung und Recht in Übersee (RVÜ)*, 3. Quartal, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, S. 309-324 *apud* KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 27.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 73 a 75.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, p.76 e 77.

Além disso, as normas ditas autoaplicáveis não produzem, por si mesmas, todos os seus efeitos possíveis, cabendo sua ampliação por meio da legislação ordinária, em relação às ditas não autoaplicáveis estas têm eficácia, ainda que limitada e reduzida.

Pode-se dizer, desta feita, que não há norma constitucional destituída de aplicabilidade e eficácia, diferenciando-se tais normas a partir do grau de seus efeitos jurídicos, discriminando-as em três categorias¹²²:

- I- *Normas constitucionais de eficácia plena*: têm aplicabilidade direta, imediata e integral, e desde sua entrada em vigor produzem todos os efeitos almejados pelo legislador constituinte;
- II- *Normas constitucionais de eficácia contida*: são de aplicabilidade direta e imediata, porém não integral; incidem imediatamente e podem produzir todos os efeitos visados, no entanto prevêem meios ou conceitos que permitem manter seus efeitos limitados em certos eventos;
- III- *Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*: são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida; com a simples entrada em vigor, não produzem todos os seus efeitos inerentes, porque o legislador constituinte assim não estabeleceu, deixando essa tarefa para o legislador ordinário ou a outro órgão;

Dentre as normas constitucionais de eficácia limitada existem categorias distintas, conforme apregoa José Afonso da Silva¹²³:

- a) Normas programáticas, como a do art., 196 [...], que versam sobre matéria eminentemente *ético-social*, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural, etc.) e
- b) Normas de legislação [...], que não têm conteúdo *ético-social*, mas se inserem na parte organizativa da constituição.

Sendo assim, constituem o objeto do presente trabalho apenas as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada programáticas ou declaratórias de princípios programáticos, como é inserido na Constituição o direito à saúde.

Vale salientar que, além da classificação de José Afonso da Silva, diversas outras foram difundidas no Brasil, dentre as quais se cita a de Celso Antonio Bandeira de Mello e a de Luís Roberto Barroso.

Para Celso Antonio, a efetividade das normas constitucionais deve ser classificada quanto à fruição individual e coletiva dos direitos nela trazidos. Sendo assim, classifica as normas sobre justiça social em normas concessivas de poderes

¹²² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82 e 83.

¹²³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 84.

jurídicos, normas concessivas de direitos e normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida¹²⁴.

Já para Barroso as normas constitucionais podem ser classificadas de acordo com sua eficácia em:

- I- Normas constitucionais que têm por objeto organizar o exercício do poder político: **NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO**;
- II- Normas constitucionais que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos: **NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS**;
- III- Normas constitucionais que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado: **NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS**;

Apesar de situar os direitos sociais como normas constitucionais definidoras de direitos e não como programáticas, esta classificação não necessariamente exclui a de José Afonso da Silva, já que ambas as teses têm como objetivo reduzir a discricionariedade na aplicação das normas constitucionais, evitando comportamentos omissivos dos três Poderes, em face da imperatividade inerente às normas constitucionais e, especificamente, às normas que tratam dos direitos sociais.

Dessa forma, não obstante Barroso entender que as normas programáticas apenas forcem os entes públicos a se absterem de praticar atos contrários aos seus ditames, insere as normas que tratam dos direitos sociais dentre as definidoras de direitos, cujos efeitos são equivalentes aos das normas programáticas na classificação de José Afonso da Silva¹²⁵.

¹²⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social. Tese apresentadas na IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis 1982, *apud* BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92 e 93.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

1.8.1 A “morte” das normas programáticas

“A constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade.”¹²⁶. As regras por ela trazidas estabelecem juridicamente os instrumentos de governo, a garantia de direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas, mas “[...] no seu conjunto, as regras e princípios constitucionais valem como ‘lei’: o direito constitucional é direito positivo”¹²⁷.

Se é assim, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações humanas e assegurando expectativas de comportamento.

É seguindo essa linha de raciocínio que Canotilho¹²⁸ defende a “morte” das normas constitucionais programáticas. O autor defende a existência das chamadas “normas-fim”, “normas programa”, “normas tarefa”. No entanto, explica que o sentido atribuído a elas, de simples exortações morais ou programas ou apelos ao legislador, todos desprovidos de vinculação jurídica, não condiz com o valor jurídico constitucional de tais normas.

Isso porque qualquer norma deve ser considerada obrigatória perante quaisquer órgão do poder político. “Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que esse tipo de norma careça de positividade jurídica autónoma”, ou seja que sua normatividade seja “gerada pela *interpositivo* do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.”¹²⁹. Seria um contrassenso imaginar um Direito que não fosse obrigatório e exigível, dada a sua nota essencial que é a obrigatoriedade¹³⁰.

¹²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ed. Coimbra: livraria Almedina, 2002. p.1160.

¹²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ed. Coimbra: livraria Almedina, 2002. p.1160.

¹²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ed. Coimbra: livraria Almedina, 2002. p.1160.

¹²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ed. Coimbra: livraria Almedina, 2002. p.1161.

¹³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**, 1ª parte. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

O autor explica que a positividade jurídico constitucional das normas programáticas denota:

(1) Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes toma-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, de poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.¹³¹

Não há que se falar dessa maneira em normas constitucionais sem força normativa, meras declarações.

¹³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ed. Coimbra: livraria Almedina, 2002. p.1161

2 EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE

2.1 Efetividade e eficácia

Efetividade constitui a realização do direito, o desempenho prático da norma. A efetividade da norma, portanto, se dá quando o *dever ser* normativo se aproxima tanto quanto possível do *ser* da realidade social¹³².

Apesar de a efetividade da norma ter caráter mais sociológico que jurídico, importante é seu estudo jurídico, uma vez que o intérprete constitucional deve ter “compromisso com a efetividade da Constituição, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.”¹³³.

Isso porque as normas jurídicas, sejam elas destinadas a organizar o desempenho de alguma função estatal ou tenham a finalidade de disciplinar a conduta dos indivíduos, “revestem-se de uma característica que é própria ao Direito: a imperatividade”¹³⁴. “Não há caso, portanto, de ausência de imperatividade, senão que uma graduação de seu teor.”¹³⁵.

A eficácia dos atos jurídicos, por sua vez, consiste na sua capacidade, ou potencial, de produzir efeitos jurídicos, e, por consequência, de cumprir sua finalidade precípua, ou seja, para a qual foi gerado tal ato. Como anteriormente explicado, em se tratando de normas constitucionais, a capacidade de produzir seus efeitos varia em menor ou maior grau¹³⁶.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 374.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 374.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.76.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.83.

Destarte, a eficácia da norma diz respeito à aplicabilidade, executoriedade e exigibilidade da norma, dentro do ordenamento jurídico em que está inserida¹³⁷.

No Brasil, consideram-se solucionados todos os problemas quando são promulgadas leis, não se dando atenção a como elas podem funcionar e funcionam na prática, à sua eficácia e efetividade.

Muitas vezes, criam-se leis desnecessárias em virtude de grande clamor público para a solução de determinado problema, sem saber a população que a lei anteriormente vigente tinha eficácia suficiente para solucioná-lo, porém faltam políticas públicas capazes de colocar a norma em prática, faltando, portanto, efetividade¹³⁸ para aquela norma.

Sarmento bem afirma que o grande desafio do constitucionalismo brasileiro é idealizar “[...] mecanismos jurídicos e administrativos que promovam a crescente efetividade das liberdades públicas e dos direitos sociais”. E isso só é possível “[...] com a adoção de políticas públicas eficientes que melhorem a qualidade de vida da população, promovam a igualdade de oportunidades, combatam a corrupção e fortaleçam as instituições democráticas.”¹³⁹.

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 56.

¹³⁸ Segundo Marcos Bernardes de Mello, a expressão “efetividade do direito” corresponde à expressão “eficácia do direito” que significa a “efetiva realização da norma jurídica no meio social a que se destina, referindo-se à circunstância de se tornarem realidades aquelas conseqüências por ela imputadas, hipoteticamente ao fato jurídico”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**, 1ª parte. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.2.

¹³⁹ SARMENTO, George. **Pontes De Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.georgesarmento.com.br/?page_id=36> . Acesso em 16 de ago. de 2011. p. 35.

2.2 O princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais

Embora o direito à saúde tenha recebido previsão constitucional através de normas de natureza programática¹⁴⁰, a própria Constituição inseriu, como dito, tal direito no rol dos direitos fundamentais, os quais se caracterizam como imposições constitucionais. A nossa Constituição Federal de 1988 previu, assim, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

As normas definidoras e garantidoras de direitos fundamentais receberam normatividade reforçada por parte da Carta Magna, não mais dependendo, tais normas, de sua “concretização por parte do legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos.”¹⁴¹.

Infundadas, por conseguinte, as teses que defendem serem as normas de direitos fundamentais sociais meros enunciados sem força normativa, vinculadas à discricionariedade dos agentes públicos, na medida em que criam e colocam em prática, ou não, políticas públicas. Implica, pois, o princípio da máxima aplicação dos direitos fundamentais em extrair diretamente, sem interposição legislativa, das normas definidoras de direitos fundamentais os efeitos jurídicos que lhes são próprios, devendo ser efetivados sob o risco de acabarem na “esfera de disponibilidade dos órgãos estatais”¹⁴².

Sendo assim, as normas definidoras de direitos fundamentais assumem características de plena eficácia, como a de, por exemplo, acarretar a revogação de atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo, e, por via de consequência, a

¹⁴⁰ Vide tópico 1.6.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2008.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2008, p. 9.

“desaplicação” da norma anterior, independentemente de declaração de inconstitucionalidade¹⁴³.

Ainda em decorrência de serem normas definidoras de direitos fundamentais, contêm determinações que atrelam o legislador, no sentido de que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, mas também, ao fazer isso, a não se afastar dos parâmetros por elas estabelecidos. Além disso, impõe-se a “declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais”¹⁴⁴.

Em decorrência disso, verifica-se, ainda, que as normas constitucionais consagradoras do direito à saúde, assim como todos os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático, constituem parâmetro para a aplicação das demais normas constitucionais, além de sua interpretação e integração. Isso porque contêm princípios e metas que condicionam a atividade do Estado. Resulta disso a vinculação das atividades dos Poderes Públicos, incluindo o Judiciário, à concretização dessas normas.

O princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais, desta feita, impõe aos órgãos estatais o dever de criar, por todos os meios necessários, condições materiais para sua aplicação. Verifica-se, dessa maneira, que os direitos fundamentais a prestações, sobretudo o direito à saúde, geram o direito subjetivo individual à sua prestação, além do direito negativo por parte do Estado. Isto é, no Brasil, o direito à saúde assumiu uma dupla funcionalidade no que diz respeito a ser direito de defesa (negativo), no sentido de impedir ingerências por parte do Estado e de terceiros na saúde do titular de tal direito, bem como a de ser direito prestacional (positivo), impondo ao estado a realização de políticas públicas, prestações para a efetivação do direito a saúde. Tal dualidade de efeitos importa reflexos importantes nos planos da eficácia e efetividade desse direito¹⁴⁵.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 296.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 298.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2008.

2.3 Eficácia do direito à saúde em sua dimensão negativa

O direito à saúde em sua dimensão negativa é parte integrante dos chamados direitos de defesa, em que o Estado não assume uma prestação concreta, mas protege tal direito, evitando qualquer agressão de terceiros¹⁴⁶.

Desta forma, o Estado assume o mesmo papel dos particulares em geral, tendo apenas o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de se abster de cometer qualquer ato que possa prejudicar a saúde, sendo qualquer ação emanada em sentido contrário, inconstitucional.¹⁴⁷ Por via de consequência, tal ato “poderá ser objeto de uma demanda judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade”¹⁴⁸.

Sendo assim, tem-se a dimensão negativa do direito à saúde como o conjunto de estratégias pelas quais se impede que o cidadão tenha sua saúde atingida¹⁴⁹.

Dentro do contexto da dimensão defensiva do direito à saúde, pode-se considerar o princípio da proibição de retrocesso. Tal princípio, apesar de não estar, ainda, suficientemente difundido entre nós, “tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional”¹⁵⁰.

O princípio da vedação do retrocesso, apesar de não ter como escopo retirar do legislador sua margem de discricionariedade na criação de leis, impede-o de desconstituir o grau de concretização que havia dado anteriormente às normas constitucionais, particularmente àquelas que dependem, em maior ou menor grau,

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2008.

¹⁴⁷ Sarlet cita como forma capaz, por si só, de efetivar o direito à saúde a anulação, por inconstitucionalidade de uma lei, por exemplo, que tivesse como objetivo impedir a determinados cidadãos o acesso ao SUS.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2008.

¹⁴⁹ MACHADO, Guilherme Pinho. A tríplice função estatal em matéria de saúde. **Revista CEJ**, V. 11, n. 38 jul./set. 2007.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2008.

dessas normas infraconstitucionais para serem aplicadas pelo Estado e pelo particular, ou seja, para alcançarem sua máxima eficácia e efetividade¹⁵¹.

Verifica-se, desta feita, que o pretendido é que o legislador venha a revogar normas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, as quais garantam a concretização do direito à saúde consagrado em nossa Carta Magna. Ou seja, não se fala necessariamente em garantir a inalterabilidade das normas constitucionais referentes ao direito à saúde, mas de todas as normas garantidoras deste. Mesmo porque as normas garantidoras de direitos fundamentais sociais são enquadradas em nosso ordenamento jurídico como “cláusulas pétreas”.

Destarte, nem mesmo emendas constitucionais poderiam abolir ou restringir, de qualquer maneira, o direito à saúde, sendo passível dessa maneira também a emenda ao controle de constitucionalidade. Sarlet vai além e defende, corretamente, que as normas fundamentais sobre a saúde se enquadram dentro dos chamados limites materiais implícitos à reforma da Constituição¹⁵².

2.4 Eficácia do direito à saúde em sua dimensão positiva

Como dito em linhas pretéritas, é com a consolidação do Estado Democrático Social que os direitos fundamentais assumem, ao lado de uma dimensão subjetiva, uma dimensão objetiva. Antes, os direitos fundamentais “eram posições do indivíduo perante e contra o Estado”, o que salvaguardava uma autonomia liberal da própria sociedade em face do Estado. Agora, tais direitos fundamentais, sobretudo os sociais, passam a depender dessa forma de governo, estando intimamente ligados a ela.

153

O Estado, desta feita, passa a ser cada vez mais solicitado para intervir na sociedade¹⁵⁴. A administração passa a ser responsável por um bem-estar, exigindo-se

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2008.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2008.

¹⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais**: na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 47-48.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 49.

dela um planejamento econômico e social, formando um sistema completo de prestações à sociedade¹⁵⁵.

Surgem, assim, os direitos a prestações ou direitos de quota-parte, como uma nova categoria de direitos; importam, por conseguinte, na exigência de comportamentos estatais positivos. Esses direitos inovam por cumprirem-se por meio da ação estatal, através de leis e políticas que garantam sua efetividade e gozo.¹⁵⁶

Não obstante a disposição contida no art. 196 da Constituição Federal prescrever que a saúde é dever do Estado a ser prestado mediante políticas sociais e econômicas, numerosos doutrinadores defendem a existência apenas da dimensão negativa desse direito. A dificuldade reside na possibilidade de se reconhecer, “diretamente com base na norma constitucional definidora de um direito fundamental social, e independente de qualquer interposição legislativa, um direito subjetivo individual (ou coletivo) a uma prestação concreta por parte do Estado”¹⁵⁷.

Destarte, indaga-se sobre a possibilidade de se compelir, através do Judiciário, o Estado (Executivo e até mesmo Legislativo) a fornecer um medicamento, uma cirurgia ou mesmo um atendimento médico ao destinatário de tal direito fundamental.¹⁵⁸ Os defensores desse posicionamento, via de regra, retornam à ideia de que as normas referentes ao direito à saúde são de natureza meramente programática e, por isso, não seriam capazes de, por si sós, gerar tais efeitos, visão esta que, conforme acima demonstrado, resta defasada.

Sarlet chega a defender que tal ponto de vista (contrário à existência da dimensão positiva dos direitos sociais prestacionais) é de cunho essencialmente ideológico, não resistindo a uma análise jurídica mais retida.¹⁵⁹

Os argumentos mais utilizados para negar essa dimensão são a impossibilidade de o Judiciário intervir nas políticas públicas, a impossibilidade de o Estado agir além de seus recursos (reserva do possível) e a reserva parlamentar em

¹⁵⁵ Esse processo é o que se chama de “*a matter of social engineering*”.

¹⁵⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais**: na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 50.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 307.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 308.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 309.

matéria orçamentária. Tais argumentos, por sua complexidade, serão analisados, ainda que de forma sucinta, no próximo capítulo.

Embora devam ser reconhecidos os limites existentes, sejam fáticos, como a reserva do possível, sejam jurídicos, como a reserva parlamentar em matéria orçamentária, que relativizam a eficácia e a efetividade de tal direito social prestacional, não se pode negar, além de sua dimensão negativa, ser o direito à saúde “um direito a prestações, ao qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade”¹⁶⁰.

Nesse contexto, um direito subjetivo prestacional, em face dos limites citados, abrangerá qualquer prestação possível, restringindo-se, onde não houver previsão legal específica, às prestações elementares e básicas. Destaque-se, ainda nesse sentido, que sempre que as prestações forem de natureza emergencial, quando o indeferimento acarretará o sacrifício de outros bens essenciais, tais como a dignidade da pessoa humana, integridade física e psíquica e a própria vida, há de ser reconhecido o direito subjetivo do indivíduo, postulado judicialmente¹⁶¹.

2.5 A efetividade e eficácia do direito à saúde e o mínimo existencial

Um Estado Social é, por sua própria natureza, preocupado com a assistência aos necessitados, incluindo aqueles que não têm condições físicas ou mentais de promover sua subsistência. Desta sorte, encontra-se a sociedade como um todo responsável por assegurar àqueles as condições mínimas para uma existência digna.

Pode-se dizer que tal garantia integra o “conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações”¹⁶². Essa teoria tem origem germânica e prescreve que tal garantia só se encontra

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 out. 2008.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 out. 2008.

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Direitos**

assegurada ao passo que seja também garantida a plena fruição dos direitos fundamentais¹⁶³.

No Brasil, muito embora a Constituição não tenha consagrado explicitamente a garantia do mínimo existencial, a garantia de uma existência digna consta no rol de princípios constitucionais. Além disso, os direitos sociais, tais como saúde, moradia assistência social e salário mínimo, englobam algumas dimensões da garantia em mote.

O artigo 196 da Constituição, assim como os demais enunciados normativos que versam sobre saúde e vida, busca proteger e promover um bem da vida que não convive facilmente com gradações. “Não há alguma coisa que possa ser descrita com simplicidade como um nível mínimo de saúde ou ainda um mínimo de vida. Ou faz-se um determinado tratamento e obtém-se a cura, ou o indivíduo permanecerá doente ou morrerá”¹⁶⁴. Não parece claro o que seria mínimo para um doente de leucemia em um estágio tal da doença que a única prestação que lhe pode trazer alguma esperança é o transplante de medula. E em um contexto com recursos escassos, o cerne do problema é definir como o Direito pretende lidar com essa circunstância¹⁶⁵.

“Se o critério para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestações de saúde for a necessidade de evitar a morte, a dor ou sofrimento físico, simplesmente não será possível definir coisa alguma”¹⁶⁶. Todas as prestações de saúde poderão enquadrar-se nesse critério, pois é exatamente para tentar evitar a morte, a dor ou o sofrimento que elas foram desenvolvidas. Na verdade, “[...] a maior ou menor eficácia das disposições constitucionais que tratam do tema deve estar relacionada às prestações de saúde disponíveis e não às condições melhores ou piores de saúde das

fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 19-20.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 23.

¹⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *et al.* **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *et al.* **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *et al.* **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

peças”¹⁶⁷, até mesmo porque não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde irá produzir sobre o paciente.

Sendo assim, tem-se que a garantia do mínimo existencial não pode existir se não forem garantidos os mais fundamentais dos direitos, como é o caso da saúde, que surge como corolário da dignidade da pessoa humana e da própria vida. Desta feita, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde, a garantia do mínimo existencial é exigível diretamente como direito subjetivo a prestações, uma vez que sua essencialidade se configura¹⁶⁸.

Pelo exposto, sempre que um argumento esbarra em outro fundamentado com um valor maior (como é o caso da dignidade da pessoa humana e da vida), na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá de ser reconhecido um direito subjetivo a prestações. Porém, onde o mínimo é superado, é gerado somente um direito subjetivo *prima facie*, já que não se pode sempre se recorrer a soluções do tipo “tudo ou nada”¹⁶⁹.

2.6 O Princípio da Vedação do Retrocesso Social

2.6.1A proibição do retrocesso como decorrência dos princípios da Segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana

“Ao Estado Democrático de Direito passou a ser atrelado um princípio, muitas vezes densificado em várias normas constitucionais, porém subsumido de todo o sistema jurídico daquele modelo estatal: o princípio da segurança jurídica”¹⁷⁰.

Há muito, no pensamento constitucional contemporâneo, enraizou-se a ideia de que um Estado Democrático de direito é também um Estado da segurança jurídica bem como a ideia de que a segurança jurídica é expressão inarredável do Estado

¹⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *et al.* **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 170.

¹⁷⁰ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 42.

de Direito, “de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”¹⁷¹.

Assim, para Sarlet, além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui concomitantemente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional¹⁷².

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, a segurança é mencionada como valor fundamental no seu Preâmbulo, além de incluí-la no “seleto elenco dos direitos ‘invioláveis’ arrolados no caput do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade”¹⁷³. A segurança jurídica acabou sendo contemplada em diversos dispositivos da Constituição:

[...] a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de a não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do artigo 5º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica.¹⁷⁴

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.p. 86.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.p. 86.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.p. 86.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.p. 86.

A segurança jurídica permeia o ordenamento jurídico como um todo, é um princípio geral do direito, e ganha densidade em normas específicas de cada ramo do direito. Esse princípio é a base do que vem sendo chamado de princípio da vedação do retrocesso¹⁷⁵.

Tal princípio, apesar de não estar, ainda, suficientemente difundido entre nós, “tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional”^{176 177}.

O princípio da vedação do retrocesso, apesar de não ter como escopo retirar do legislador sua margem de discricionariedade na criação de leis, impede-o de desconstituir o grau de concretização que havia dado anteriormente às normas constitucionais, particularmente àquelas que dependem, em maior ou menor grau, dessas normas infraconstitucionais para serem aplicadas pelo Estado e pelo particular, ou seja, para alcançarem sua máxima eficácia e efetividade¹⁷⁸.

Esse princípio tem significado não apenas em relação à proteção contra atos retroativos que representem violação ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido ou /á coisa julgada ou a outros limites constitucionais de retroação expressamente positivados, englobando, também, a proteção contra medidas de retrocesso que não podem ser tidas propriamente como retroativas haja vista não violarem, especificamente, quaisquer das modalidades de posições consumadas acima mencionados; trata-se, então, da proteção contra medidas de retrocesso de efeitos prospectivos¹⁷⁹.

Está se falando, desta forma, no que Piovesan chama de “direito à segurança de direitos”¹⁸⁰, que leva à ideia de dignidade. Isso porque “certos direitos

¹⁷⁵ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 43.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2008.

¹⁷⁷ São exemplos, além de Ingo Sarlet, Celso Antonio Bandeira de Mello e Flávia Piovesan. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 112. PIOVESAN, Flávia. *Et al.* Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o direito à segurança dos direitos. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 47-83. p. 50 ss.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2008.

¹⁷⁹ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 43.

¹⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Et al.* Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o direito à segurança dos direitos. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 47-83. p. 50 ss.

fundamentais, que, embora construídos historicamente, fundamentam-se em um valor intrínseco ao ser humano: a dignidade”¹⁸¹.

Sendo assim, a segurança jurídica coincide algumas das mais profundas aspirações do ser humano: a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, sendo “perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana”¹⁸².

Isto posto, a dignidade¹⁸³ não será resguardada onde as pessoas estejam sendo alcançadas por um tal nível de inconstância jurídica que não estejam mais em condições de, “com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas”¹⁸⁴.

Sobre o tema ensina Sarlet:

Para além disso, há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais tem sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais (ao menos em princípio e com intensidade variável) constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade,

¹⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *Et al.* Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o direito à segurança dos direitos. *In:* ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica:** direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 47-83. p. 50 ss.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In:* ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica:** direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.p. 86.

¹⁸³ Considera-se dignidade em sentido amplo como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.68.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In:* ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica:** direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.p. 89.

evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica¹⁸⁵.

Ou seja, já que os direitos fundamentais surgem como “explicitações” da dignidade da pessoa humana, esta deveria ser garantida, também, por meio da segurança jurídica, havendo o mínimo de estabilidade, protegendo a confiança¹⁸⁶ na ordem jurídica vigente.

Ante o exposto, forçoso concluir que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo, mas também não dispensa um amparo contra medidas retrocessivas. Retrocessivas, já que não retroativas no sentido de atingir as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Verifica-se, desta feita, que no caso de o legislador vir a revogar normas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, as quais garantam a concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, ainda que com efeitos prospectivos, feririam a segurança jurídica em seu pilar de retrocessão, ainda que não haja a retroação. Ou seja, não se fala necessariamente em garantir a inalterabilidade das normas constitucionais referentes aos direitos sociais, mas de todas as normas garantidoras deste.¹⁸⁷

Destarte, nem mesmo emendas constitucionais poderiam abolir ou restringir, de qualquer maneira, o direito à saúde, sendo passível dessa maneira também a emenda ao controle de constitucionalidade. Sarlet¹⁸⁸ vai além e defende, corretamente, que as normas fundamentais sobre a saúde se enquadram dentro dos chamados limites materiais implícitos à reforma da Constituição.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.p. 90ss.

¹⁸⁶ Princípio da confiança. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.p. 101.

¹⁸⁷ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 182 e ss.. e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de out. de 2008.

2.6.2 A proibição do retrocesso na ordem jurídica brasileira

O princípio da proibição do retrocesso pode ser subsumido do sistema constitucional brasileiro ao passo que este acolheu o sistema do Bem-estar Social e tem como um dos princípios gerais de direito o da segurança¹⁸⁹, como dito em linhas pretéritas, o qual foi explicitado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Além disso, tal princípio foi trazido no *caput* do art. 5º e em seus incisos II¹⁹⁰, XXXVI¹⁹¹, XXXIX¹⁹², XL¹⁹³, XLV¹⁹⁴, XLVIII¹⁹⁵, LI¹⁹⁶, LII¹⁹⁷, LIV¹⁹⁸ e LV¹⁹⁹ e no art. 6º, da mesma carta, que se refere à segurança social, como desenvolvimento do princípio geral da segurança²⁰⁰.

Não se pode olvidar, ainda, que o princípio do não-retrocesso social foi acolhido em relação ao direito do trabalho, extraído do *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que são direitos do trabalhador “aqueles elencados

¹⁸⁹ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 48.

¹⁹⁰ II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁹¹ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹⁹² XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

¹⁹³ XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

¹⁹⁴ XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

¹⁹⁵ XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

¹⁹⁶ LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

¹⁹⁷ LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

¹⁹⁸ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁹⁹ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.

em seus diversos incisos ‘além de outros que visem à melhoria de sua condição social’²⁰¹.

Pode-se abstrair do texto constitucional, desta maneira, que outros direitos poderão ser dados aos trabalhadores desde que “visem à melhoria de sua condição social”. Ora, se o legislador constitucional assim prescreveu não caberá à norma constitucional derivada ou infraconstitucional trazer mudanças legislativas que não sejam para trazer melhorias na condição social do trabalhador. “Ela seria inconstitucional por justamente não preencher esse requisito constitucional da melhoria da condição social do trabalhador”²⁰².

Por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana acolhido expressamente pela nossa Constituição, ao promulgar ser ele um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, autoriza-nos a compreender que a satisfação de uma exigência condigna para todos, através de prestações positivas, ‘[...] tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém desse patamar’²⁰³.

Ainda tem-se que mencionar que “os direitos sociais fundamentais que estão expressos em normas de caráter principiológico consubstanciam-se, por conta disso, em verdadeiros mandados de otimização, que demandam sua realização na maior medida possível”²⁰⁴. Ocorre, todavia, que como princípio a vedação do retrocesso não pode ser tratada como marco absoluto, cabendo a ponderação com outros princípios que, no caso concreto, seja-lhe antagônico.

É certo que, assim como os demais princípios constitucionais, o princípio da proibição do retrocesso não pode ser aplicado sob uma lógica do “tudo ou nada”²⁰⁵. Trata-se de investigar como, e em que medida, pode ser levada a cabo pelo Poder Público medidas de cunho restritivo na esfera das conquistas sociais, sem que se viole o princípio da proibição do retrocesso social. Cuida-se, ainda, de determinar se seriam justificadas medidas de diminuição da proteção legal a um determinado grupo de pessoas com vistas ao aumento da fruição por outros, relativizando direitos de conteúdo social do indivíduo para maximizar os benefícios da maioria²⁰⁶.

²⁰¹ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 48.

²⁰² MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 48.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op. Cit. p. 49.

²⁰⁴ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 49.

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros editores, 2003. P. 86.

²⁰⁶ FUHMANN E SOUZA, Italo Roberto. SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do Retrocesso e direitos Sociais: entre o dever de legislar e o imperativo da omissão em matéria de direitos econômicos, sociais e

Com o advento da chamada crise do Estado do bem-estar social, emerge a preocupação com a garantia da manutenção dos níveis de prestações sociais a que o Estado se incumbe. Diante desta crise estrutural nas finanças públicas, algumas políticas passaram a ser implementadas no intuito de reequilibrar as contas do Estado. As que mais se fizeram sentir foram as que propuseram cortes substanciais dos gastos públicos na esfera da seguridade social.²⁰⁷

Em relação ao Brasil, o governo federal vem defendendo a criação de fontes de recursos extras para a saúde, que seria financiada através de novos tributos ou com a contribuição direta dos usuários. Isso porque o Brasil tem uma performance internacional aquém de sua economia, é o sétimo maior Produto Interno Bruto (PIB) do mundo e segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) é o 72º de gasto per capita em saúde²⁰⁸. O setor público gasta duas vezes e meia menos do que o setor privado na área da saúde para atender 190 milhões de brasileiros, enquanto que os planos de saúde beneficiam um quarto da população brasileira, cerca de 46 milhões de conveniados. Ainda de acordo com a OMS, no resto do mundo o gasto público equivale a 60% (sessenta por cento) do total investido em saúde.

Seria viável manter o SUS gratuito e universal? E não manter feriria o princípio da proibição do retrocesso? São questões que devem ser analisadas. Nesse sentido é cediça a constatação de que a eficácia e a efetividade do direito fundamental à segurança jurídica constitui um pressuposto inarredável do Estado de Direito que para além de garantir a previsibilidade das relações contratuais do direito privado, deve abranger as normas que disciplinam os direitos sociais.²⁰⁹ O escopo do princípio da proibição do retrocesso, nesse sentido, constitui garantir, mediante a proteção outorgada à “segurança jurídica e a outros princípios e direitos fundamentais, o grau de concretização já alcançado da norma constitucional definidora do direito social frente a medidas retrocessivas, cada vez mais frequentes, do Poder Público”²¹⁰.

culturais. IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação PUCRS. Disponível em < www.pucrs.br/edipucrs>. Acesso em 21 out 2011.

²⁰⁷ FUHMANN E SOUZA, Italo Roberto. SARLET. Ingo Wolfgang. Proibição do Retrocesso e direitos Sociais: entre o dever de legislar e o imperativo da omissão em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação PUCRS. Disponível em < www.pucrs.br/edipucrs>. Acesso em 21 out 2011.

²⁰⁸ ORGANIZACION MUNDIAL DA LA SALUD. **Estadísticas Sanitarias Mundiales 2011**. Disponível em < http://www.who.int/whosis/whostat/ES_WHS2011_Full.pdf>. Acesso em 16 out 2011.

²¹⁰ FUHMANN E SOUZA, Italo Roberto. SARLET. Ingo Wolfgang. Proibição do Retrocesso e direitos Sociais: entre o dever de legislar e o imperativo da omissão em matéria de direitos econômicos, sociais e

Nesse sentido entendeu o supremo Tribunal Federal em recente decisão:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) [...] RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. – [...] **O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.**²¹¹

Verifica-se, desta feita, que é possível reconhecer, na atual Constituição pátria a existência do princípio da proibição do retrocesso social, uma vez que a Carta determina a ampliação dos direitos sociais, objetivando a redução das desigualdades sociais e a justiça social. Além disso, a máxima efetividade dos direitos fundamentais, comanda o legislador a não retroceder na densificação das normas constitucionais que definem os direitos sociais²¹².

No entanto, tal princípio não impõe um engessamento absoluto em relação ao legislativo e ao Poder Público, em geral. Não pode o legislador suprimir, pura e simplesmente, a concretização de norma (constitucional) que disponha sobre o

culturais. IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação PUCRS. Disponível em < www.pucrs.br/edipucrs>. Acesso em 21 out 2011.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011.

²¹² DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.343-383.

núcleo essencial de um direito fundamental, impedindo sua fruição, “[...] sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios. É defeso o estabelecimento (ou reestabelecimento, conforme o caso) de um vácuo normativo em sede legislativa.”²¹³

É certo que é permitido ao legislador rever as leis editadas, mas o fundamento para uma *reformatio in pejus*, “[...] de acordo com as circunstâncias fáticas que se realiza, deve ser, mediante um juízo de proporcionalidade, suficiente para prevalecer sobre um grau de concretização legislativa que já tenha alcançado o consenso básico na sociedade.”²¹⁴

Sendo assim, tendo em vista a dinâmica do processo social e a inconveniência de uma petrificação do ordenamento jurídico, principalmente, com vistas a atender as diversas e cada vez mais complexas demandas sociais, inviabiliza, de pronto, uma noção absolutizada do princípio da proibição do retrocesso social. Este retrocesso, todavia, será sempre, *prima facie*, inconstitucional, carecendo de uma justificativa constitucionalmente adequada e que atenda ao princípio da proporcionalidade (necessário, adequado e proporcional em sentido estrito²¹⁵) sob pena de ser impugnado em sede de controle de constitucionalidade²¹⁶.

²¹³ DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.343-383.

²¹⁴ DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.343-383.

²¹⁵ “[...] As sub-regras da proporcionalidade guardam uma relação de subsidiariedade, o que significa dizer que nem sempre será necessária a aplicação de todas elas; Para que uma medida seja considerada adequada, nos termos da regra da proporcionalidade, não é necessário que o seu emprego leve à realização do fim pretendido, bastando apenas que o princípio que legitime o objetivo seja fomentado; 6. A regra da proporcionalidade não encontra seu fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro, mas decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos; 7. Se se aceita, portanto, a definição de princípio jurídico como mandamento de otimização, necessário é também aceitar a aplicação da regra da proporcionalidade, pois ambos guardam uma relação de implicação. AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. n.798, 2002. P.23-50.

²¹⁶ FUHMANN E SOUZA, Italo Roberto. SARLET. Ingo Wolfgang. **Proibição do Retrocesso e direitos Sociais: entre o dever de legislar e o imperativo da omissão em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais**. IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação PUCRS. Disponível em < www.pucrs.br/edipucrs>. Acesso em 21 out 2011.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 Titularidade do direito à saúde

O *caput* do art. 5º de nossa Constituição estabelece que os direitos e garantias fundamentais contidos em seu texto são assegurados aos “brasileiros e estrangeiros residentes no país”. Pela leitura do dispositivo legal, por uma interpretação restritiva, poder-se-ia deduzir que tais direitos são excluídos dos estrangeiros de passagem no país, incluindo-se, em tais direitos, o direito à saúde, pelo que um estrangeiro não residente no Brasil não teria direito a recorrer a um hospital público, caso necessitasse de atendimento médico.

No entendimento de Sartlet, a exegese da interpretação, como na maioria das vezes, não pode prevalecer, em homenagem ao princípio da universalidade dos direitos fundamentais. Ainda no que concerne ao direito à saúde, este constituiria uma exceção se esta regra do art. 5ª fosse considerada para os direitos fundamentais, uma vez que o art. 196, da mesma Carta, dispõe que a saúde “é direito de todos”.²¹⁷

Ainda de acordo com uma interpretação mais extensiva de tal garantia fundamental, parece evidente que, até pela importância de tal direito e sua relação direta com o próprio direito à vida, sua natureza se constitui como sendo direito de “toda e qualquer pessoa humana”²¹⁸, seja ela brasileira ou não.

Destaque-se, ainda, que o princípio da prevalência dos direitos humanos é corolário da própria Constituição Federal (art. 4º, inciso II) em suas relações internacionais. Portanto, todos os brasileiros e estrangeiros, ainda que apenas de passagem pelo Brasil, são beneficiários diretos, sobretudo do direito à saúde (art. 196), podendo exigir tal direito por parte do Estado, seja em sua dimensão negativa, seja através de prestações concretas, incluindo a realização de políticas públicas.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 out. 2008.

²¹⁸ *Ibidem*.

3.2 Políticas públicas

3.2.1 Aspectos gerais

Sabe-se que a proteção e a promoção dos direitos humanos fundamentais exigem omissões e ações estatais ²¹⁹. O governante, ao assumir a administração do Estado, adota as metas que pretende atingir e, para tanto, os caminhos que seguirá para governar²²⁰. Nesse toar, compete à Administração Pública (Executivo) “efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe, implementar ações programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc”²²¹.

Já as atividades legislativa e jurisdicional, por sua própria natureza, abrangem a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas. O legislador cuida de disciplinar os temas mais variados de acordo com os princípios da Constituição e o juiz, por sua vez, estará sempre aplicando a Constituição, direta ou indiretamente, “já que a incidência de qualquer norma jurídica será precedida do exame de sua própria constitucionalidade e deve se dar de maneira que melhor realize os fins constitucionais”²²².

Destarte, a “escolha dos meios para se atingir os objetivos de uma administração, envolvendo a participação de agentes públicos e privados, ainda que esteja materializada sobre um plano de ações, que tem a lei como instrumento normativo” ²²³ se denomina política pública²²⁴. Nos estados democráticos, como é o

²¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel, *Et al*(Org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

²²⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 172, *apud* OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das políticas públicas: limites e possibilidades. **Revista de Direito administrativo**. São Paulo. n. 247, pp. 57-97 jan./abr. 2008, p. 68.

²²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel, *Et al*(Org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

²²² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel, *Et al*(Org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

²²³ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 172, *apud* OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das políticas públicas: limites e possibilidades. **Revista de Direito administrativo**. São Paulo. n. 247, pp. 57-97 jan./abr. 2008, p. 68.

²²⁴ A “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” BUCCI, Maria Paula

caso do Brasil, as políticas públicas surgem pela ponderação dos Poderes Executivo e Legislativo. Sendo assim, por terem natureza eminentemente política, há uma margem de liberdade nas decisões de onde serão empregados os recursos públicos, a chamada competência discricionária (porém limitada, conforme discussão adiante). Isso se dá embora essas decisões estejam, em parte, vinculadas à lei orçamentária anual e a áreas previstas expressamente na própria Constituição Federal, como é o caso da saúde e da educação.²²⁵

Apenas por meio das políticas públicas é que o Estado poderá, “[...] de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição”²²⁶. As políticas públicas, por conseguinte, são meios para garantir a promoção dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, cuja eficácia depende das prestações por parte do Estado²²⁷.

Nesse sentido, Krell defende que:

[...] a eficácia reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas públicas* e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios.²²⁸

Cabe ao Poder Executivo estabelecer e realizar as políticas públicas que irá desenvolver, inserindo-se tal matéria dentro do âmbito de competência interna de tal Poder²²⁹. Devendo a Administração Pública (e o Legislativo) ponderar onde os recursos públicos serão investidos, tendo em vista os objetivos que deseja alcançar.

Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 13. 1996. P. 135.

²²⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 172, *apud* OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das políticas públicas: limites e possibilidades. **Revista de Direito administrativo**. São Paulo. n. 247, pp. 57-97 jan./abr. 2008, p.70.

²²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *In*: SARMENTO, Daniel, *Et al*(Org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 42.

²²⁷ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 172, *apud* OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das políticas públicas: limites e possibilidades. **Revista de Direito administrativo**. São Paulo. n. 247, pp. 57-97 jan./abr. 2008, p.70.

²²⁸ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 31-32.

²²⁹ FRONTINI, Paulo Salvador. Ação Civil Pública e separação dos poderes do Estado. *In*: MILARÉ, Edis (Org). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.744.

Destarte, a escassez do dinheiro público importa no sacrifício de determinados objetivos sociais em benefício de outros, muitas vezes igualmente importantes. Ocorre que, por vezes, as escolhas realizadas não satisfazem as necessidades da população, sendo em grande parte dos casos adotadas políticas insuficientes ou ineficazes.²³⁰ Ou pior, o governante deixa de aplicar os recursos no que determina a Constituição, como é o caso da saúde e da educação, em que as políticas adotadas nessas áreas são, diversas vezes, fictícias. O que mais se vê nos municípios do interior do país, em relação às políticas públicas em matéria de saúde, é a compra de ambulâncias, que de forma alguma supre o problema de sua população, que remanesce desamparada.

Para evitar tais abusos, apesar de posicionamentos em contrário, é que o Legislativo e o Judiciário podem exercer certo controle sobre tais atos, sendo respectivamente: político e jurídico.

Nesse sentido é o entendimento de Mancuso:

[...] política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da administração pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.²³¹

Canotilho, por sua vez defende que o juiz participa na política porque desempenha um papel considerado apropriado para ostentar a ‘[...] cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que, perante ele, reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos.’²³²

²³⁰ OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das políticas públicas: limites e possibilidades. **Revista de Direito administrativo**. São Paulo. n. 247, pp. 57-97 jan./abr. 2008, p. 71.

²³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. MILARÉ, Édís (Org). **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 776 e 777.

²³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Bypass” social e o núcleo essencial das prestações sociais. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 268.

3.2.2 Controle parlamentar

O controle exercido pelo Poder Legislativo sobre as políticas públicas, e, por via de consequência, ao Poder Executivo, é chamado de controle político e pode ser exercido como controle da função administrativa ou como controle financeiro.²³³

As hipóteses de controle político da função administrativa estão previstos na Constituição, onde se destacam:

[...] a sustação de atos do Executivo (art. 49, V); a sustação de contratos do Executivo (art. 71, §1º); convocação de Ministros e requerimento de informações (art.50, caput e §2º); recebimento de petições, reclamações, de qualquer pessoa contra ato de omissão de qualquer entidade pública (art.58, §2º, IV); solicitação de depoimento de qualquer pessoa ou autoridade (art. 58, §2º, V); instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito (art. 58, § 3º); autorização ou aprovação do Congresso para os atos concretos do Executivo (art. 49, I, XII, XIII, XVI e XVII); poderes controladores privativos do Senado (art.52, III a IX); julgamento das contas do Executivo (art.49, IX c.c. 51, II, c.c. 57) e suspensão e destituição do Presidente e Ministros por crimes de responsabilidade (arts. 85 e 86 c.c. Lei 1.079/50).²³⁴

Já o controle político financeiro é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, sendo exercido sobre todos os poderes e pessoas políticas (CF, arts. 31, 70 e 75). Porém, as possibilidades do controle político podem abranger ainda a participação dos partidos políticos em geral, os quais exercem a vontade do povo, ou deveria ser assim, desempenhando papel fundamental no regime democrático.

Apesar de todas essas possibilidades de controle do Legislativo sobre o Executivo, a fiscalização ainda é insuficiente. Muitas vezes o Tribunal de Contas aprova todas as despesas do governo, por questões políticas, sendo omissos quanto à sua função de controle. Já o Congresso Nacional jamais usou de sua prerrogativa para sustar os atos do Poder Executivo.²³⁵

Pelo exposto, verifica-se a ineficiência do Legislativo no controle dos atos do Executivo, sobretudo no que diz respeito às políticas públicas, restando para o Judiciário o exercício desse direito-dever.

²³³ OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de, *op. cit.*, p. 72.

²³⁴ OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das políticas públicas: limites e possibilidades. **Revista de Direito administrativo**. São Paulo. n. 247, pp. 57-97 jan./abr. 2008, p. 72.

²³⁵ OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das políticas públicas: limites e possibilidades. **Revista de Direito administrativo**. São Paulo. n. 247, pp. 57-97 jan./abr. 2008, p. 73.

3.2.3 Controle do Judiciário

O controle que o Poder Judiciário pode exercer sobre a Administração Pública engloba a fiscalização e correção dos atos ilegais. Pode, ainda, o Judiciário intervir no controle do mérito dos atos praticados pelos agentes públicos.

Como o ordenamento jurídico brasileiro adota a jurisdição una, conforme a Constituição dispõe em seu art. 5º, inciso XXXV, o Judiciário detém o monopólio jurisdicional, cabendo a este a revisão dos atos da Administração Pública eivados de ilegalidade ou abuso de poder.²³⁶

Constitui, por conseguinte, um direito do administrado a revisão dos atos da Administração. O que se discute, no entanto, é se esse controle é absoluto. No que diz com as políticas públicas, os atos estão revestidos sob o manto da discricionariedade dos atos administrativos, pelo que grande parte da doutrina defende a impossibilidade de sua revisão.

A questão consiste no que Mancuso chama de “clássica antinomia entre ‘atos discricionários’ e atos ‘vinculados’”, onde se tenta extrair os primeiros da apreciação do Judiciário, uma vez que tais atos caracterizam-se por ser “um leque de alternativas postas ao Administrador, todas elas *válidas*, por aí se inviabilizarem um juízo de valor que o órgão judicial houvesse de fazer sobre tais escolhas”.²³⁷

Ocorre que, hodiernamente, já se infere que os atos administrativos apresentam uma vinculação ou discricionariedade meramente gradual. A diferença entre tais atos não é sua natureza, mas o grau de liberdade concedida pelo legislador. A diferença é, portanto, quantitativa e não qualitativa.²³⁸

Variaria, dessa maneira, a decisão administrativa entre os polos da plena vinculação e completa discricionariedade. Entretanto, esses polos extremos não parecem

²³⁶ OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das políticas públicas: limites e possibilidades. **Revista de Direito administrativo**. São Paulo. n. 247, pp. 57-97 jan./abr. 2008, p. 82.

²³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. *In*: MILARÉ, Edis (Org). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 767.

²³⁸ KRELL, Andreas J.. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 22.

existir na prática. “A intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei”.²³⁹

Sendo assim, a utilização de tais termos tem levado grande parte da doutrina à confusão, resultando na retirada da apreciação de legalidade pelo Judiciário de diversos atos, comprometendo a defesa de direitos individuais e coletivos em juízo e impedindo a concretização dos direitos sociais por meio das políticas públicas.

A discricionariedade não constitui, por conseguinte, obstáculo para a apreciação judicial, no caso de estar fundamentada no interesse do bem comum, já que essa definição não é privativa do Executivo, mas escopo dos Poderes da República.²⁴⁰

Para Mancuso, a tendência é uma separação da concepção de Estado de Direito gradativa de um senso apenas formal, correspondência entre a conduta administrativa e a norma de regência, para um modelo de Estado num sentido material, “onde os atos emanados dos três Poderes, para terem validade e legitimidade, têm de vir respaldados por todo um contexto jurídico-social, dominado pela nota da efetividade”.

²⁴¹

Ainda para o autor, em relação às políticas públicas, quando a Constituição estabelece um *dever fazer* ou mesmo um *não fazer*, resta assegurada a possibilidade de cobrança dessa conduta em face da Administração Pública²⁴². Já Paulo Bonavides vai além e defende que os atos praticados pela Administração Pública, inclusive os políticos, estão subordinados aos requisitos formais e materiais estabelecidos na Constituição Federal, e cabendo ao Judiciário a defesa da constitucionalidade dos atos do Estado, nenhum aspecto ficará de fora do âmbito de sua apreciação.²⁴³

²³⁹ KRELL, Andreas J.. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 23.

²⁴⁰ ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. **Revista dos Tribunais**, nº. 657, jul., 1990, p. 53-60, *apud* KRELL, Andreas J.. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 23.

²⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. MILARÉ, Edis (Org). **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 771.

²⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. MILARÉ, Edis (Org). **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 775.

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Nesse sentido, Barroso afirma que “se uma política pública é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei.”²⁴⁴ Defende ainda o autor a legitimidade da “utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando seja possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos.”²⁴⁵

Dessa forma, dada a indisponibilidade do interesse público, a margem de discricionariedade existente nos atos de Governo resta reduzida no que Mancuso chama de uma “liberdade vigiada”, significando cada ato um dever jurídico funcional e não um poder de opções livres. O interesse não é do agente, devendo ser satisfeito o interesse da coletividade.²⁴⁶

3.3 A separação dos Poderes e o controle judicial das políticas públicas

3.3.1 A visão clássica da tripartição dos poderes

Como amplamente defendido no capítulo anterior, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sobretudo do direito à saúde, pode reclamar, não raro, a intervenção do Poder Judiciário para suprir as omissões dos órgãos de direção política, implementando os referidos direitos.²⁴⁷

O fenômeno da separação dos Poderes, ou das funções estatais como vem sendo chamado hodiernamente, consiste na forma clássica de expressar a necessidade de

²⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984>. Acesso em 25 maio 2008.

²⁴⁵ Barroso ressalva que quando o tema envolve princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde, resultam duas consequências relevantes. “A primeira: como cláusulas gerais que são, comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização. Em segundo lugar, podem eles entrar em rota de colisão entre si. A extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura deve ter como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição. Ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial.” BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984>. Acesso em 25 maio 2008.

²⁴⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 776.

²⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 325 e 326.

dividir e controlar o exercício do Poder Público entre os órgãos do Estado²⁴⁸. Deveras o Poder é único e indivisível, não tendo como se falar em separação de poderes, mas sim na distribuição das funções do Poder Político.

Desta forma, coube ao Legislativo ocupar-se de inovar na ordem jurídica, com a criação de regras gerais e abstratas. Ao executivo foi dada a função de gerir o negócio público, através da atividade administrativa e ao Judiciário coube a composição dos conflitos de interesse, por meio da aplicação da lei, protegendo o ordenamento jurídico.

A tripartição dos poderes, criada por Aristóteles, aplicada por Locke e sistematizada por Montesquieu, visava a liberdade, já que a repartição dos poderes impediria a concentração nas mãos apenas do monarca ou senado, o que levaria à tirania. Além da repartição das funções, Montesquieu preconizava a ideia de uma recíproca limitação dos poderes, e isso só seria possível na medida em que Poderes distintos fossem exercidos por órgãos distintos²⁴⁹.

A ideia basilar a doutrina da separação dos Poderes é, portanto, evitar a concentração e o exercício despótico do poder, já que sem a detenção do poder o seu exercício ilimitado induz na prática de arbitrariedades, pondo em risco as liberdades. De outra banda, o poder limitado é a garantia da liberdade. Daí a importância de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, em decorrência do qual o poder possa controlar o poder.²⁵⁰

Nos Estados que tinham por finalidade apenas promover e manter a liberdade dos indivíduos para que estes pudessem desenvolver suas atividades sem a interferência governamental, a doutrina da separação de poderes possuiu uma utilidade incontestável. Entretanto, quando o liberalismo se mostrou inapto a gerar uma sociedade

²⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.336.

²⁴⁹ MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁵⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 337.

onde o progresso individual fosse compatível com distribuição de renda e justiça social, toda a construção teórica do Estado Liberal passou a ser questionada.²⁵¹

Com a crise do modelo liberal trazida pelas mudanças sociais e econômicas provocadas pelo capitalismo desenfreado, o Estado Social emerge e aumentaram as funções exercidas pelo Poder Público. O Executivo passa a controlar quase que a totalidade das novas funções recentemente conquistadas pelo Estado²⁵².

Nesse tipo de Estado, a função legislativa atua como jamais atuou. O número de leis aumenta consideravelmente. Por outro lado, o Estado passa a atuar cada vez mais por meio de outros instrumentos jurídicos que não a lei. O Estado social é igualmente um Estado Administrativo.²⁵³

A separação dos poderes sofreu, portanto, ao longo dos anos, profunda alteração, por conta da transformação do Estado e, com ele, dos ordenamentos jurídicos de cada sociedade.

Superada então a questão do primado da liberdade assegurada através da separação tradicional dos poderes, uma vez que os fatos contradizem esta tradicional separação (hoje são outros os mecanismos de salvaguarda da liberdade: um pluralismo real na sociedade que impeça a hegemonia de um grupo; uma efetiva competição eleitoral entre vários partidos; e, ainda, uma oposição eficaz da minoria frente ao governo da maioria), é possível falar-se em um novo desenho institucional, decorrente não só das transformações políticas do Estado contemporâneo, mas da assunção pelas constituições contemporâneas destas transformações.²⁵⁴

²⁵¹ LOIS, Cecília Caballero. Separação de Poderes-vício de iniciativa. **Revista Série Pensando o Direito**. N.14. Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> . Acesso em 21 de abril de 2011.

²⁵² LOIS, Cecília Caballero. Separação de Poderes-vício de iniciativa. **Revista Série Pensando o Direito**. N.14. Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> . Acesso em 21 de abril de 2011.

²⁵³ LOIS, Cecília Caballero. Separação de Poderes-vício de iniciativa. **Revista Série Pensando o Direito**. N.14. Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> . Acesso em 21 de abril de 2011.

²⁵⁴ LOIS, Cecília Caballero. Separação de Poderes-vício de iniciativa. **Revista Série Pensando o Direito**. N.14. Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> . Acesso em 21 de abril de 2011.

3.3.2 A superação do dogma da tripartição dos poderes no Estado contemporâneo e os novos meios de produção da lei

Este novo desenho institucional “[...] consiste em reconhecer que a criação legislativa resulta de um processo de interação entre distintos elementos (no caso em questão, dos distintos órgãos estatais) que deve ter, na maioria das vezes, um ponto em comum: a concretização de políticas públicas”²⁵⁵. Muito se discute, ao tratar de políticas públicas (e da intervenção do Judiciário sobre elas), acerca de sua contraposição com a independência entre os Poderes, clausula pétreia prevista nos artigos 2º e 60, § 4ª, III, da Constituição Federal.²⁵⁶

É evidente que, em princípio, o Judiciário não deve intervir na esfera de competência de outro Poder, sobretudo para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade. Entretanto, tal assertiva não pode prevalecer quando houver violação evidente da incumbência constitucional de um ou mais Poderes.²⁵⁷

Na maior parte das vezes, considera-se, ainda hoje, o modelo clássico de Montesquieu de proibição da intervenção de um Poder sobre o outro,²⁵⁸ quando se configura cada vez mais necessária a revisão dessa visão clássica, principalmente em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos, tendo em vista que os Poderes Legislativo e Executivo se mostram insuficientes para garantir o cumprimento dos respectivos preceitos constitucionais, no Brasil.²⁵⁹

E, mesmo que se considere o tal modelo clássico, na visão de Costa, esse modelo tinha como fundamento a garantia da liberdade, que para o seu alcance não impõe a necessidade de “uma separação rígida entre os Poderes estatais”; isso não que dizer que um Poder não possa exercer um certo controle sobre os atos do outro.²⁶⁰

²⁵⁵ LOIS, Cecília Caballero. Separação de Poderes-vício de iniciativa. **Revista Série Pensando o Direito**. N.14. Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> . Acesso em 21 de abril de 2011

²⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Org). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 777.

²⁵⁷ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p.22.

²⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 776-777.

²⁵⁹ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 22.

²⁶⁰ COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista CEJ**. Brasília. n. 28, pp.43-53, jan./mar., 2005, p.42.

Modernamente, o que existe é um sistema de interdependência das funções estatais, verdadeiramente consagrado em nossa Constituição. Um exemplo disso é o julgamento do Chefe do Executivo Federal e de ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional, nos crimes de responsabilidade, ou mesmo do poder de legislar medidas provisórias do Executivo.²⁶¹

Há, claramente, uma evolução do direito, adotando, inclusive, nossa Constituição uma interação e complementaridade entre as funções do Estado, ao passo que o controle exercido de forma mútua entre os Poderes é relevado, a título de exemplos, pelo poder que têm os órgãos do Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis e a constitucionalidade e legalidade dos demais atos normativos do poder público e pelo poder de deflagrar o processo legislativo, por meio da iniciativa legislativa para certas matérias. O Executivo tem o poder de vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando estes forem contrários ao interesse público e de participar do processo legislativo. E o Legislativo tem poder de investigação sobre outros poderes²⁶².

Isso evidencia que além de exercer com prioridade sua função típica, podem os Poderes exercerem funções atípicas. Não há que se falar, desta maneira, em uma separação rígida ou absoluta. Fala-se em princípio concreto de separação dos poderes e, por isso, este deve se articular e conciliar com outros princípios constitucionais positivos como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estão com a constituição, dentre outros²⁶³.

Fábio Konder Comparato defende que o Estado Social de Direito é aquele em que os Poderes Públicos vão além de produzir leis e normas, dirigindo efetivamente a sociedade para o alcance das metas predeterminadas. O autor prossegue:

A legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem concretizadas programadamente; o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou

²⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 777.

²⁶² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 340.

²⁶³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008. . p. 340.

programas de ação governamental. E aí, à falta de uma conseqüente reorganização constitucional dos poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.²⁶⁴

A efetividade de tais programas de governo, dessa maneira, passa a ser o aspecto constitucionalmente protegido.

Essa evolução trouxe consigo a alteração da própria terminologia das atribuições do Estado, sendo a expressão “Poderes” gradativamente substituída por termos como “Funções” e “Atividades”. Tal autor, citando Karl Loewenstein, afirma que passam os Poderes do Estado a ser vistos como *a*) atividade de declaração ou normação, *b*) atividades de execução ou gerenciamento e *c*) atividades de revisão ou controle.²⁶⁵

O fato é que a antiga acepção exacerbada da tripartição dos poderes acabou gerando uma “falsa antinomia” entre políticas públicas (consideradas atos puramente políticos) e controle judicial, quando, em verdade, os princípios constitucionais devem ser compatibilizados entre si, sem o enfraquecimento da eficácia de um em detrimento de outro.²⁶⁶

Destarte, deve haver a conciliação harmônica entre o princípio da separação dos poderes e o da garantia do acesso à justiça. Nesse sentido posicionou-se, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE REMÉDIO. DOENÇA GRAVE. ACÓRDÃO FUNDADO EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO APELO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. Cuida-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal em face do INSS objetivando garantir à criança J. L, acometida da moléstia denominada "puberdade precoce verdadeira", tratamento mediante fornecimento do medicamento NEODECAPEPTYL. O TRF da 3ª Região, por unanimidade, manteve a sentença de Primeiro Grau, por entender que (...) No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra

²⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Direito Administrativo e Constitucional**: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 343-359.

²⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Direito Administrativo e Constitucional**: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 347.

²⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Direito Administrativo e Constitucional**: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, *passim*.

infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como “hard case”(caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. O pedido de fornecimento do medicamento à menor(direito a prestações estatais *stricto sensu* – direitos sociais fundamentais), traduz-se, *in casu*, no **conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma(do seu enunciado)para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão(resultado final da concretização).** (J.J Gomes Canotilho e F. Müller). Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e a criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto.⁵ Recurso especial conhecido em parte e não-provido. Ausência de violação do art. 535, II, do CPC. ²⁶⁷ (grifos nossos)

A separação das funções estatais, ao longo do tempo, sofreu profunda alteração. No Brasil, o sistema jurídico autoriza o juiz a efetivar diretamente as normas constitucionais, e em particular as definidoras de direitos fundamentais, de maneira que ele pode:

[...] em caso de eventual lacuna ou omissão inconstitucional do poder público, colmatá-la, supri-la, integrando-a por meio da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito (LICC, art4º) e, ainda e principalmente, através de uma interpretação criativa que no domínio de uma nova hermenêutica, isto é, de uma hermenêutica especificamente constitucional, consiste em *concretizar* os preceitos constitucionais, aplicando-os diretamente à realidade social e vivenciando a Constituição²⁶⁸.

Destarte, é tarefa precípua de o Judiciário dizer o direito, determinando fazer cumprir o disposto no texto constitucional. Não há, ainda, de se falar em opção do Administrador quando existe norma constitucional estabelecendo que *deve ser* prestada determinada tarefa, cabendo ao Judiciário determinar o cumprimento de tal preceito legalmente imposto.²⁶⁹

Já para Barroso, a atividade judicial deve respeitar ao máximo “o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos

²⁶⁷ BRASIL, STJ. REsp. n.º 948944 / - SP- 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 22/04/2008.

²⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 343.

²⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Org). **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 795.

órgãos institucionais competentes”.²⁷⁰ De outra banda preconiza que cabe ao Poder Judiciário sempre fazer prevalecer a Constituição, quer suprimindo os atos normativos com ela incompatíveis, quer suprimindo as omissões legislativas que embaraçam sua efetivação.²⁷¹

Tal autor acredita que o Judiciário só deve intervir onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição e, onde havendo, estas não estejam sendo devidamente cumpridas.²⁷² Seguindo esta concepção, no entanto, poder-se-ia chegar a patamar perigoso para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Poderia ser negada, à guisa de exemplo, a existência de preceitos como o da proibição do retrocesso, pelo que, onde fosse criada lei impondo à Administração o fornecimento de medicamentos apenas a idosos e esta lei estivesse sendo cumprida, não poderia o Judiciário intervir para impor o fornecimento extensivo a crianças.

Frontini, à semelhança de Barroso, defende que se inexistir lei “determinando a obrigação de fazer ou não fazer, ou se a lei deixar a decisão alçada de deliberação ao Poder Executivo, conforme critérios de conveniência e oportunidade que lhe sejam conferidos”, não caberá a intervenção do Judiciário.²⁷³ Também nesse sentido é o posicionamento de Fagundes, que defende a separação dos Poderes como impedimento para a atuação do Judiciário no controle das chamadas políticas públicas.

274

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582>. Acesso em: 25 maio 2008.

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.168.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984>. Acesso em: 25 maio 2008.

²⁷³ FRONTINI, Paulo Salvador. Ação Civil Pública e separação dos poderes do Estado. In: MILARÉ, Édís (Org). **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 713-752, p.742.

²⁷⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder Judiciário**. 6. ed. Saraiva, 1984, p. 126.

3.4 O formalismo no Poder Judiciário (neoconstitucionalismo e a “criação” do direito pelos Tribunais na era do Estado Democrático e social de Direito)

As Constituições modernas, além da tarefa tradicional de organizar o Estado, distribuir competências e determinar procedimentos legislativos, ainda trazem ricas relações de direitos fundamentais. Com relação aos direitos fundamentais individuais, há quase que um consenso, tendo em vista serem os mais prestigiados, “[...] por preservarem uma esfera de liberdade do indivíduo em face do Estado, devem ser protegidos integralmente pelo Poder Judiciário”²⁷⁵. A seara dos direitos sociais, por outro lado, não é agraciada pelo consenso sobre sua justiciabilidade.

[...] as correntes substancialistas liberais, embora enfatizem a justiciabilidade dos direitos fundamentais de primeira dimensão- as liberdades públicas- em respeito ao cânone da *tripartição dos poderes*, também negam a imponibilidade judicial dos direitos sociais, que pertenceriam à programaticidade dos poderes políticos imediatos- Legislativo e Executivo. São, respectivamente, Rousseau e Montesquieu insistindo por sobrevida na voz de Habermas²⁷⁶.

Há contudo os que empunhando a bandeira da supremacia da constituição²⁷⁷, “[...] advogam incansavelmente a justiciabilidade dos direitos sociais, resgatando-os dos círculos mais ou menos inertes dos poderes políticos clássicos, para afirmarem sua imponibilidade judicial”²⁷⁸. Perfilhar-se a esta corrente substancialista importa, entretanto, em outro problema: “é certo que a realização dos direitos sociais, no âmbito da justiça, transforma o papel do Sistema de Justiça, alcançando-o a uma postura mais ativa e menos passiva do que a tradicional liberal lhe houvera reservado”²⁷⁹. Desta forma, “ao dar substância concreta a abstratos princípios constitucionais, costurando

²⁷⁵ PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 218.

²⁷⁶ PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 218.

²⁷⁷ Citamos Konrad Hesse, Mauro Cappelletti, Paulo Bonavides e Lenio Streck.

²⁷⁸ PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 220.

²⁷⁹ PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 218.

justificativas entre lei, jurisprudência e teoria do Direito e da Justiça, o juiz, forçosamente, terá de criar Direito também, tanto ou mais que o próprio legislador”²⁸⁰.

Conforme vem sendo demonstrado, os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica se mostram insuficientes para a interpretação das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, sobretudo os sociais, ainda mais complexos, tendo em vista tais normas conterem diversos conceitos vagos, textos abertos e abstratos, constituindo fórmulas valorativas.²⁸¹

A complexidade do tema, numerosas vezes, constitui verdadeira limitação à eficácia de tais direitos, uma vez que grande parte dos aplicadores do Direito, sobretudo no Brasil, ainda interpreta a Constituição a partir de um excessivo formalismo jurídico. O formalismo impede a interpretação dos aspectos valorativos contidos na norma constitucional, já que a análise é restrita a aspectos meramente lógico-formais.

Desta forma, a eficácia dos direitos fundamentais fica restrita à edição de leis infraconstitucionais, que na maioria das vezes não respeita os princípios orientadores de tais direitos. Isso vai diretamente de encontro às exigências do Estado Social, que requer um juiz consciente da sua função de concretizar o direito material.²⁸²

Nas palavras de Krell, “[...] a questão da hermenêutica dos direitos fundamentais deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma para se tornar um problema de conformação *política* dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico (e não lógico)”²⁸³.

Como dito em linhas pretéritas, a judicialização política traz de volta o debate sobre os limites do Poder judiciário, caracterizado, tradicionalmente, como neutro, inerte, imparcial, equidistante.²⁸⁴ O juiz passa a ser protagonista, ativo, interferindo, nas escolhas político-legislativas e administrativas, adentrando, por

²⁸⁰ PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 221.

²⁸¹ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p.71.

²⁸² KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p.74 e 75.

²⁸³ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 53.

²⁸⁴ PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais:** considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 220.

consequente em áreas reservadas, exclusivamente outrora, ao Legislativo e Executivo. “O julgador impõe o questionamento sobre sua prerrogativa de participar, em sentido amplo da criação do Direito”²⁸⁵.

Cappelletti defende a posição do juiz do que chama de *law maker* e “operador social” quando em se tratando de direitos sociais (novos direitos).²⁸⁶ O autor defende que a criação desse “Direito Judiciário” é decorrência da expansão do Estado em todos os seus ramos, representando um papel de contrapeso necessário no sistema de *cheques and balances*, ao crescimento desordenado e, muitas vezes, paternalístico e clientelista do Executivo e do Legislativo. É o que Cappelletti chama de “orgia legislativa”, em que “[...] o único elemento que permite suportar os abalos traumatizantes infligidos ao corpo social pela moderna cirurgia legislativa é, justamente, a reserva de princípios acumulados progressivamente e o contínuo progresso da tradição jurisprudencial”²⁸⁷.

Não se sustenta que seja possível ou mesmo necessária uma espécie de absolutismo do Sistema de Justiça, “[...] tendente a uma indevida concentração de poder, capaz de engendrar um espécie de totalitarismo judicial. Como apregoar que interpretar a lei demanda criatividade, não se está abrindo espaço para o arbítrio ou para uma espécie de *direito livre*, posto que o juiz não está livre de vínculos materiais e substanciais, atinentes ao *grau, limite e legitimidade* de sua criatividade,”²⁸⁸

²⁸⁵ PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais:** considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 221.

²⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999, p.13.

²⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SEFE, 1999, p.19.

²⁸⁸ PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais:** considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 224.

3.4.1 “Judicial Activism”

Adepta a essa ideia surge nos Estados Unidos da América uma corrente defensora do “*judicial activism*”, pelo qual o magistrado “deve assumir a nova missão de ser interventor e criador autônomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais”²⁸⁹. Transforma-se, assim, o juiz em administrador promovedor da mudança social.

Posner afirma que deve o juiz chegar sempre ao resultado mais razoável, sem para isso alcançar a concepção de Holmes, para quem o juiz é um legislador intersticial que, interpretando literalmente o art. 2º da Constituição suíça, determina que “[...] se nenhuma regra puder derivar da lei, o juiz decidirá de acordo com a regra que promulgaria caso fosse um legislador”, diferindo o juiz do legislador por o primeiro apenas preencher as lacunas do segundo.²⁹⁰

O autor pondera que, de forma diferente do legislador, o magistrado, diante de um caso difícil, é mais um “[...] formulador de políticas públicas do que um advogado convencional e, dentro de sua esfera de liberdade ou discricionariedade, pode ser tão livre de regras quanto um legislador. Contudo, nenhum deles é independente e, para ser mais preciso, as restrições são diferentes”²⁹¹. O legislador está sujeito a pressões de grupos políticos e populares tanto quanto o juiz está às fontes do direito.

Prossegue o autor, assegurando que “[...] um juiz que concebeu seu papel nos casos difíceis como o de um formulador de políticas públicas, e não o de canal de decisões sobre políticas públicas tomadas em outras partes do sistema político, não precisa, a esse propósito, ser um ativista judicial”.²⁹²

Para Costa, deixam de existir apenas simples conflitos de interesses e passam a existir conflitos de valores, cabendo ao Judiciário ponderar quais valores devem ser privilegiados, sendo “[...] indubitável a presença do elemento subjetivo no

²⁸⁹ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 74.

²⁹⁰ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 175.

²⁹¹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 175.

²⁹² POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 177.

ato jurisdicional, na medida em que aplicar é indissociável dos atos de interpretar e criar.”²⁹³

Não obstante o que foi dito, parece certo que a definição de quanto se deve gastar de recursos públicos e a maneira que isso deve ser feito são decisões próprias da esfera de decisão democrática²⁹⁴, portanto competência do Legislativo e do Executivo e não do Judiciário. Isso está estabelecido da Constituição quando dispõe sobre as competências daqueles Poderes no que diz respeito à elaboração do orçamento, sua execução e controle.

No entanto, o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais é indispensável para o próprio funcionamento da Democracia e para a própria realização do controle social das políticas públicas. Em outras palavras: o sistema democrático, naturalmente, “[...] não tem condições de funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna²⁹⁵”. Se os indivíduos não têm acesso a condições mínimas de efetivação de direitos fundamentais, não terá condições de participar conscientemente do processo democrático e do diálogo na esfera pública.

Em condições de miserabilidade e com ausência de condições básicas de saúde e educação é utópico crer que o indivíduo possa refletir e participar de maneira consciente do processo democrático²⁹⁶. E a ausência desse controle social em relação à gestão pública leva as deliberações representativas do povo a serem marcadas pela ineficiência das prestações de políticas públicas, seja pela má qualidade de tais prestações seja pela marca da corrupção e do clientelismo. Isso impossibilita tais políticas de atingirem sua finalidade de garantir e promover os direitos fundamentais.

Os recursos públicos são gastos, mas o status geral dos direitos fundamentais na sociedade pouco melhora –ou apenas melhoras transitórias- e, a fortiori, as condições da população de participar do processo democrático permanecem inalteradas. O ciclo então se renova: sem controle social, persistem a

²⁹³ COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista CEJ**. Brasília. n. 28, pp.43-53, jan./mar., 2005, p.43.

²⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 822 e 823.

²⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 823.

²⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 824.

corrupção, a ineficiência e o clientelismo. Mais recursos públicos são desperdiçados e muito pouco se produz em favos da promoção dos direitos fundamentais.²⁹⁷

O STF, nesse contexto, assumiu o papel de garantidor dos princípios constitucionais e, especialmente, garantidor dos direitos fundamentais. Como visto, para a concretização desses direitos e princípios o Poder Judiciário acabou por atuar algumas vezes corrigindo e suprindo a atividade dos outros Poderes, Legislativo e Executivo, sem contudo assumir o papel de legislador (ainda que delegado).

O modelo adotado pelo *Welfare State*, baseado, sobretudo, em princípios, bem como o grande número de funções conferidas ao Poder Judiciário, permitiu uma estrutura constitucional onde a decisão judicial passou a ter poderes além do previamente concebido, como exposto em linhas pretéritas. O Poder Judiciário passa de mero aplicador da lei, para um intérprete do direito, com o fito de consolidar o ideal de justiça de sua época, qual seja, o da justiça social distributiva.

O professor Krell ilustra bem a idéia de que o Estado Social requer uma nova perspectiva do juiz:

Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a neutralização política do Judiciário, com juízes racionais, imparciais e neutros, que aplicam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo desse modo o valor segurança, o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico. O Direito no Estado Liberal dependia basicamente do legislador; no Estado Social da sociedade de massas ele não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz.²⁹⁸

Sendo assim, para o autor, não é possível negar a responsabilidade do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais:

[...] se exigem alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam corresponsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política. A questão hermenêutica dos Direitos Fundamentais deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à

²⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010. p. 824.

²⁹⁸ KRELL, Andreas J.. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p.73

norma para se tornar um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico (e não lógico).²⁹⁹

A atuação do Poder Judiciário na Jurisdição Constitucional, conforme se tentou evidenciar, é democrática, “uma vez que não se pode considerar como suficiente a adoção do princípio majoritário para a tomada de decisões, fator que demonstrou insucesso ao longo da história, sendo necessário ter uma perspectiva de democracia”³⁰⁰ que ultrapasse o sentido de eleição pelo povo, mas um ponto de vista em que ela “seja entendida como um ‘valor-meio’, a partir do qual deve ocorrer a concretização de valores essenciais à vida humana. Nessa perspectiva, devem unificar-se as garantias formais e os resultados”³⁰¹.

Não há qualquer afronta à democracia em respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais, até mesmo em detrimento dos direitos das maiorias. A vontade popular está intrínseca à criação dos direitos fundamentais, uma vez que estes foram trazidos pelo constituinte, justamente a partir dessa vontade. Cabe ao juiz constitucional proteger tais direitos em face de maiorias eventuais, como também “[...] adequá-los à realidade social atual. Os direitos fundamentais são, portanto, limites à atuação do Estado, e, via de consequência, também à atuação do Legislativo, o qual não deve contrariá-los, mas promovê-los”³⁰².

²⁹⁹ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 73-74.

³⁰⁰ PEREIRA, Micheli. Atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 6, 2009, p.18.

³⁰¹ PEREIRA, Micheli. Atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 6, 2009, p.18.

³⁰² PEREIRA, Micheli. Atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 6, 2009, p.18

3.5 O direito à saúde em sua dimensão prestacional e os limites da reserva do possível e da competência do Legislativo em matéria orçamentária

O direito à saúde em sua dimensão prestacional, ao contrário de sua dimensão negativa, não se dirige à proteção abstrata, mas, sim, como já assinalado, encontra-se intimamente vinculado às tarefas de melhoria, distribuição e criação de bens essenciais não disponíveis para todos que deles necessitam.

Sendo assim, essa dimensão importa na característica de ser economicamente relevante para o Estado.³⁰³ Seu custo, por conseguinte, assume grande relevância no âmbito de sua eficácia e efetividade, uma vez que a realização das parcelas reclamadas depende do dispêndio de pelo menos algum recurso.³⁰⁴

Absolutamente ligada a essa característica está o problema de se o destinatário da norma se encontra em condições de prestar o que a norma lhe impõe. Está o sujeito vinculado à “real existência dos meios para cumprir essa obrigação”.³⁰⁵ Isso porque o Estado tem capacidade limitada de dispor sobre tais recursos, o que constitui, também, óbice à efetivação de tais direitos.

Há de se observar, entretanto, que a “reserva do possível” não pode limitar de forma intransponível a eficácia e efetividade dos direitos sociais, sobretudo do direito à saúde. Para Krell, essa teoria deriva de jurisprudência alemã que coloca os direitos fundamentais a prestações como limitados à disponibilidade dos respectivos recursos. No entanto, adverte o autor que problemas sociais não podem ser tratados da mesma maneira em países como a Alemanha, com altíssimo IDH, e no Brasil, onde a distribuição de renda constitui um dos maiores problemas do país.

No entendimento desse autor, o uso de soluções estrangeiras nem sempre se mostram suficientes para a consecução de um fim do direito interno³⁰⁶. Dessa forma, se esse entendimento for usado no Brasil, o ente público sempre terá alguma

³⁰³SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 285.

³⁰⁴ Ressalte-se que os direitos de defesa, apesar de em menor grau, também importam em despesas públicas. Isso porque também necessitam de uma série de medidas positivas por parte do Poder Público para sua realização. Não se limita, portanto, à aplicação da reserva do possível aos direitos de cunho prestacional, entretanto será realizada no presente trabalho apenas sua análise, em razão de, normalmente, a limitação da eficácia (sobretudo pela via judicial) ocorrer mais significativamente nessa dimensão do direito à saúde.

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 388.

³⁰⁶ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 74 e 75.

justificativa para sua omissão e a realização dos direitos estaria condicionada “[...] à existência de ‘caixas cheios’ do Estado”, o significaria retirar por completo a eficácia dessas normas, colocando esses direitos como “[...] de segunda categoria”.³⁰⁷

Não faria sentido, como dito, a Constituição estabelecer direitos que não possam ser exigidos diretamente pelo indivíduo em juízo. Galdino chega a afirmar que não deverá ser reconhecido direito subjetivo como direito subjetivo fundamental quando não houver a possibilidade real de torná-lo efetivo. O autor defende que a análise dos custos e benefícios desses direitos é o que autorizará ou não seu reconhecimento.³⁰⁸

Já Barroso, defensor da aplicação no país do postulado da “reserva do possível”, sugere alternativa para no caso da omissão do Estado à determinada prestação material, o interessado poder ingressar com ação cominatória em face do Estado, condenando-o em obrigação de fazer e, diante da impossibilidade financeira do cumprimento de tal obrigação, resta a possibilidade de o particular ser indenizado pela omissão.³⁰⁹

O autor cita o exemplo do direito de acesso à educação fundamental gratuita, em que o pedido pode ser o da condenação do Estado à construção de escola ou do pagamento dos estudos do interessado em escola de ensino particular e, na impossibilidade disso, na condenação do Estado ao pagamento de indenização devido à sua omissão, o que, em seu juízo, não supre a falta do estudo.

Tal alternativa parece viável, no entanto não há óbice para que o Judiciário, diante da impossibilidade da, retomando o exemplo dado, construção de escola, determine nas leis orçamentárias relativas àquele ente a inclusão de tal obra, tendo em vista sua omissão anterior.

Nesse sentido, retornam as críticas agora em relação à atuação judicial na matéria que “[...] diz respeito à intrincada questão da *legitimidade democrática*”.³¹⁰

³⁰⁷ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 74 e 75.

³⁰⁷ KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 74

³⁰⁸ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 151.

³¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984>. Acesso em: 25 maio 2008.

Diversos autores defendem a “[...] impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos.” Isso porque os recursos em questão são obtidos através da cobrança de impostos, pagos pelo povo, sendo este quem deveria dispor de que maneira deveriam ser gastos, e nessa área é o Legislativo o órgão (democrático) que representa o povo.

Nesse diapasão, Barroso defende que essas decisões, por serem razoáveis, fariam com que coubesse ao povo tomá-las, “[...] diretamente ou por meio de seus representantes eleitos”.³¹¹

Certamente, crê-se que a mais forte objeção contra o ativismo judicial seja a possibilidade de decisões antidemocráticas, tendo em vista que o juiz não retira sua autoridade diretamente do voto popular. Essa questão é cerne central da crítica dos procedimentalistas, os quais veem na jurisdição constitucional uma ameaça à democracia deliberativa.³¹²

De outra banda, sabe-se que o “Estado Legislador” se encontra em crise, pelo *overload*³¹³ do Poder Legislativo, o qual vem sofrendo para dar conta da demanda cada vez maior por legislação, que abdica de parte de seu poder em favor do Executivo, transformando o Estado Social num Estado administrativo o que levou a um descontentamento generalizado com estes poderes. Assim emerge um Sistema de Justiça com o árduo dever de preservar os níveis de autoridade pública com certa confiabilidade, suspendendo leis e atos administrativos que vão de encontro aos valores constitucionais.

Ao Judiciário, cabe ser criativo e imediato, de modo até mesmo que se antecipe à legislação, que costuma ser lenta quando se fala em novos desafios sociais. Desta forma, quando o Congresso ainda é omissos frente a essas questões, o Judiciário é

³¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984>. Acesso em: 25 maio 2008.

³¹² PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 227.

³¹³ PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 226.

chamado a se pronunciar sobre essas questões. Foi assim com a questão dos transgênicos³¹⁴ e recentemente com a permissão do uso de células-tronco³¹⁵.

Nesse sentido Cappelletti³¹⁶ sustenta a legitimidade política do Poder Judiciário com base em quatro argumentos relacionados. A um, consiste em ilusão a ideia de existe consenso para sustentar decisões dos governantes, já que a maioria da classe política atua distanciando-se dos interesses dos governados. A dois: não há uma absoluta falta de representatividade do Poder Judiciário, tendo em vista que os Ministros do Supremo Tribunal Federal são escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pela maioria absoluta do Senado da República³¹⁷ e da mesma forma os membros do Superior Tribunal de Justiça.

Já o posicionamento de Torres, bastante razoável, é no sentido de que quando a proteção positiva se der em defesa do mínimo existencial não se limita à “reserva do possível”, tendo em vista que sua fruição independe de políticas públicas e do orçamento, em oposição ao que ocorre com os direitos sociais.³¹⁸

Para o autor, é cabível a determinação pelo Judiciário de prestações positivas por parte do Estado, uma vez que tais direitos fundamentais estão fora do âmbito da discricionariedade administrativa, sendo “garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos”.³¹⁹

³¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3035. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Origem Paraná. EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a lei estadual paranaense de nº 14.162, de 27 de outubro de 2003, que estabelece vedação ao cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados. Alegada violação aos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º art. 22, incisos I, VII, X e XI; ao art.24, I e VI; ao art. 25; e ao art.170, caput, inciso IV e parágrafo único. 3. Plausibilidade das alegações de inconstitucionalidade no que toca à potencial ofensa à competência privativa da União e das normas constitucionais relativas às matérias de competência legislativa concorrente.4. Deferida a cautelar. Brasília, 11 de dez. de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de ago. de 2011.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe em 28/05/2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de ago. de 2011.

³¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução: Carlos alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999. p.27.

³¹⁷ Art. 101, parágrafo único da CF/88.

³¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 69-86, p. 81.

³¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 69-86, p. 82.

Nesse sentido também se posicionou, recentemente, o Supremo Tribunal Federal ao entender que a educação infantil, como direito de toda criança, não está adstrita à discricionariedade da Administração Pública, nem se subordina às razões meramente práticas do Governo.³²⁰

Isso porque cabe ao Estado empregar prioritariamente recursos para o atendimento daquilo que se entenda, em determinados sociedade e momento histórico, mínimo existencial. Se algum indivíduo se encontra desprovido dos bens ou serviços necessários à concretização desse mínimo, é dada à inconstitucionalidade de ato anterior do Estado, o qual destinou a outros fins recursos que deveriam ter sido empregados para garantir as prioridades constitucionais³²¹.

Nesse mote, o magistrado se encontra desobrigado de examinar o argumento da reserva do possível, uma vez que “[...] essa questão já terá avaliada quando da construção do próprio conceito³²²” de mínimo existencial.

De forma sucinta, pode-se afirmar que “[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado”³²³. Mas acima disso, não se pode olvidar que a finalidade do Estado ao obter recursos é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição, antes de gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública.

O cerne das Constituições modernas, e da nossa Constituição de 1988 em especial, pode ser resumida, como já exposto, “[...] na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de

³²⁰ BRASIL, STF. RE nº. 436.996 – AC - 2ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJ 03.02.06.

³²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 819 e 820.

³²² BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 818

³²³ BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

existência³²⁴. Os gastos públicos prioritários são estabelecidos com base nos elementos fundamentais para a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial.³²⁵

Dessa maneira, ainda que se considere a doutrina da reserva do possível, esta deve conviver associada ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, o mínimo existencial, que só depois de atingido é que abre a possibilidade de se discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir³²⁶.

³²⁴ BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

³²⁵ Nesse sentido decidiu o STF: [...]. Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, esse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado[...]. BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Medida Cautelar Em Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. Relator Min. Celso de Mello. Publicado no DJU em 04/05/2004.

³²⁶ BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246

3.6 Críticas à judicialização excessiva

3.6.1 judicialização excessiva

Demonstrada a possibilidade de o Judiciário intervir nas políticas públicas no caso de omissão ou ineficiência de sua execução, cabe tecer algumas considerações aos limites de tal intervenção.

A mudança jurisprudencial nesse sentido trouxe grande avanço em matéria de efetividade das normas constitucionais. Entretanto, diversas críticas vêm sendo formuladas em se tratando de direito à saúde, quanto ao número excessivo de demandas individuais que vêm causando grande desorganização na prestação dos serviços básicos.

Nesse sentido, Barroso considera que se está privilegiando a classe média em detrimento dos pobres, para quem as políticas públicas seriam destinadas caso os gastos com as demandas judiciais não existissem, pois seria esta a classe com maior acesso ao Judiciário. Quanto à questão do acesso,³²⁷ não restam dúvidas que com o maior nível de informação, maior o conhecimento da população sobre seus direitos; no entanto, verifica-se que a grande maioria das demandas propostas nesse sentido o são pelo Ministério Público e pelas Defensorias Públicas, os quais representam, respectivamente, os interesses da sociedade em geral e dos pobres, por serem estas suas funções fundamentais.

Outra crítica feita diz respeito ao nível técnico exigido para a criação e implementação de políticas públicas, que seria reduzido no Judiciário; entretanto, o juiz decide, ou deveria decidir, com base em laudos técnicos e conta com a interdisciplinaridade de seus peritos. Além disso, o juiz apenas decide qual e de que forma a política deve ser prestada, cabendo aos órgãos “técnicos” do Executivo sua implementação com base na decisão judicial.

Outras questões elaboradas se referem ao fato de as ações cominatórias, referentes à efetivação do direito à saúde, muitas vezes terem por objeto a prestação de

³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984>. Acesso em: 25 maio 2008.

um tratamento médico experimental ou o uso de drogas importadas, extremamente onerosas aos cofres públicos.

3.6.2 Medicamentos de alto custo pra tratamento de doenças raras:

Uma das maiores críticas em relação à judicialização do direito à saúde diz respeito ao grande número de indivíduos que recorrem ao Judiciário para receber medicamentos de alto custo para tratamento de doenças raras.

Inicialmente, cumpre salientar que no Estado de Alagoas, segundo dados coletados na Defensoria Pública Estadual, cerca 73% (setenta e três por cento)³²⁸ do total dos custos dos medicamentos de todas as ações ajuizadas pela Defensoria Pública em 2010 dizem respeito a medicamentos para tratamento de câncer, que na maioria das vezes, apesar de alto custo, são contemplados pela política farmacêutica da rede pública, de uso comum nos hospitais públicos. Além disso, as ações mais numerosas naquele órgão dizem respeito ao tratamento de Diabetes, incluindo pedidos por insulina, fitas e aparelhos para a medida de glicemia. Segundo a American Diabetes Association³²⁹ cerca de 12% (doze por cento) da população brasileira sofre com algum tipo de diabetes. Ora, ao deferir uma prestação de saúde abarcada entre as políticas sociais e econômicas estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. “Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.”³³⁰

Ou seja, nos casos em que haja política pública definida e que abranja o pleito é indubitável a existência de direito e o uso dessa premissa deve ser corrente no Poder Judiciário.

³²⁸ O gasto estimado com as ações judiciais para o fornecimento de medicamentos para o tratamento de câncer por parte do Estado de Alagoas e do município de Maceió foi da ordem de R\$ 10.584.707,09 (dez milhões e quinhentos e oitenta e quatro mil e setecentos e sete reais e nove centavos).

³²⁹ American Diabetes Association. Disponível em www.diabetes.org. Acesso em 26 de out. de 2011.

³³⁰ LIRA, Daiane Nogueira de. A Audiência Pública da Saúde e o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Saúde. Carreiras Jurídicas. Disponível em: <http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina13texto4.pdf>. Acesso em: 18 mar 2011.

Sendo assim, verifica-se que apenas uma pequena parcela das demandas diz respeito a tratamentos de alto custo para doenças raras, bem como é pequena a parcela do orçamento comprometida para o fornecimento de tais medicamentos.

É certo que, muitas vezes, se estaria realizando a chamada micro-justiça, ao se conceder tratamento a determinado indivíduo, cujo custo seria suficiente para tratar grande parte de população afetada por um mal comum e de tratamento mais barato, no entanto, na maioria das vezes, esses tratamentos e drogas são literalmente a última chance de vida dos postulantes; negar-lhes tal alternativa seria desconsiderar a importância da dignidade da pessoa humana e da própria vida, além de ir de encontro ao preceito constitucional de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, retirando a existência do direito (constitucional) das prestações materiais em sede desse direito.

Ocorre, todavia, que esse tipo de pleito por tratamento, mais do que qualquer outro, deve vir munido de arcabouço probatório suficiente para comprovar que a política pública farmacêutica adotada não tenha outra opção de tratamento possível para o caso, bem como não haja a opção de tratamento de menor custo. Nesse sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal ao julgar os recursos: Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47, que diziam a respeito do fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos a pacientes de doenças graves que recorreram ao Poder Judiciário, em 17 de março de 2010, que servem como parâmetros para as decisões de casos similares naquela corte:

[...] No caso dos autos, ressalto os seguintes dados fáticos como imprescindíveis para a análise do pleito:

a) a interessada, jovem de 21 anos de idade, é portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, **doença neurodegenerativa rara**, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como, “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas” (fl. 29); b) os sintomas da doença teriam se manifestado quando a paciente contava com cinco anos de idade, sob a forma de dificuldades com a marcha, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfagia (fl. 29); c) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C (fl. 30); d) a família da paciente declarou não possuir condições financeiras para **custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês**; e e) segundo o acórdão impugnado, **há prova préconstituída de que o medicamento buscado é considerado pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade** (fl. 108).

[...] **Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.** (grifou-se)³³¹

3.6.3 *Dos medicamentos sem registro na ANVISA*

A esperança de cura, não raro, leva ao Poder Judiciário a busca pela condenação do Estado ao fornecimento de fármaco não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Ocorre que todo medicamento, no Brasil, seja de origem nacional ou importada, é submetido à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde, para autorização e concessão de registro. O registro é, segundo o Decreto 3.961/2001³³², instrumento pelo qual o Ministério da Saúde, no uso de sua atribuição específica, determina a inscrição prévia no órgão competente para avaliação do caráter jurídico-administrativo e técnico científico relacionado com a eficácia, segurança e qualidade do produto, para sua introdução no mercado para consumo.

Sendo assim, a concessão de registro, suspensão e cancelamento de medicamentos no Brasil é de competência exclusiva do Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), agência reguladora e autarquia federal sob regime especial, foi criada pela Lei 9.782/99³³³, com a finalidade institucional de promover a proteção à saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, processos, insumos e tecnologias a eles relacionados.³³⁴

No caso de fármaco ou tratamento não registrado na ANVISA, não se está diante uma omissão legislativa ou administrativa, ou mesmo de uma decisão

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental, n. 408729/CE (2006.81.00.003148-1). 17.03.2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 23 out. 2011.

³³² BRASIL, Decreto n. 3.961. Altera o Decreto no 79.094, de 5 de janeiro de 1977, que regulamenta a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976. Diário Oficial da República Federal do Brasil. Brasília, 10 de outubro de 2001.

³³³ BRASIL, Lei 9.782. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federal do Brasil. Brasília, 26 de janeiro de 1999.

³³⁴ SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Medicamentos e a Justiça. Breves considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2296, 14 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13678>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

administrativa de não fornecê-la, mas sim diante de uma vedação legal. É que a Lei Federal n.º 6.360/76³³⁵, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina, em seu artigo 12, que: “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”.

O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles o de que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

Desta forma, assim como os laboratórios não podem importar ou industrializar estes produtos, também a Administração Pública não pode fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA, por uma questão de segurança e garantia à saúde pública.

No entanto, o Plenário do STF, em unanimidade de entendeu que tal regra não é absoluta. Há as exceções também previstas em lei:

“Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.”

Fora das exceções legais, não cabe o Judiciário condenar o Estado a fornecer fármacos ou tratamentos que não tenham passado pelo controle e consequente registro na ANVISA, por se tratar de conduta ilegal e possivelmente prejudicial à saúde pública.

No entanto a jurisprudência pátria, nesses casos, ainda diverge de tal posicionamento, ocorrendo dissenso jurisprudencial que vem admitindo exceções³³⁶,

³³⁵ BRASIL, Lei n. 6.360. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Diário Oficial da República Federal do Brasil. Brasília, 23 de setembro de 1976.

³³⁶ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Ap. 0039629-07.2009.8.26.Relator(a): Aroldo Viotti.11ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 21/11/2011. EMENTA: Ação de obrigação de fazer movida por pessoa portadora de “infecção pulmonar resistente por Mycobacterium Avium”, objetivando o recebimento do medicamento “Interferon-gama humano” (nome comercial ? “Imukin® ou Actimmune®”). Demanda julgada procedente. Recurso da Fazenda Estadual buscando a reforma do

seja pela natureza da situação, quando for último recurso possível, sucesso em terapêutica anterior e inexistindo outro medicamento eficaz, seja por encontrar-se o registro em fase adiantada.

3.6.4 Algumas considerações quanto à tutela individual do direito à saúde

É certo que, ao se recorrer ao Judiciário, assim como em todas as demandas, as pretensões devem ser razoáveis e verificadas em relação a cada caso concreto, não se devendo criar dogmas que limitem o acesso a tal Poder, como, por exemplo, impondo uma barreira a tal acesso àqueles que têm planos de saúde e, no caso de pretensão a uma prestação a demanda deve ser movida contra o plano e não contra o Estado³³⁷. Ocorre que há casos em que, mesmo o sujeito tendo contrato de plano de saúde, pode ser considerado como pobre, sendo impossível demandar aquela instituição de saúde dada a sua área de cobertura ou atuação, bem como não há discriminação legal ou constitucional quanto ao acesso às políticas públicas de saúde.

O fato é que há sim uma judicialização excessiva, mas isso se dá em decorrência da omissão do Administrador em prestar as condições mínimas sanitárias para a população³³⁸, e a consequência natural disso, a busca da população por condições dignas de saúde, é o atolamento dos processos nas Varas de Fazendas Públicas em todo o Brasil e uma maior desorganização por parte no Estado, quando deveria implementar políticas públicas ao invés de ter que cumprir com as onerosas decisões judiciais nesse sentido.

julgado. Inadmissibilidade. Comprovação médica de que a autora é portadora da doença referida, necessitando da medicação indicada, bem como de que não dispõe de situação ocioeconômica que lhe permita arcar com o custo do tratamento. **Falta de registro de um fármaco junto à ANVISA não é causa de interdição absoluta ao uso do medicamento no Brasil. Recursos oficial e voluntário improvidos.** (grifou-se).

³³⁷ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Direitos fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 265-283, p. 282.

³³⁸ o Brasil tem uma performance internacional aquém de sua economia, é o sétimo maior Produto Interno Bruto (PIB) do mundo e segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) é o 72º de gasto per capita em saúde O setor público gasta duas vezes e meia menos do que o setor privado na área da saúde para atender 190 milhões de brasileiros, enquanto que os planos de saúde beneficiam um quarto da população brasileira, cerca de 46 milhões de conveniados. Ainda de acordo com a OMS, no resto do mundo o gasto público equivale a 60% (sessenta por cento) do total investido em saúde. ORGANIZACION MUNDIAL DA LA SALUD. **Estadísticas Sanitarias Mundiales 2011**. Disponível em <http://www.who.int/whosis/whostat/ES_WHS2011_Full.pdf>. Acesso em 16 out 2011.

A solução está longe de ser alcançada, mas a alternativa mais plausível parece ser o uso de ações coletivas, especialmente o das Ações Cíveis Públicas, para a defesa dos interesses da população e o favorecimento da organização das políticas prestadas na área de saúde por parte dos governantes.³³⁹

³³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984>. Acesso em 25 maio 2008.

4 TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE

4.1 O Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata

Por força do texto constitucional, que traz a saúde como prioridade, forçoso deduzir que o Poder Público está obrigado a tomar suas decisões orçamentárias de forma coerente com este dever. Tem-se que há o dever de alocar os recursos necessários para a prestação de serviços que foram exigidos constitucionalmente.³⁴⁰

Em outras palavras, o Executivo e o Legislativo estão obrigados a, no âmbito do orçamento, destinar os recursos necessários às prestações de tais serviços. “A não alocação de verbas nesses termos descreverá uma deliberação incompatível com a Constituição e, por isso mesmo, inválida”³⁴¹. Sendo assim, a inobservância de tal dever jurídico pode ser objeto de controle jurisdicional.

Nesse sentido é que se entende que se um indivíduo tem direito a determinada prestação, é porque o estado está obrigado (tinha o dever) de prestá-la ao autor da demanda e a todos os que estiverem na mesma situação que este³⁴². As prestações de saúde não têm reflexos apenas individuais, além deles, sem excluir a possibilidade das demandas individuais, é possível e, necessária a abordagem coletiva e abstrata de tais demandas.

O excesso de demandas individuais gera uma imprevisibilidade por parte da Administração Pública de como alocar os recursos de saúde, resta instaurado quase que um caos nas finanças públicas. Verifica-se que a realidade nas Varas de Fazenda Pública é o atulhamento de processos individuais cobrando dos entes públicos a

³⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 816.

³⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 816.

³⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 816 e 817.

prestação de políticas satisfatórias de saúde, sobretudo no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos.

Isso implica numa grande desorganização nas Secretarias de Saúde, que têm de cumprir as liminares e readaptar o orçamento, conforme afirma a superintendente da Central de Medicamentos do Estado do Rio de Janeiro:

Estamos trabalhando para atender às liminares, senão mandam prender o Secretário [...]. As liminares causam uma desordem enorme aqui dentro. Temos o prazo de 48 horas para dar o remédio ao paciente [...]. O que acontece é uma quebra do orçamento por que o medicamento que é pedido para uma pessoa tem valor que daria pra comprar inúmeras outras coisas” (entrevista concedida pela superintendente da Central de Medicamentos do Estado do Rio de Janeiro, janeiro de 2004).*(sic)*³⁴³

Para além disso, as demandas individuais, por sua própria natureza, têm de lidar com o argumento da reserva do possível. Há poucas opções para o magistrado lidar, nesses casos, com o argumento de falta de recursos disponíveis. Não parece viável a execução de perícias do orçamento e da execução orçamentária dos entes públicos³⁴⁴.

Resta ao magistrado empregar uma razoabilidade genérica, baseada exclusivamente em sua percepção limitada da realidade, para ignorar o argumento ou curvar-se a ele³⁴⁵. Nesse sentido, Ana Paula Barcellos cita o seguinte exemplo: um juiz pode entender que uma prestação de R\$50.000,00 deve ser custeada pelo Poder Público pois tal valor, imagina o juiz, provavelmente não interfere gravemente com as disponibilidades de recursos públicos; fosse o custo R\$ 500.000,00, porém, talvez a conclusão fosse outra; “[...] fosse outro juiz, é possível que outras fossem as conclusões”.³⁴⁶

Já no plano coletivo, essa dificuldade parece ser substancialmente reduzida; e mais ainda no plano abstrato, constitucionalidade de alocações

³⁴³ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 48, n. 4, 2005, pp. 777 a 843, p. 796.

³⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 818.

³⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 818.

³⁴⁶ Ressalte-se que, conforme amplamente discutido em tópicos pretéritos, a noção de mínimo existencial foi em boa parte desenvolvida para minimizar, e quiçá neutralizar tal dificuldade. O argumento de reserva do possível não pode ser suscitado contra a exigibilidade do mínimo existencial pois seu conteúdo descreve o conjunto de prioridades constitucionalmente definidas para a ação estatal.

orçamentárias. Isso em razão, primeiramente, de que tal discussão exigirá, por sua própria natureza, uma apreciação do contexto geral das políticas públicas em embate. Os legitimados ativos, Ministério Público e Defensoria Pública, têm melhores condições de discutir tais elementos nos autos. Isto é ter uma dimensão mais realista das necessidades gerais da população, bem como de aferir qual a disponibilidade de recursos públicos³⁴⁷.

Ademais, nas ações coletivas e abstratas questiona-se a definição de prioridade e a alocação de recursos de caráter geral, evitando-se o questionamento que as demandas individuais trazem de o magistrado estar preocupado apenas com a solução daqueles casos concretos, privilegiando o que se tem chamado de micro-justiça³⁴⁸, ignorando “[...] outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça”³⁴⁹.

Ao tempo em que as prestações são concedidas isoladamente a determinados indivíduos, outros tantos morrem sem a atendimento adequado na rede pública de saúde, sem ter condições de recorrer a Judiciário. Mesmo sabendo que isso se dê, em grande parte, em decorrência da má gestão pública³⁵⁰ (através da escolha de prioridades inconstitucionais na alocação de recursos e até da prática de crimes), que não se relaciona diretamente à atuação judiciária, é indissociável a ideia de que os recursos usados para o cumprimento da decisão judicial reduzem consideravelmente as verbas que seriam utilizadas para prestações para o restante da coletividade.³⁵¹

Ana Paula Barcellos afirma que não há maneira de eliminar esses problemas e nem seria o caso de impedir o processamento das demandas individuais. No entanto, defende que, paralelamente às demandas judiciais individuais, deve-se

³⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 818.

³⁴⁸ Nesse sentido a obra de GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 818.

³⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 821.

³⁵¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 65.

tentar implementar outros meios aptos a trazer maior “[...] igualdade, ampliar a efetividade das disposições constitucionais e evitar efeitos colaterais observados no contexto das demandas individuais.”³⁵²

Em outras palavras: se o tema deixar de ser majoritariamente tratado no âmbito das demandas individuais, para ser discutido também no plano coletivo e/ou abstrato, os problemas poderão ser minimizados, tendo em vista que as decisões trazidas nesse tipo de demanda são, por sua própria natureza, gerais, atingindo a sociedade como um todo, eliminando a distribuição desigual das prestações do Estado em relação às pessoas que têm acesso ao Judiciário em detrimento das que não têm.

A própria constituição trouxe instrumentos para a concretização de tais direitos, através de decisões de maior alcance. Dentre elas entendemos ser mais relevantes a Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional e a Ação Civil Pública.

4.2 Ação Civil Pública

A Lei 7.347 de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública, previu a possibilidade (art. 11) de o pleito judicial, no âmbito dessa ação, ser destinado ao cumprimento de obrigação de fazer e/ou não fazer. Sendo assim, tornou-se possível, na busca da proteção dos interesses metaindividuais, a determinação judicial ao “cumprimento de prestação de atividade devida ou a cessação de atividade nociva” a que o devedor dessa obrigação está juridicamente vinculado, tudo sob pena de execução específica ou de cominação de multa diária, em sede de Ação Civil Pública, sem a exclusão do ressarcimento pelos danos anteriormente causados.³⁵³

Inovou tal lei ao prever a possibilidade de condenação a tutela específica, quando anteriormente a única possibilidade era a obrigação de pagar quantia certa, como forma de reparação dos danos previamente causados.

³⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010. p. 820.

³⁵³ FRONTINI, Paulo Salvador. Ação Civil Pública e separação dos poderes do Estado. *In: MILARÉ, Édis (Org). Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 713-752, p. 716.

Pode o Ministério Público, uma organização de Direito Privado, e agora a Defensoria Pública (Lei 11.448/07), propor Ação Civil Pública na defesa da efetividade do direito à saúde, intervindo onde houver um interesse social.³⁵⁴

Foge a Ação Civil Pública da antiga regra do Direito Processual brasileiro, onde não se previram instrumentos para a tutela coletiva de direitos³⁵⁵. Nesse sentido o artigo 6º do Código de Processo Civil, que prevê: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Hoje, com o advento da Lei de Ação Civil Pública, com o Código de Defesa do Consumidor e com a reforma da Lei Processual, o processo coletivo no País privilegia a tutela coletiva dos direitos e a tutela dos direitos coletivos.³⁵⁶

Como dito, torna-se mais razoável a propositura de ações coletivas, no lugar das individuais, seja porque as ações coletivas têm abrangência maior e possibilitam o acesso ao bem tutelado por um maior número de indivíduos³⁵⁷, seja porque por meio de ações coletivas torna-se mais fácil o controle das políticas públicas a partir “da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição” de maneira substancialmente mais simples.³⁵⁸

Verifica-se que a realidade nas Varas de Fazenda Pública é o atulhamento de processos individuais cobrando dos entes públicos a prestação de políticas satisfatórias de saúde, sobretudo no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos.

Isso acaba gerando grande desorganização nas Secretarias de Saúde, que têm de cumprir as liminares e readaptar o orçamento, conforme afirma a superintendente da Central de Medicamentos do Estado do Rio de Janeiro:

Estamos trabalhando para atender às liminares, senão mandam prender o Secretário [...]. As liminares causam uma desordem enorme aqui dentro. Temos o prazo de 48 horas para dar o remédio ao paciente [...]. O que

³⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 33.

³⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17.

³⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

³⁵⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2002, p. 68.

³⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582>. Acesso em: 25 maio 2008.

acontece é uma quebra do orçamento por que o medicamento que é pedido para uma pessoa tem valor que daria pra comprar inúmeras outras coisas” (entrevista concedida pela superintendente da Central de Medicamentos do Estado do Rio de Janeiro, janeiro de 2004).(sic)³⁵⁹

4.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Constituição Federal de 1988 inovou ao prever a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) originalmente no parágrafo único do art. 102, e depois da Emenda constitucional n. 3/93 no parágrafo 1º do mesmo artigo³⁶⁰:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A ausência da lei regulamentadora, até o ano de 1999, levou o STF a pacificar entendimento no sentido de que não poderia apreciar as demandas levadas e ele por meio deste instituto, dada a carência de eficácia da norma³⁶¹.

Só após a edição da Lei n. 9.882/99, a qual dispõe sobre o processo e julgamento do instituto, é que se tornou possível lançar mão da arguição de descumprimento de preceito fundamental para o controle de constitucionalidade. A lei

[...] possibilitou um controle *incidental-abstracto* junto ao Supremo Tribunal Federal, permitindo a resolução antecipada de controvérsias constitucionalmente relevantes, instaladas em qualquer processo judicial concreto, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo somente após longos anos. [...] permitiu o controle *abstracto* de atos infralegais e concretos, de quaisquer das entidades públicas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e especialmente sobre legitimidade constitucional do direito ordinário preexistente em face da nova Constituição³⁶².

Sendo assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do STF para a proteção dos

³⁵⁹ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 48, n. 4, 2005, pp. 777 a 843, p. 796.

³⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 577.

³⁶¹ “[...] enquanto não houver lei estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgRegPet 1.140-7, Rel. Min. Sydney Sanches, publicado no DJ em 31/05/1996.

³⁶² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 581 e 582.

preceitos mais importantes da Constituição diante da ameaça ou lesão que resulte de qualquer ato ou omissão do poder público.

Dirley da Cunha Júnior entende por preceito fundamental:

[...] toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra - que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais relevante numa Constituição, aferível pela nota de sua indispensabilidade. É o seu núcleo central, sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe dá vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição³⁶³.

O preceito fundamental, por conseguinte, não abrange qualquer norma, mas tão somente ao grandes princípios e regras basilares da Constituição Federal de 1988³⁶⁴, que é a maior do mundo³⁶⁵. Nesse sentido, demonstra ser a ADPF meio hábil para a tutela abstrata do direito à saúde, posto que faz parte do “mínimo existencial” preciso pra que se concretize a dignidade da pessoa humana, quando houver omissão ou violação por parte do poder público em sua prestação. A abrangência seria sobre qualquer ato ou omissão do poder público, seja normativo ou não normativo, abstrato ou concreto e proveniente de qualquer órgão ou entidade do Legislativo, do Executivo e do Judiciário³⁶⁶.

³⁶³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 588 e 589.

³⁶⁴ VARGAS, Alexis Galiás de Souza e BASTOS, Celso Ribeiro. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária. **Revista Jurídica Virtual** n. 8, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília-DF, janeiro, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm>. Acesso em: 10 de jul de 2011.

³⁶⁵ “[...] ao contrário do que ocorre nas outras formas de controle concentrado (exercido através da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade), em que se discute qualquer norma constitucional, na nova hipótese só cabe a ação se houver desrespeito a preceito *fundamental*. Este fator faz uma enorme diferença, pois não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma. Dentre estes, podemos de antemão frisar alguns que, dada sua magnitude e posição ocupada na Carta, não deixam dúvidas quanto à caracterização de fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais”. VARGAS, Alexis Galiás de Souza e BASTOS, Celso Ribeiro. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária. **Revista Jurídica Virtual** n. 8, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília-DF, janeiro, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm>. Acesso em: 10 de jul de 2011.

³⁶⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 605.

Apesar da magnitude do instituto, o legislador ordinário, apoiado pela jurisprudência do STF, concedeu caráter subsidiário à ADPF (em sua forma incidental), só aceitando seu cabimento quando não houver cabimento de outra ação que efetivamente possa afastar a lesão a preceito fundamental, via de regra quando não couber Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade ³⁶⁷.

Na modalidade direta ou autônoma a ADPF será sempre cabível, segundo Cunha Júnior, “[...] contra as omissões do poder público em adotar as medidas necessárias a tornar *efetivo preceito constitucional fundamental*, sejam essas medidas de responsabilidade do legislador, sejam de responsabilidade dos órgãos ou agentes da administração pública”. ³⁶⁸

4.5 Breves considerações acerca do controle social como forma de controle de decisão e execução de políticas públicas

Além do controle das políticas públicas em si, por meio de ações individuais e coletivas, é possível o controle de aspectos do processo de decisão e execução de políticas públicas. ³⁶⁹

Tal controle, segundo Barcellos, pode ser realizado através do controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público e pelo controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos.

Em relação à primeira espécie de controle, esta se daria em razão do descumprimento do dever de publicidade pelo Executivo, ³⁷⁰ no que diz respeito à prestação das contas públicas. Tal controle se daria por meio de ações de prestações de contas e não interferiria com a formulação ou execução de políticas públicas. “Trata-se

³⁶⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 583.

³⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 644.

³⁶⁹ Barcellos, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang *et al* (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 111-147. P. 113.

³⁷⁰ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

apenas de racionalizar a gestão das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais e incrementar o grau de responsabilidade política e social, de modo a fornecer subsídios mais consistentes para o debate e controle sociais.”³⁷¹

A questão apesar de parecer singela envolve aspectos práticos difíceis de lidar. Primeiramente há, principalmente nos planos estaduais e municipais, falta de metas tangíveis por parte do Executivo, havendo um debate político genérico que torna difícil o controle dos resultados.

Existindo as metas, a obrigação de prestar contas acerca de seu cumprimento, bem como das eventuais razões para seu descumprimento, não sofre, a rigor, qualquer repercussão das críticas quanto à legitimidade democrática, separação dos poderes ou mesmo realização da chamada micro justiça.

Quanto ao controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos, este se daria no plano econômico. É a relação de economicidade entre os recursos destinados à política e o custo médio de mercado das ações levadas a cabo no contexto dessa iniciativa estatal.³⁷²

O dever de economicidade e eficiência decorre do próprio texto constitucional, constituindo obrigações legalmente impostas aos agentes públicos em geral. Sendo assim, não se estaria diante de qualquer interferência em qualquer decisão acerca do conteúdo das políticas públicas. Tratando-se apenas da responsabilização de tais agentes que agirem fora dos parâmetros legais³⁷³.

Essa forma de controle se mostra como alternativa para a judicialização excessiva e para suprir o *déficit* Democrático, uma vez que a população contaria com mais recursos para avaliar o desempenho dos agentes políticos.

³⁷¹ Barcellos, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang *et al* (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 111-147. P. 135.

³⁷² Barcellos, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang *et al* (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 111-147. P. 142.

³⁷³ Barcellos, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang *et al* (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 111-147. P. 142-143.

4.6 Análise de caso concreto: o STF e o pedido de suspensão de liminar n.91 de Alagoas

Em que pese a Ação Civil Pública parecer ser o método mais seguro pra suprir as omissões públicas e trazer efetividade aos direitos fundamentais, em especial ao direito à saúde, tal meio processual, nesse aspecto, ainda se apresenta de forma tímida no Supremo Tribunal Federal se comparado às demandas individuais.

Como dito, as ações coletivas demonstram caráter mais democrático que a judicialização por prestações individuais, chegando mais perto da realização do que se vem chamando de macro-justiça. No entanto, ainda prevalece a escolha do uso destas sobre aquelas.

As demandas individuais, por sua própria natureza, têm de lidar com o argumento da reserva do possível. Há poucas opções para o magistrado lidar, nesses casos, com o argumento de falta de recursos disponíveis. Não parece viável a execução de perícias do orçamento e da execução orçamentária dos entes públicos³⁷⁴. Resta ao magistrado empregar uma razoabilidade genérica, baseada exclusivamente em sua percepção limitada da realidade, para ignorar o argumento ou curvar-se a ele³⁷⁵.

Já no plano coletivo, essa dificuldade parece ser substancialmente reduzida, talvez por isso mesmo é que a tutela coletiva venha sendo preterida. É mais difícil que o julgador, diante de um caso concreto em que sabe que aquela decisão poderá trazer danos irreparáveis à saúde de determinada pessoa (que se encontra bem delimitada no processo, com família, asseios, prontuário médico, etc.), dor e até mesmo a morte, negue alguma prestação em matéria de saúde do que em sede coletiva, onde os indivíduos estão encobertos por uma generalidade tranquilizadora.

Em pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal, onde foram inseridos os termos “reserva do possível” e/ou “direito à saúde”, pesquisa a partir do ano de 2005, não foi encontrado sequer um caso de tutela individual em relação a direito à saúde em que este tenha sucumbido ao argumento de reserva do possível. Ao

³⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 818.

³⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 818.

contrário, dentre demandas coletivas foi encontrado o caso da Suspensão de Medida Liminar nº91-AL, onde a, então presidente do STF, a Ministra Ellen Gracie suspendeu a execução da liminar que determinava que o Estado de Alagoas fornecesse ao pacientes renais crônicos em hemodiálise e transplantados os medicamentos necessários ao tratamento de tais condições sob o argumento de que pelo direito à saúde, previsto na Constituição, o Estado deveria apresentar políticas públicas que atendessem a todos, e não a apenas uma minoria:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde³⁷⁶.

Nessa toada, a decisão em comento consiste num retrocesso em matéria de direitos fundamentais, tendo em vista que o posicionamento jurisprudencial brasileiro vem sendo firmado, antes³⁷⁷ e depois³⁷⁸ desta decisão, de maneira uniforme quanto à prestação do direito à saúde, já que faz parte de um mínimo que o cidadão deve ter para a vida digna ou, ao menos nesse caso, sequer sobreviver.

Em que pese o STF já ter firmado entendimento, em matéria de saúde e mínimo existencial, no sentido de que pode o judiciário intervir em políticas públicas, partindo de argumentos de princípio³⁷⁹, a adoção de argumentos de política por parte do Poder Judiciário ainda é muito frequente.

A sociedade brasileira ainda convive com uma democracia débil, com ausência de debates políticos sérios e pouco significativas manifestações populares para reivindicar seus direitos³⁸⁰. O Judiciário se torna um grande fórum de debate, onde são manifestados argumentos morais e políticos para influenciar o juiz na sua decisão. Ocorre que, quando este Poder cede aos argumentos políticos está adentrando na esfera

³⁷⁶ BRASIL, STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007.

³⁷⁷ BRASIL, STF, PETMC n. 1.246/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 31.1.1997.

³⁷⁸ BRASIL, STF, STA 244, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/09/2009, publicado em DJe-180 DIVULG 23/09/2009 PUBLIC 24/09/2009 RF v. 106, n. 407, 2010, p. 385-394.

³⁷⁹ “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), 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: o respeito indeclinável à vida”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, PETMC n. 1.246/SC, rel. Min. Celso de Mello, publicado em D.J. em 31/01/1997.

³⁸⁰ CHUEIRI, Vera Karan de. et al. Como Levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo. Vol. 5. jan-jun 2009. p. 045-066. p.63.

de competência dos outros Poderes, que representam, por sua natureza democrática, a maioria³⁸¹.

Ao Judiciário cabe a aplicação coerente das normas, garantindo que nesta aplicação não haja o descumprimento de nenhum preceito constitucional. Deve o Judiciário se limitar a decidir o que é melhor para a resolução do caso específico que lhe foi trazido, deixando para o Legislativo e para o Executivo a decisão do que é melhor para a maioria.

Sendo assim, o Judiciário não poderia basear suas decisões, muitas vezes, em argumentos como a “reserva do possível”, como foi feito no caso em análise, onde o Judiciário, mesmo que realizando o que se tem chamado de “micro-justiça”, garante ainda que a uma minoria a efetivação de seus direitos assegurados constitucionalmente.

³⁸¹ CHUEIRI, Vera Karan de. et al. Como Levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo. Vol. 5. jan-jun 2009. p. 045-066. p.64.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou deslindar a problemática de um efetivo controle judicial das políticas públicas sanitárias a partir do reconhecimento da máxima eficácia constitucional do direito à saúde, seja em relação à sua natureza negativa, que consiste na obrigação do Estado de abster-se e de impedir que terceiros pratiquem atos prejudiciais à saúde, seja em relação à natureza positiva, que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, de cujo cumprimento depende a própria concretização do direito.

O reconhecimento de tal direito se deu através de um processo participativo da população, através de movimentos sociais organizados, que exigiu mudanças nas relações de poder. O que culminou na repolitização crítica das políticas públicas. É a publicização do Estado, que passa a se articular politicamente com a sociedade, emergindo os pilares da Cidadania e da Subjetividade. Nasce um sistema organizado de prestação de saúde no país: o Sistema Único de Saúde.

Em que pese a organização do Estado para a prestação desse direito, que por sua própria natureza é indeclinável, o sistema criado tem falhas e as políticas públicas de saúde, quando o Estado não se omite em prestá-las, muitas vezes demonstram ser insuficientes para sua efetivação. Além disso, diversos doutrinadores e, principalmente, juízes consideram que as normas definidoras desse direito, têm caráter meramente programático, funcionando apenas como mero simbolismo político.

Tal posicionamento não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que as normas trazidas pela Constituição, ordem jurídica fundamental de uma comunidade, estabelecem juridicamente os instrumentos de governo, a garantia de direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas, com força de lei, uma vez que o direito constitucional é direito positivo.

Se assim, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações humanas e assegurando expectativas de comportamento.

É seguindo essa linha de raciocínio que Canotilho³⁸², defende a “morte” das normas constitucionais programáticas. Isso porque qualquer norma deve ser considerada obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. Não há que se falar dessa maneira em normas constitucionais sem força normativa, meras declarações.

Talvez por se ter adotado durante muito tempo o entendimento de que as normas programáticas têm eficácia reduzida e que dependem de lei para serem efetivas é que no Brasil, consideram-se solucionados todos os problemas quando são promulgadas leis, não se dando atenção a como elas podem funcionar e funcionam na prática, à sua eficácia e efetividade.

Muitas vezes, criam-se leis desnecessárias em virtude de grande clamor público para a solução de determinado problema, sem saber a população que a lei anteriormente vigente tinha eficácia suficiente para solucioná-lo, porém faltam políticas públicas capazes de colocar a norma em prática, faltando, portanto, efetividade para aquela norma. O grande desafio, desta feita, do constitucionalismo brasileiro é idealizar meios para promover a crescente efetividade das liberdades públicas e dos direitos sociais. E isso só é possível com a adoção de políticas públicas eficientes, que tenham o condão de melhorar a qualidade de vida da população, promover a igualdade de oportunidades, combater a corrupção e fortalecer as instituições democráticas³⁸³.

Nos estados democráticos, como é o caso do Brasil, as políticas públicas surgem pela ponderação dos Poderes Executivo e Legislativo. Sendo assim, por terem natureza eminentemente política, há uma margem de liberdade nas decisões de onde serão empregados os recursos públicos, a chamada competência discricionária, porém limitada. Isso se dá embora essas decisões estejam, em parte, vinculadas à lei orçamentária anual e a áreas previstas expressamente na própria Constituição Federal, como é o caso da saúde.

Cabe ao Poder Executivo estabelecer e realizar as políticas públicas que irá desenvolver, inserindo-se tal matéria dentro do âmbito de competência interna de tal Poder. Devendo a Administração Pública (e o Legislativo) ponderar onde os recursos públicos serão investidos, tendo em vista os objetivos que deseja alcançar.

³⁸² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ed. Coimbra: livraria Almedina, 2002. p.1160.

³⁸³ SARMENTO, George. **Pontes De Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.georgesarmento.com.br/?page_id=36> . Acesso em 16 de ago. de 2011. p. 35.

Destarte, a escassez do dinheiro público importa no sacrifício de determinados objetivos sociais em benefício de outros, muitas vezes igualmente importantes. Ocorre que, por vezes, as escolhas realizadas não satisfazem as necessidades da população, sendo em grande parte dos casos adotadas políticas insuficientes ou ineficazes.

Ante o exposto, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sobretudo do direito à saúde, pode reclamar, não raro, a intervenção do Poder Judiciário para suprir as omissões dos órgãos de direção política, na implementação os referidos direitos. Chama-se o Judiciário a intervir em políticas públicas.

O controle que o Poder Judiciário pode exercer sobre a Administração Pública engloba a fiscalização e correção dos atos ilegais. Pode, ainda, o Judiciário intervir no controle do mérito dos atos praticados pelos agentes públicos. Como o Ordenamento Jurídico brasileiro adota a jurisdição una, conforme a Constituição dispõe em seu art. 5º, inciso XXXV, o Judiciário detém o monopólio jurisdicional, cabendo a este a revisão dos atos da Administração Pública eivados de ilegalidade ou abuso de poder. Constitui, por conseguinte, um direito do administrado a revisão dos atos da Administração.

O que se discute, no entanto, é se esse controle é absoluto. No que diz com as políticas públicas, os atos estão revestidos sob o manto da discricionariedade dos atos administrativos, pelo que grande parte da doutrina defende a impossibilidade de sua revisão. Ocorre que, hodiernamente, já se infere que os atos administrativos apresentam uma vinculação ou discricionariedade meramente gradual. A diferença entre tais atos não é sua natureza, mas o grau de liberdade concedida pelo legislador. A diferença é, portanto, quantitativa e não qualitativa.

A discricionariedade não constitui, por conseguinte, obstáculo para a apreciação judicial, dada a indisponibilidade do interesse público, a margem de discricionariedade existente nos atos de Governo resta reduzida no que Mancuso chama de uma “liberdade vigiada”, significando cada ato um dever jurídico funcional e não um poder de opções livres. O interesse não é do agente, devendo ser satisfeito o interesse da coletividade.

Muito se discute, ao tratar de políticas públicas (e da intervenção do Judiciário sobre elas), acerca de sua contraposição com a independência entre os Poderes, cláusula pétrea prevista nos artigos 2º e 60, § 4º, III, da Constituição Federal.

É evidente que, em princípio, o Judiciário não deve intervir na esfera de competência de outro Poder, sobretudo para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade. Entretanto, tal assertiva não pode prevalecer quando houver violação evidente da incumbência constitucional de um ou mais Poderes. Na maior parte das vezes, considera-se, ainda hoje, o modelo clássico de Montesquieu de proibição da intervenção de um Poder sobre o outro, quando se configura cada vez mais necessária a revisão dessa visão clássica, principalmente em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos, tendo em vista que os Poderes Legislativo e Executivo se mostram insuficientes para garantir o cumprimento dos respectivos preceitos constitucionais, no Brasil.

Modernamente, o que existe é um sistema de interdependência das funções estatais, verdadeiramente consagrado em nossa Constituição. Há, claramente, uma evolução do direito, adotando, inclusive, nossa Constituição uma interação e complementaridade entre as funções do Estado, ao passo que o controle exercido de forma mútua entre os Poderes. Isso evidencia que além de exercer com prioridade sua função típica, podem os Poderes exercerem funções atípicas. Não há que se falar, desta maneira, em uma separação rígida ou absoluta. Fala-se em princípio concreto de separação dos poderes e, por isso, este deve se articular e conciliar com outros princípios constitucionais positivos como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos com a constituição, dentre outros.

O fato é que a antiga acepção exacerbada da tripartição dos poderes acabou gerando uma “falsa antinomia” entre políticas públicas (consideradas atos puramente políticos) e controle judicial, quando, em verdade, os princípios constitucionais devem ser compatibilizados entre si, sem o enfraquecimento da eficácia de um em detrimento de outro. No Brasil, o sistema jurídico autoriza o juiz a efetivar diretamente as normas constitucionais, e em particular as definidoras de direitos fundamentais, de maneira que ele pode em caso de eventual lacuna ou omissão

inconstitucional do poder público, supri-la, integrando-a por meio da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito e, principalmente, através de uma interpretação criativa que no domínio de uma nova hermenêutica constitucional, consiste em concretizar os preceitos constitucionais, aplicando-os diretamente à realidade social.

Destarte, é tarefa precípua de o Judiciário dizer o direito, determinando fazer cumprir o disposto no texto constitucional. Não há, ainda, de se falar em opção do Administrador quando existe norma constitucional estabelecendo que **deve ser** prestada determinada tarefa, cabendo ao Judiciário determinar o cumprimento de tal preceito legalmente imposto.

A judicialização da política traz à tona o debate sobre os limites do Poder judiciário, caracterizado, tradicionalmente, como neutro, inerte, imparcial, equidistante. O juiz passa a ser protagonista, ativo, interferindo, nas escolhas político-legislativas e administrativas, adentrando, por conseguinte em áreas reservadas, exclusivamente outrora, ao Legislativo e Executivo. Isso se dá em decorrência da expansão do Estado em todos os seus ramos, representando um papel de contrapeso necessário no sistema de *cheques and balances*, ao crescimento desordenado e, muitas vezes, paternalístico e clientelista do Executivo e do Legislativo.

Não se sustenta que seja possível ou mesmo necessária uma espécie de absolutismo do Sistema de Justiça, “[...] tendente a uma indevida concentração de poder, capaz de engendrar um espécie de totalitarismo judicial”³⁸⁴, já que o juiz não está livre de vínculos materiais e substanciais. O juiz deve chegar sempre ao resultado mais razoável, sem para isso alcançar a concepção de Holmes, para quem o juiz é um legislador intersticial.

De fato, nem o juiz nem o legislador é independente. O legislador está sujeito a pressões de grupos políticos e populares tanto quanto o juiz está às fontes do direito. As sociedades não são estáticas, e com o decurso do tempo os problemas para os quais buscam soluções mudam. O Judiciário deixa de julgar apenas simples conflitos de

³⁸⁴ PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 224.

interesses e passam a resolver conflitos de valores, cabendo a ele ponderar quais valores devem ser privilegiados.

Não obstante o que foi dito, parece certo que a definição de quanto se deve gastar de recursos públicos e a maneira que isso deve ser feito são decisões próprias da esfera de decisão democrática, portanto competência do Legislativo e do Executivo e não do Judiciário. Isso está estabelecido da Constituição quando dispõe sobre as competências daqueles Poderes no que diz respeito à elaboração do orçamento, sua execução e controle.

No entanto, o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais é indispensável para o próprio funcionamento da Democracia e para a própria realização do controle social das políticas públicas. Em outras palavras: o sistema democrático, naturalmente, não funciona se seus indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna. Se os indivíduos não têm acesso a condições mínimas de efetivação de direitos fundamentais, não terá condições de participar conscientemente do processo democrático e do diálogo na esfera pública.

Em condições de miserabilidade e com ausência de condições básicas de saúde e educação é utópico crer que o indivíduo possa refletir e participar de maneira consciente do processo democrático. E a ausência desse controle social em relação à gestão pública leva as deliberações representativas do povo a serem marcadas pela ineficiência das prestações de políticas públicas, seja pela má qualidade de tais prestações seja pela marca da corrupção e do clientelismo. Isso impossibilita tais políticas de atingirem sua finalidade de garantir e promover os direitos fundamentais.

Sendo assim, sempre que se tratar de matéria concernente a mínimo existencial, caberá ao Judiciário exercer seu controle sobre a política pública e efetivar o direito lesado, seja em face da omissão pública, seja em face da ilegal alocação de recursos públicos. Isso porque cabe ao Estado empregar prioritariamente recursos para o atendimento daquilo que se entenda, em determinados sociedade e momento histórico, mínimo existencial. Se algum indivíduo se encontra desprovido dos bens ou serviços necessários à concretização desse mínimo, é dada à inconstitucionalidade de ato anterior do Estado, o qual destinou a outros fins recursos que deveriam ter sido empregados para garantir as prioridades constitucionais.

Nesse mote, o magistrado se encontra desobrigado de examinar o argumento da reserva do possível, uma vez que “[...] essa questão já terá avaliada quando da construção do próprio conceito”³⁸⁵ de mínimo existencial.

É certo que os recursos públicos não são inesgotáveis e que há um limite para seu gasto, mas acima disso, não se pode olvidar que a finalidade do Estado ao obter recursos é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição, antes de gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública. Dessa maneira, ainda que se considere a doutrina da reserva do possível, esta deve conviver associada ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, o mínimo existencial, que só depois de atingido é que abre a possibilidade de se discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir.

Torna-se necessário ter uma perspectiva de democracia que ultrapasse o sentido de eleição pelo povo, devendo ela ser entendida como um “valor-meio”, a partir do qual deve ocorrer a concretização de valores essenciais à vida humana. Não há qualquer afronta à democracia em respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais, até mesmo em detrimento dos direitos das majorias. A vontade popular está intrínseca à criação dos direitos fundamentais, uma vez que estes foram trazidos pelo constituinte, justamente a partir dessa vontade. Cabe ao juiz constitucional proteger tais direitos em face de majorias eventuais, como também promover a adequação dos direitos à realidade social de sua época. Portanto, os direitos fundamentais são sim limites à atuação do Estado, e, conseqüentemente, também à atuação do Legislativo.

Em outras palavras, o Executivo e o Legislativo estão obrigados a, no âmbito do orçamento, destinar os recursos necessários às prestações concretizadoras de direitos fundamentais, sobretudo quando se tratar de direitos necessários ao exercício do que se tem chamado de mínimo existencial. Sendo assim, a inobservância de tal dever jurídico pode ser objeto de controle jurisdicional.

Nesse sentido é que se entende que se um indivíduo tem direito a determinada prestação, é porque o estado está obrigado a prestá-la ao autor da demanda e a todos os que estiverem na mesma situação que este. As prestações de saúde não têm

³⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.p. 818

reflexos apenas individuais, além deles, sem excluir a possibilidade das demandas individuais, é possível e, necessária a abordagem coletiva e abstrata de tais demandas.

O excesso de demandas individuais gera uma imprevisibilidade por parte da Administração Pública de como alocar os recursos de saúde, resta instaurado quase que um caos nas finanças públicas. Verifica-se que a realidade nas Varas de Fazenda Pública é o atulhamento de processos individuais cobrando dos entes públicos a prestação de políticas satisfatórias de saúde, sobretudo no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos. Isso implica numa grande desorganização nas Secretarias de Saúde, que têm de cumprir as liminares e readaptar o orçamento.

Para além disso, as demandas individuais, por sua própria natureza, têm de lidar com o argumento da reserva do possível. Há poucas opções para o magistrado lidar, nesses casos, com o argumento de falta de recursos disponíveis. Não parece viável a execução de perícias do orçamento e da execução orçamentária dos entes públicos.

Resta ao magistrado empregar uma razoabilidade genérica, baseada exclusivamente em sua percepção limitada da realidade, para ignorar o argumento ou curvar-se a ele. Já no plano coletivo, essa dificuldade parece ser substancialmente reduzida; e mais ainda no plano abstrato, constitucionalidade de alocações orçamentárias. Isso em razão, primeiramente, de que tal discussão exigirá, por sua própria natureza, uma apreciação do contexto geral das políticas públicas em embate. Os legitimados ativos, Ministério Público e Defensoria Pública, têm melhores condições de discutir tais elementos nos autos. Isto é ter uma dimensão mais realista das necessidades gerais da população, bem como de aferir qual a disponibilidade de recursos públicos.

Ao tempo em que as prestações são concedidas isoladamente a determinados indivíduos, outros tantos morrem sem a atendimento adequado na rede pública de saúde, sem ter condições de recorrer a Judiciário. Mesmo sabendo que isso se dê, em grande parte, em decorrência da má gestão pública, que não se relaciona diretamente à atuação judiciária, é indissociável a ideia de que os recursos usados para o cumprimento da decisão judicial reduzem consideravelmente as verbas que seriam utilizadas para prestações para o restante da coletividade.

Não há maneira de eliminar esses problemas e nem seria o caso de impedir o processamento das demandas individuais. No entanto, paralelamente às

demandas judiciais individuais, deve-se tentar implementar outros meios aptos efetivar as disposições constitucionais e evitar as implicações colaterais observados no contexto das demandas individuais. No plano coletivo e/ou abstrato, os problemas poderão ser minimizados, tendo em vista que as decisões trazidas nesse tipo de demanda são, por sua própria natureza, gerais, atingindo a sociedade como um todo, eliminando a distribuição desigual das prestações do Estado em relação às pessoas que têm acesso ao Judiciário em detrimento das que não têm.

A própria constituição trouxe instrumentos para a concretização de tais direitos, através de decisões de maior alcance. Dentre elas entendemos ser mais relevantes a Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional e, sobretudo a Ação Civil Pública.

REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. **Revista dos Tribunais**, nº. 657, jul., 1990, p. 53-60.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. n.798, 2002. P.23-50.
- AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.). **O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. vol. 4. Brasília: CEAD/ UnB, 2009.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais: na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros editores, 2003.
- BACHA, Sergio Reginaldo. **Mandado de Injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Et al.* **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.
- _____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel. *Et al* (Org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582>. Acesso em: 25 maio 2008.
- _____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al* (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 111-147.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, J. C. S. & PAULA, S. G. **Saúde e Previdência**: Estudos de Política Social. 2 Ed. São Paulo: HUCITEC, 1986. BRAGA, J. C. S.; PAULA, S. G. **Saúde e Previdência**: estudos de Política Social. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 1986.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conferência Nacional de Saúde, VII. **Anais**. Brasília: MS, 1980.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS**: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL, Ministério da Saúde. Centro cultural da Saúde. A revolta da vacina. **Revista da vacina**. Disponível em < <http://www.ccs.saude.gov.br/revolta/revolta.html>>. Acesso em 09 jan. 2011.

BRASIL, Lei n. 8.142. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federal do Brasil**. Brasília, DF, 31 dez. 1990.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 13. 1996.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

_____. "Metodologia fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ed. Coimbra: livraria Almedina, 2002.

_____. "Bypass" social e o núcleo essencial das prestações sociais. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). **Direito Administrativo e**

Constitucional: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 343-359.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais.** São Paulo: LTr, 2002.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista CEJ.** Brasília. n. 28, pp.43-53, jan./mar., 2005.

CHUEIRI, Vera Karan de. et al. Como Levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Revista Direito GV,** São Saulo. Vol. 5. jan-jun 2009. p. 045-066.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELDUQUE, Maria Célia et al. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.). **O Direito achado na rua : introdução crítica ao direito à saúde.** v. 4. Brasília: CEAD/ UnB, 2009

DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.343-383.

DOIMO, A. M. **A vez e a voz do popular:** Movimentos Sociais e participação política no Brasil pós-70. Rio de Janeiro: Relume-Dumará/ANPOCS, 1995.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder Judiciário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Programa saúde da família (PSF) comentado.** Goiânia: AB, 2003.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação Civil Pública e separação dos poderes do Estado. In: MILARÉ, Edis (Org). **Ação Civil Pública:** lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 713-752.

FUHMANN E SOUZA, Italo Roberto. SARLET. Ingo Wolfgang. Proibição do Retrocesso e direitos Sociais: entre o dever de legislar e o imperativo da omissão em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. **IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação PUCRS.** Disponível em < www.pucrs.br/edipucrs>. Acesso em 21 out 2011.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GERSCHMAN, S. **A democracia inconclusa**: um estudo da reforma sanitária brasileira. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

GONÇALVES, Nadia e GONÇALVES, Sandro. Teoria e Método: fundamentos, princípios e desenvolvimento. *In: Pierre Bourdieu*. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 37-63.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica de 1988. São Paulo: Malheiros, 2000.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa na Constituição**. Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Discrecionabilidade Administrativa e Proteção Ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. *In: SARLET, Ingo Wolfgang et al (Org.)*. **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 265-283

LUZ, M. T. Notas sobre as Políticas de Saúde no Brasil de ‘Transição Democrática’ - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: IMS/UERJ - Relume-Dumará, 1991, p. 77-96.

MACHADO, Guilherme Pinho. A tríplice função estatal em matéria de saúde. **Revista CEJ**, n. 38 jul./set. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Controle judicial das chamadas políticas públicas. *In: MILARÉ, Edis*. **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 753 - 798.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, 1ª parte. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito Constitucional**. T.II. 5ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

NEVES, Marcelo. “Symbolische Konstitutionalisierung und faktische Entkonstitutionalisierung: Wechsel von bzw. Änderungen in Verfassungstexten und Fortbestand der realen Machtverhältniss”, *in: Verfassung und Recht in Übersee (RVÜ)*, 3. Quartal, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, S. 309-324.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das políticas públicas: limites e possibilidades. **Revista de Direito administrativo**. São Paulo. n. 247, pp. 57-97 jan./abr. 2008.

ORGANIZACION MUNDIAL DA LA SALUD. **Estadísticas Sanitarias Mundiales 2011**. Disponível em <http://www.who.int/whosis/whostat/ES_WHS2011_Full.pdf>. Acesso em 16 out 2011

PEREIRA, Carlos. A política pública como caixa de pandora: organização de interesse processo decisório e efeitos perversos na reforma sanitária brasileira – 1985-1989. **SUDS**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 3. pp. 423-477, 1996.

PEREIRA, Micheli. Atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 6, 2009

PONTES DE MIRANDA, Francisco C.. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**. T. I. São Paulo: RT, 1970.

PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Direitos Fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 de outubro de 2008.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, George. **Pontes De Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.georgesarmento.com.br/?page_id=36> . Acesso em 16 de ago. de 2011.

SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. Medicamentos e a Justiça. Breves considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2296, 14 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13678>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Nina Rosa Ferreira. MOTTA, Manoel Francisco Vasconcelos da. As políticas de saúde, os movimentos sociais e a construção do Sistema Único de Saúde. Revista UFMT, Vol. 10. Disponível em <http://www.ufmt.br/revista/arquivo/rev10/as_politicas_de_s.html> Acesso em 12 jan 2011.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade**. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Sociologia jurídica: Condições sociais e possibilidades teóricas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito: uma visão substantiva**. 3ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SOUZA, Livia França Tavares de. **Da Atribuição de Efeitos Concretos ao Mandado de Injunção: Princípio da Separação dos Poderes e Acesso às Garantias Constitucionais**. Trabalho apresentado como requisito pra a conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang ET AL. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, PP 69-86, p. 81.

VARGAS, Alexis Galiás de Souza e BASTOS, Celso Ribeiro. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária. **Revista Jurídica Virtual** n. 8, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília-DF, janeiro, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm>. Acesso em: 10 de jul de 2011.

VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 48, n. 4, 2005, pp. 777 a 843.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.