

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Daniel Barros Garcia

**A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE**

Belo Horizonte

2012

Daniel Barros Garcia

**A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marinella Machado Araújo

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G216i Garcia, Daniel Barros
A intervenção do poder judiciário nas políticas públicas de saúde / Daniel Barros Garcia. Belo Horizonte, 2012.
184f.

Orientadora: Marinella Machado Araújo
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Intervenção (Direito). 2. Políticas públicas. 3. Direito à saúde. 4. Poder judiciário. I. Araújo, Marinella Machado. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.921.5

Daniel Barros Garcia

**A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Prof.^a Dr.^a Marinella Machado Araújo (Orientadora) - PUC Minas

Prof. Dr. Giovani Clark - PUC Minas

Prof. Dr. Márcio Luís de Oliveira - UFMG

Prof. Dr. Roberto Sorbilli Filho - ALMG

Belo Horizonte, 29 de março de 2012.

*Para meu pai. Afinal, nada morre para sempre.
Alguma coisa sempre fica onde outra nasce.*

AGRADECIMENTOS

Mesmo que cada trabalho científico exija de seu autor um considerável dispêndio de tempo, além de persistência e uma vontade firme e direcionada, isto não significa que tenha sido elaborado sem qualquer tipo de contribuição, direta ou indireta. Esta dissertação não foge à regra, razão pela qual se impõem seja rendida a justa homenagem a todos aqueles que ofereceram a sua colaboração, em especial:

À minha mãe, pelo amor incondicional e pelo carinho em todas as horas, mesmo naquelas em que não consegui compreender a imensurável doçura dos seus gestos.

À Marjorie, meu amor, minha companheira, que atravessou comigo céus e infernos, e mesmo assim, manteve-se sempre disponível e prestativa para dar-me apoio em todos os momentos.

Ao meu irmão que, mesmo de longe, auxiliou-me na elaboração dos gráficos e tabelas aqui apresentados.

Aos amigos da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte, pela confiança e por compartilharem o desejo de contribuir com o aprimoramento intelectual e profissional dos Procuradores do Município.

Aos companheiros de mestrado, especialmente, a Camila M. Pyramo Costa, pelos momentos de angústia e de incentivos mútuos.

Ao Prof. Antônio Joaquim Fernandes Neto, por ter me ajudado na colheita dos dados e do vasto material bibliográfico consultado.

Por fim, à professora e orientadora Marinella Machado Araújo, pelo convívio, pelo apoio e pelos ensinamentos que tanto contribuíram para o presente estudo.

Penso que não cegámos, penso que estamos cegos, Cegos que vêem, Cegos que, vendo, não vêem. (SARAMAGO, 1995, p. 310).

*Me interessam
Pequenas porções de ilusão
Mentiras sinceras me interessam
Me interessam, me interessam
(CAZUZA; FREJAT, 1984).*

RESUMO

O presente trabalho analisa a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde no Brasil. De início, abordamos o conceito jurídico de políticas públicas, bem como a sua relação com os paradigmas de Estado e os modelos de saúde que se desenvolveram no país. Após traçarmos um panorama histórico das políticas públicas, analisamos o capítulo da saúde na Constituição de 1988, a primeira a contemplar expressamente esse direito. Baseado nesses pressupostos, passamos a estudar a ambivalência da força simbólica das políticas públicas: de um lado, servem à afirmação e realização generalizada dos direitos; de outro lado, atuam como forma de manipulação política. No caso brasileiro, infelizmente, as políticas públicas são formuladas de modo que o lado negativo da força simbólica se sobressaia. Em matéria de saúde pública, por exemplo, as competências comuns, típicas do federalismo cooperativo não são respeitadas; priorizam-se as políticas de governo ao invés das políticas de Estado; a estrutura administrativa impede o planejamento integrado das políticas; e não há um estímulo à participação popular por meio dos conselhos de saúde. Após analisarmos cada um destes fatores, entendemos que a intervenção do Poder Judiciário na conformação e aplicação das políticas públicas é uma consequência natural do lado negativo da força simbólica. Porém, a atuação judicial, ainda que legítima e legal, também é simbólica, na medida em que o julgador santifica o direito à saúde, a ponto de desprezar outros elementos que compõem a realidade fática (a exemplo da escassez de recursos).

Palavras-chave: Políticas públicas. Direito à saúde. Força simbólica. Poder Judiciário. Controle jurisdicional. Federalismo cooperativo. Políticas de governo. Planejamento integrado. Participação popular. Santidade. Direito à vida. Escassez. Recursos.

ABSTRACT

This work analyzes the intervention of the Judicial Branch in public health policies in Brazil. Initially, we address the legal concept of public policies, as well as their relationship with the paradigms of State and models of health developed in the country. After tracing a historical overview of public policies, we analyze the health chapter of the Constitution of 1988, the first to deal explicitly with this right. Based on these premises, we began to study the ambivalence of the symbolic force of public policies: on the one hand, they serve the affirmation and generalized realization of rights; on the other hand, operate as a form of political manipulation. In Brazil, unfortunately, public policies are formulated so that the negative side of the symbolic force dominates. In public health, for example, power sharing, typical of cooperative federalism is not respected; priority is given to policies of government instead of the State policies, the administrative structure impedes the integrated planning policies, and there is an incentive to popular participation through health councils. After reviewing each of these factors, we believe that the intervention of the Judicial Branch in the formation and implementation of public policies is a natural consequence of the negative side of the symbolic force. However, judicial action, though legitimate and legal, is also symbolic, to the extent that the judge sanctifies the right to health, to the point of ignoring other elements that compose the factual reality (such as the scarcity of resources).

Keywords: Public policy. Right to health. Symbolic force. Judicial Branch. Judicial review. Cooperative federalism. Government policies. Integrated planning. Popular participation. Sanctity. Right to life. Scarcity. Resources.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 Decisões do TJMG que discutem ou abordam as políticas públicas de saúde - 2000-2008	35
GRÁFICO 2 Evolução do número de ações no TJMG - 2000-2008.....	89
GRÁFICO 3 Acórdãos do TJGM que defendem a tese da responsabilidade solidária e da divisão de responsabilidades - 2000-2008	100
GRÁFICO 4 Número de ações ajuizadas contra os Municípios e contra o Estado de Minas Gerais - TJMG - 2000 a 2008	101
GRÁFICO 5 Comparativo das internações, por local de residência, no SUS/BH, anos 2006-2007	102
GRÁFICO 6 Qualidade do sistema público de saúde no Brasil.....	107
GRÁFICO 7 Escolaridade dos conselheiros.....	119
GRÁFICO 8 Situação ocupacional dos conselheiros	120
GRÁFICO 9 Rendimento dos conselheiros.....	121
GRÁFICO 10 Avaliação do impacto do funcionamento dos Conselhos na gestão da Secretaria	122

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 Consultas marcadas pela Central de Marcação de Consultas (CMC), ano 2006	103
TABELA 2 Avaliação dos programas governamentais.....	108
TABELA 3 Evolução dos pedidos protocolados de SL, SS e STA no âmbito da Presidência do STF	148

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRASCO- Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva
ADCT- Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI- Agravo de Instrumento
AIDS- Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
AIS- Programa de Ações Integradas da Saúde
ANADEP- Associação Nacional de Defensores Públicos
ANDPU- Associação Nacional de Defensores Públicos da União
ANPR- Associação Nacional de Procuradores da República
ANS- Agência Nacional de Saúde
ANVISA- Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art (s).- Artigo (s)
BH- Belo Horizonte
CAPs- Caixas de Aposentadorias e Pensões
CEBES- Centro Brasileiro de Estudos da Saúde
CMC- Central de Marcação de Consultas
CNI- Confederação Nacional da Indústria
CNS- Conferência Nacional de Saúde
CONAMA- Conselho Nacional de Meio Ambiente
CONAMP- Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CONASP- Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária
CPMF- Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
CR/88- Constituição da República de 1988
CUT- Central Única dos Trabalhadores
Des.- Desembargador (a)
DJ- Diário de Justiça
DNERu- Departamento Nacional de Endemias Rurais
FAEC- Fundo de Ações Estratégicas e Compensações
FUNASA- Fundação Nacional de Saúde

FUNDEF- Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério

GM- Gabinete do Ministro

IAPAS - Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social

IAPs- Institutos de Aposentadorias e Pensões

IBOPE- Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística

INAMPS- Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INPS- Instituto Nacional de Previdência Social

LDO- Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOPS- Lei Orgânica da Previdência Social

MG- Minas Gerais

Min.- Ministro (a)

MS- Ministério da Saúde

NOAS- Norma Operacional de Assistência à Saúde

NOB- Norma Operacional Básica

OMS- Organização Mundial de Saúde

OPUR/RMBH- Observatório de Políticas Urbanas da Região Metropolitana de Belo Horizonte

PEC- Proposta de Emenda à Constituição

PLS- Projeto de Lei do Senado

PMS-BH- Plano Municipal de Saúde de Belo Horizonte

PNMA- Política Nacional de Meio Ambiente

PNRH- Política Nacional de Recursos Hídricos

PPA- Plano Plurianual

ProUni- Programa Universidade para Todos

PSV- Proposta de Súmula Vinculante

RE- Recurso Extraordinário

Rel.- Relator (a)

RENAME- Relação Nacional de Medicamentos

REsp.- Recurso Especial

RMBH- Região Metropolitana de Belo Horizonte

SESP- Serviço Especial de Saúde Pública

SINPAS- Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social

SL- Suspensão de Liminar

SS- Suspensão de Segurança

STA- Suspensão de Tutela Antecipada

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

SUDS- Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde

SUS- Sistema Único de Saúde

SUS/BH- Sistema Único de Saúde de Belo Horizonte

TJMG- Tribunal de Justiça de Minas Gerais

UTIs- Unidades de Tratamento Intensivo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	29
2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL	34
2.1 O conceito jurídico de políticas públicas.....	35
2.2 Políticas públicas e separação dos Poderes	42
2.3 Políticas públicas e paradigmas de Estado	46
2.4 Modelos ou concepções de sistemas de saúde.....	53
2.5 Evolução histórica das políticas públicas de saúde no Brasil.....	56
2.5.1 <i>A primeira república (1889 - 1930)</i>	56
2.5.2 <i>A Era Vargas (1930-1945)</i>	58
2.5.3 <i>O período da redemocratização (1945 - 1964)</i>	59
2.5.4 <i>O governo militar (1964-1980)</i>	61
2.5.5 <i>As décadas de 80 e 90</i>	64
2.6 O direito à saúde na Constituição de 1988	71
2.6.1 <i>O conceito abrangente de saúde</i>	74
2.6.2 <i>A saúde como direito de todos</i>	77
2.6.3 <i>A saúde como dever do Estado</i>	79
2.7 O Sistema Único de Saúde: principais características	83
3 A FORÇA SIMBÓLICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	91
3.1 Delimitação semântica.....	91
3.1.1 <i>A ambivalência da força simbólica</i>	92
3.2 A ambivalência da força simbólica em matéria de saúde pública	93
3.2.1 <i>Política Nacional de Medicamentos: por um federalismo cooperativo ou competitivo?</i>	94
3.2.2 <i>Políticas públicas de saúde como políticas de Estado ou de governo?</i> . 104	
3.2.3 <i>O planejamento (integrado?) das políticas públicas de saúde</i>	109
3.2.4 <i>Os conselhos de saúde: instrumentos de participação popular ou de apatia social?</i>	114
4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NOS TRIBUNAIS	125
4.1 Objeto do controle judicial	125
4.1.1 <i>Política pública como atividade</i>	125
4.1.2 <i>Política pública como norma</i>	128
4.2 A intervenção do Poder Judiciário na conformação ou aplicação de políticas públicas	133
4.3 O controle jurisdicional das políticas públicas de saúde nos Tribunais Superiores.....	139
4.3.1 <i>O controle jurisdicional das políticas públicas de saúde em sua perspectiva coletiva</i>	140
4.3.2 <i>O controle jurisdicional das políticas públicas de saúde em sua perspectiva individual</i>	151
4.4 O decidir simbólico: uma análise a partir do conjunto estabelecido de precedentes	154

5 CONCLUSÃO163

REFERÊNCIAS.....166

1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, a Teoria do Direito dedicou demasiadamente o seu estudo à compreensão da constitucionalidade sob o prisma da jurisdição, do garantismo e da processualidade. Evidentemente, tais institutos são de importância ímpar para o sistema jurídico e ainda demandam um contínuo debate sobre eles.

No entanto, o direito, assim como os demais subsistemas sociais, não pode operar apenas de modo fechado. Até mesmo para que seja autopoietico¹, o direito precisa manter uma certa abertura operacional que permita a comunicação com os outros sistemas parciais da sociedade.

Nesse sentido, a constitucionalidade começa a ser estudada à luz de outros institutos. *Políticas públicas*, *accountability*² e *planejamento* são algumas expressões que indicam que o momento atual, no Brasil, é outro: o de analisar o direito sob os enfoques renovados da política e da gestão.

Afinal, no âmbito do Estado Democrático de Direito, há uma recíproca vinculação entre direito e política fundada pelo acoplamento estrutural³ entre os dois sistemas, ou seja, pela constituição.

Vale dizer que direito e política encontram na constituição moderna a estrutura ideal que possibilita a realização de trocas entre os sistemas, por meio de uma interpenetração permanente entre eles.

No caso brasileiro, no entanto, a Constituição da República de 1988 não se limita a produzir somente o acoplamento estrutural entre política e direito. Representando os anseios de vários setores, o texto constitucional incorpora

¹ A denominação autopoietica é a fusão dos termos *autós* (“por si próprio”) e *poieses* (“criação”, “produção”). Originária da teoria biológica de Maturana e Varela, a autopoietica significa inicialmente que um sistema é construído por seus próprios componentes. (NEVES, 2007). No campo das ciências sociais, o conceito de autopoietica foi proposto por Luhmann. Porém, a concepção luhmaniana se difere do modelo biológico de Maturana, na medida em que se combina fechamento operacional do sistema com abertura para o ambiente. Isto é, os componentes do sistema não só tem a possibilidade de construí-lo com os elementos internos já existentes como também podem introduzir, de acordo com seus próprios critérios e códigos-diferença, determinações do ambiente. (NEVES, 2007).

² *Accountability* é um termo de língua inglesa, sem tradução exata para o português, que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados.

³ Como conceito, o acoplamento estrutural é um mecanismo que possibilita as interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais no nível de suas estruturas. Para além do acoplamento estrutural entre o direito e a política por meio da constituição, ainda poderíamos citar como exemplos, a assessoria de especialistas no acoplamento entre ciência e política e a propriedade e o contrato como acoplamento entre direito e economia.

conteúdos originados de diversos sistemas sociais, como educação, previdência, gestão pública e preservação ambiental.

O sistema sanitário também não poderia deixar de estar presente. Desse modo, foram fixadas regras jurídicas sobre prestações e serviços de saúde. Temas que antes estavam restritos aos sistemas político (poder/não poder) e sanitário (eficiência/ineficiência) foram traduzidos para o código jurídico/antijurídico e passaram também a interessar ao sistema jurídico.

Elementos que apenas estavam submetidos à análise da conveniência política e da adequação técnica (médica), passaram a constituir objeto de uma aferição jurídica, para a definição sobre se constituem ou não um direito.

Com efeito, o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sanitário transformou profundamente a atuação dos dois ramos, influenciando fortemente a gestão pública. As prestações de saúde - ao menos aquelas dotadas de fundamentalidade - transformaram-se em direito e, em boa medida, reduziram-se as possibilidades do sistema de gestão optar por não implementá-las, sob pena de reversão da questão ao Poder Judiciário, que, passa a ter primazia para determinar se um serviço de saúde deve ou não ser prestado.

Por sua vez, para definir sobre a existência, ou não, desse direito, o Poder Judiciário, muitas vezes, terá que levar em conta questões sobre a eficácia ou não do tratamento, bem como os impactos financeiros sobre a gestão pública.

Diante desse cenário, se estabelece uma relação de “interdesconfiança” entre Poder Judiciário e Administração Pública. Esta se sente invadida em questões que, outrora eram consideradas de análise privativa do sistema político e o Judiciário, ao seu turno, se sente legitimado a implementar a qualquer custo o serviço de saúde que fora traduzido pelo sistema jurídico como um direito.

Na realidade, trata-se de um conflito entre sistemas peritos⁴ distintos, em que o Poder Judiciário e a Administração Pública ignoram reciprocamente aspectos relevantes de conhecimento de cada um dos sistemas. Como leciona Anthony Giddens (1997), “os especialistas instruídos em uma abordagem particular podem frequentemente ser críticos ou negligenciar os pontos de vista daqueles formados em outras.” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 107).

⁴ Segundo Giddens (1991), sistemas peritos são “[...] sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social que vivemos hoje.” (GIDDENS, 1991, p. 30).

Com efeito, a Administração Pública não se esforça em implantar políticas públicas que, de fato, irão concretizar o direito à saúde. Suas políticas são dotadas de uma força simbólica que, no contexto brasileiro, tendem a encobrir situações de carências de direitos.

O Poder Judiciário, de outro lado, assume uma postura ativa no exercício da função decisória, passando a intervir, de forma deliberada e para além dos limites impostos pelo próprio sistema jurídico, nas funções e atribuições que caberiam, originalmente, ao Poder Executivo.

Nesse sentido, o presente estudo busca analisar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde diante da habilidade do Poder Executivo em formular políticas meramente simbólicas.

Para a análise e desenvolvimento desse objeto, nossa pesquisa se inicia pela construção de um conceito jurídico de políticas públicas. Inegavelmente, como ressalta Marcelo Galuppo (2009), “toda definição é uma limitação arbitrária de algo.” (GALUPPO, 2009, p. 263). Por isso, não será apresentada uma concepção de políticas públicas fechada, estanque e que não aceita novas acepções. Até mesmo porque as categorias que estruturam as políticas públicas são próprias ou da política ou da administração pública e não, necessariamente do direito.

Em seguida, abordaremos a relação que se estabelece entre as políticas públicas e os poderes constituídos, chamando especial atenção para o papel do Poder Executivo perante os outros Poderes, já que age no quadro estrito de leis que normalmente não votou, e está sempre submetido ao controle do Poder Judiciário.

Ainda neste capítulo, são abordadas as características dos diferentes paradigmas de Estado bem como a relação que se estabeleceu entre cada um deles e as políticas públicas de saúde.

Na sequência, explicamos os sistemas ou modelos de saúde existentes e a sua adoção no contexto nacional em distintas épocas. Essa análise é importante, pois dependendo do sistema adotado (assistencialismo, previdencialismo e universalismo), as políticas de saúde são diferenciadas, assim como a relação entre os usuários e o Estado.

Com o objetivo propedêutico de indicar o caminho percorrido pela saúde pública até o estágio atual, reconstruímos a trajetória histórica das políticas públicas de saúde até a Constituição de 1988; ressaltando a importância do movimento sanitarista para a formação do Sistema Único de Saúde (SUS).

No tópico seguinte, analisamos o direito à saúde na Constituição de 1988 sob três enfoques: o conteúdo do direito à saúde, “saúde como direito de todos” e a “saúde como dever do Estado”.

Como o texto constitucional não se preocupou apenas com o direito à saúde, tendo, inclusive, elevado o SUS à condição de garantia institucional fundamental, analisamos neste último tópico, as principais características do Sistema Único de Saúde.

O segundo capítulo trata da força simbólica das políticas públicas. Em primeiro lugar, delimitamos o sentido do termo “simbólico” e da expressão “força simbólica”. Em seguida, caracterizamos a força simbólica das políticas públicas como ambivalente: de um lado serve à afirmação e à realização generalizada dos direitos (notadamente sociais) e de outro lado atua como forma de manipulação política. A esse respeito, concluímos que as políticas públicas de saúde no Brasil tendem a assumir o lado negativo da força simbólica, já que o direito à saúde não se concretiza efetivamente. Para comprovar nossas afirmações, analisamos quatro situações de ambivalência em matéria de saúde pública.

A Política Nacional de Medicamentos, por exemplo, a despeito de ter sido estruturada sob as bases de um federalismo cooperativo, apresenta-se de forma competitiva em que se instaura um “jogo de empurra-empurra” entre os entes federados no momento de fornecer o remédio ao cidadão. Por sua vez, quando analisadas de forma generalizada, percebe-se que as políticas públicas de saúde, ao invés de serem estruturadas como políticas de Estado, são formuladas pelo Poder Público como políticas de governo. Ademais, o planejamento das políticas públicas, que, em tese, deveria ser feito de forma integrada, ocorre de maneira fragmentada, obrigando aos diversos órgãos da Administração Pública a brigarem por recursos para as suas pastas. Por fim, verifica-se que os conselhos de saúde que poderiam servir de importante instrumento à participação popular, na verdade, representam apenas um único segmento social, pois o restante da sociedade, desacreditado na atuação dos órgãos governamentais, não demonstra interesse em participar e nem reconhece o poder de interferência dos conselhos nas decisões do Poder Público.

No terceiro capítulo, o estudo é direcionado aos aspectos analisados pelos tribunais brasileiros na efetivação do direito à saúde. De início, é apresentada a classificação jurídica que as políticas públicas assumem quando submetidas ao

controle jurisdicional. Para alguns, a política pública seria uma atividade e, portanto, se sujeitaria à mesma lógica do controle dos atos administrativos. Para outros, seria uma norma, da mesma forma que as normas programáticas. No nosso entender, no entanto, as políticas públicas, ainda que guardem semelhanças com outros institutos jurídicos, não podem ser definidas e instituídas pelo direito. Não cabe à ciência do direito o papel de querer adequar ou adaptar a complexidade da atividade política às categorias jurídicas previamente existentes.

Em seguida, é discutida a legitimidade do Poder Judiciário para intervir nas políticas públicas de saúde. Com base no código binário do direito, verificamos que tal intervenção encontra respaldo no art. 5º, XXXV, da CR/88, pois a política pública, ao expressar direta ou indiretamente direitos, não pode ter a sua apreciação excluída do Poder Judiciário. Além disso, o próprio sistema jurídico garante uma série de mecanismos processuais que permitem ao Poder Judiciário ter acesso à política pública implementada.

Na verdade, o que deve ser questionado não é a intervenção do Poder Judiciário em si, mas a qualidade desta intervenção, já que a participação dos membros do Judiciário na análise das políticas públicas tem se demonstrado mais ampla e intensa, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, principalmente do Poder Executivo.

Uma vez que o ativismo judicial cresce a cada dia que passa, em especial, na área da saúde, o trabalho traça, na sequência, para fins de ilustração e análise, um percurso dos precedentes, tanto em sua perspectiva individual, quanto coletiva, construídos junto aos Tribunais Superiores.

Com base no recorte jurisprudencial feito, concluímos no último tópico deste capítulo, que o Poder Judiciário, da mesma forma que o Poder Executivo, se porta de forma simbólica perante as políticas públicas de saúde, pois a santificação da vida impede o julgador de enxergar os outros elementos fáticos que compõem a realidade (a exemplo da escassez de recursos).

Ao julgar dessa forma, o Poder Judiciário vende para os litigantes envolvidos no processo a falsa imagem de que se está realizando e reafirmando um direito relacionado à inclusão jurídica, quando, na verdade, está-se encobrendo uma situação jurídica de carência de direitos.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

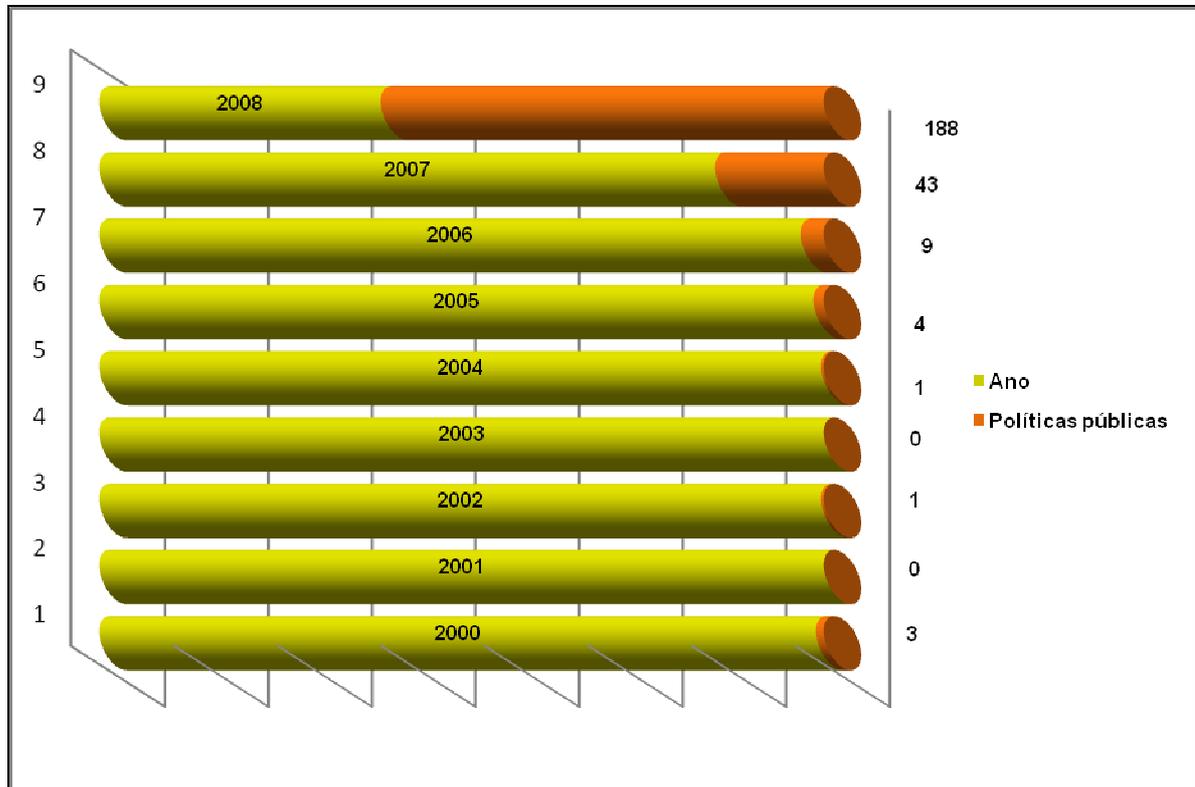
As políticas públicas constituem matéria proveniente da Ciência Política e da Ciência da Administração. Todavia, seu campo de estudo tem despertado, cada vez mais, um maior interesse pelo direito. Em princípio, o que parece ser um modismo, faz parte, na verdade, de um movimento de abertura do próprio sistema jurídico para a interdisciplinaridade.

Em outras palavras, significa dizer que:

Alguns institutos e categorias jurídicas tradicionais, hoje despidos do seu sentido legitimador original, buscam novo sentido ou nova força restabelecendo contato com outras áreas do conhecimento, das quais vinha se apartando desde a caminhada positivista que se iniciou no século XIX. (BUCCI, 2006b, p. 1-2).

Em matéria de políticas públicas de saúde, por exemplo, notamos no gráfico abaixo que, entre os anos 2000 e 2006, era praticamente inexpressivo o volume de decisões que discutiam esse assunto no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). No entanto, a partir de 2007, as decisões do Tribunal passaram a incorporar, de forma crescente, as discussões em torno das políticas públicas.

Gráfico 1- Decisões do TJMG que discutem ou abordam as políticas públicas de saúde - 2000-2008



Fonte: Criado pelo autor com dados extraídos de FERNANDES NETO 2010

Nesse sentido, um trabalho que pretenda analisar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde não pode ser feito sem que se identifique, de início, seu objeto de estudo. Assim, para uma melhor compreensão da expressão “políticas públicas”, façamos uma abordagem jurídica sobre o significado deste termo polissêmico⁵.

2.1 O conceito jurídico de políticas públicas

Intuitivamente, relacionamos o termo “políticas públicas” com as ações conjugadas que o Estado realiza para atingir determinado fim. Expressões como

⁵ Segundo Muller e Surel (2004), a palavra “política” comporta tantas acepções que a língua inglesa recorre a três termos para identificar as nuances do tema: *polity*, para a esfera da política e para diferenciar o mundo da política do da sociedade civil; *politics*, como atividade política na disputa por cargos políticos, o debate partidário, etc.; *policies*, para a ação pública, ou seja, os processos que elaboram e implementam programas e projetos públicos. Por sua vez, o adjetivo “pública” também é alvo de sentidos múltiplos, pois às vezes é usado como equivalente de estatal, do Estado, e outras vezes, daquilo que é de todos.

política ambiental, política agrícola, política monetária, política internacional contribuem para esse entendimento.

Na linguagem técnica, no entanto, as políticas públicas podem assumir diferentes conotações. Dessa forma, é preciso fazer um sobrevoo pelo nosso sistema jurídico, a fim de verificar em que termos se expressam as políticas públicas, tanto na doutrina, quanto na legislação.

Quando são apresentadas definições de políticas públicas, percebe-se que elas tendem a focalizar o Estado como o principal agente de sua promoção, constituindo-se sistematicamente em ações de governo. É o caso de Eros Grau (1990), que nomeia políticas públicas o conjunto de “[...] todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social.” (GRAU, 1990, p. 20). Trata-se de conceituação um tanto aberta, especialmente tendo em conta o modo tradicional de intervenção do Estado na vida social por meio de regras jurídicas.

Sônia Draibe (1998), por sua vez, compreende as políticas públicas como o conjunto de ações e programas continuados no tempo, que afetam simultaneamente várias dimensões das condições básicas de vida da população, organizadas numa determinada área de implantação. Vemos, aqui, a política como a realização de uma atividade (e não de um simples ato) que se prolonga no tempo e é espacialmente delimitada⁶. No entanto, não há menção em seu conceito da ideia de melhoria, de influência positiva que a política pública deve produzir na vida da comunidade.

Quanto a este aspecto, a definição de Duran citada por Charles-Albert Morand (1999, p. 76-77, tradução nossa) é mais exata, pois, segundo ele, “uma política pública é ‘a busca explícita e racional de um objetivo graças à alocação adequada de meios onde a utilização razoável deve produzir consequências positivas’.”⁷

Tal entendimento se aproxima em muito com o de Fábio Konder Comparato (1997), para quem a política pública “[...] aparece, antes de tudo, como atividade,

⁶ A noção de espaço aqui tratada pode englobar tanto o conjunto de programas de ação produzidos pelo Estado dentro do seu território nacional, quanto aqueles produzidos pelos blocos regionais de Estados. O programa de ação estabelecido pela Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, em Viena, por exemplo, tem todas as características de uma política pública, para implementação pelas Nações Unidas. O mesmo se pode dizer das diretivas adotadas pela União Europeia em diversas matérias, tais como os contratos públicos.

⁷ Une politique publique est “la poursuite explicite et rationnelle d’un but grâce à l’allocation adéquate de moyens dont l’utilisation raisonnée doit produire des conséquences positives”.

isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.” (COMPARATO, 1997, p. 353).

Especificando um pouco mais quanto à vinculação social dos objetivos e envolvendo a atuação dos agentes privados, Maria Paula Dallari Bucci (2006a; 2001) enuncia que “políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2006a, p. 241), ou definindo-as, ainda, em outro trabalho, “[...] como programas de ação governamental voltados à concretização de direitos.” (BUCCI, 2001, p. 07).

Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível, à luz das definições postas, considerar que não exista um conceito jurídico único e determinado do que venha a ser políticas públicas. Na verdade, há apenas um conjunto de referências de que se valem os juristas (e os não juristas) para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Afinal, como tratado a pouco, as categorias que estruturam as políticas públicas são próprias ou da política ou da administração pública e não, necessariamente, do direito.

De toda forma, sintetizando, ainda que toscamente, os diferentes entendimentos, podemos extrair dali algumas balizas que nos ajudarão a compreender e analisar as políticas públicas.

A primeira delas, diz respeito à ideia de políticas públicas como conjunto de programas de ação governamental. Isto é, uma só ação governamental não constitui política pública. Do mesmo modo, um único programa não chega a caracterizar uma política pública, sendo preciso o conjunto articulado de programas operando para a realização de um objetivo, como parte de um todo.

Ademais, as políticas públicas não se confundem com práticas e programas desenvolvidos em um curto espaço de tempo ou postos para satisfazer ânimos pré-eleitorais. Pelo contrário, elas são estáveis no tempo, sendo racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas.

Sucintamente, “a fase de formulação baseia-se em estudos prévios e em um sistema adequado de informações, definindo-se não só as metas, mas também os recursos e o horizonte temporal da atividade de planejamento.” (SILVA; MELO, 2000, p. 4). Sobrevindo-se a decisão conformadora da política, inicia-se a

implementação, que deverá observar os princípios e diretrizes, prazos, metas qualificadas etc. A avaliação que se dá por vários métodos, vai verificar o impacto da política, se os objetivos estão sendo atingidos e se há algo a ser modificado, isto é, irá aferir a adequação de meios a fins, promovendo a relegitimação ou a deslegitimação da ação pública e também fornecendo elementos para o controle judicial, social ou pelos tribunais de contas.

Além do caráter temporal, há que se mencionar, ainda, que as políticas públicas possuem um componente finalístico. Isto é, o que dá unidade à política é a sua finalidade; que, no nosso entender, está relacionada à realização de direitos e de objetivos sociais juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para que cada pessoa possa viver com dignidade e exercer seus direitos de forma plena.

Vale observar que ao componente finalístico deve ser agregado à política pública uma abordagem cognitiva. Segundo Muller e Surel (2004), as políticas públicas podem ser compreendidas como “[...] matrizes cognitivas e normativas, constituindo sistemas de interpretação do real, no interior dos quais os diferentes atores públicos e privados poderão inscrever sua ação.” (MULLER; SUREL, 2004, p. 47).

Em outras palavras, significa dizer que as diferentes decisões e declarações emanadas dos diversos órgãos ou esferas governamentais, para atingirem seus objetivos, devem refletir as ideias, os valores e conhecimentos trazidos pela sociedade civil. Inclusive, no que diz respeito à saúde, veremos ao longo deste trabalho, que o constituinte de 1988 consagrou a descentralização na gestão e elaboração das políticas públicas, o que permite à sociedade, ao menos em tese, interferir efetivamente nas decisões de governo, optando por ações de acordo com as reais necessidades.

Por fim, não podemos deixar de mencionar que as políticas públicas são conjuntos de ações e programas de ação governamental que se valem principalmente de normas jurídicas⁸ para moldar e impulsionar a consecução dos

⁸ As normas jurídicas, sejam elas de qualquer hierarquia (constitucional, legal, infralegal), constituem-se no principal instrumento de vocalização das políticas públicas. Entretanto, conforme nos ensina Maria Paula Dallari Bucci (2006b), instrumentos jurídicos de outra natureza, como os contratos de concessão de serviço público, também podem servir de suporte legal para as políticas públicas. Como exemplo, ela nos cita o caso dos sistemas de transporte municipal nas grandes metrópoles, em que o formato jurídico dado aos contratos de concessão de serviço público, às cláusulas remuneratórias e às condições de oferta do serviço, podem atender tanto aos interesses das

objetivos estabelecidos. A norma jurídica desempenha a função de plasmar os objetivos, as diretrizes e os meios da atividade estatal. Por isso, a norma é fundamental no contexto presente tanto para viabilização da política como para a realização dos direitos que se visa proteger.

No contexto brasileiro, verificamos que “[...] a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico.” (BUCCI, 2006b, p. 22). Tanto o constituinte, quanto o legislador utilizam o termo política desprovido de uma linguagem técnico-jurídica, de modo que nem tudo que a lei chama de política é política pública.

É o caso, por exemplo, da política nacional de abastecimento, cujo projeto de lei, atualmente tramita no Senado Federal (PLS nº 51/2008) (CRIVELLA, 2008). A sua classificação como política pública é discutível, já que referido projeto não dispõe sobre os elementos que compõe o programa de ação governamental, tais como os meios de realização dos objetivos fixados ou as metas e resultados a serem alcançados.

Por outro lado, há situações em que o legislador traça as linhas estruturais de uma política pública sem sequer perceber que assim está agindo. É o caso da Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), regulamentando o art. 21, XIX, da Constituição.

A lei em si já é o próprio suporte da política pública de recursos hídricos. Ali estão previstos os *fundamentos* (art. 1º), os *objetivos* (art. 2º), as *diretrizes gerais* de ação (art. 3º) e os *instrumentos* (art. 5º) necessários à realização da política. Não obstante, o legislador assim não entendeu e, em 17 de julho de 2000, editou a Lei nº 9.984 (BRASIL, 2000b), cujo art. 2º atribui ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos a competência para formular a política nacional nessa área.

Em outros casos, o legislador estrutura a política pública de maneira incompleta ou deficiente. Como exemplo, podemos citar a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (BRASIL, 1981), que estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA). Ali, estão presentes os *objetivos* (art. 2º e 4º), os *princípios* (art. 2º), as *diretrizes* (art. 5º) e os *instrumentos* (art. 9º) necessários à política ambiental. Todavia, a lei não contém disposições específicas sobre meios (pelo menos no que

se refere a meios financeiros). Tampouco estabelece resultados ou metas a alcançar dentro de um marco temporal.

Há, ainda, exemplos de lei que não fazem referência expressa a uma política setorial ou geral, mas que na prática realizam o fim de uma política pública. É o caso da Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005 (BRASIL, 2005) que institui o Programa Universidade para Todos (ProUni). Para o legislador, a lei não passa de uma regulamentação da imunidade constitucional do art. 195, §7º, para entidades educacionais beneficentes, e de uma hipótese de isenção tributária para as demais instituições participantes. No entanto, não se pode negar que a lei dá embasamento a um programa de governo com uma finalidade bastante nítida: a inclusão social por meio do aumento das oportunidades de acesso ao ensino superior de estudantes oriundos do ensino médio público, deficientes ou professores da rede pública carentes, segundo os limites de renda definidos no art. 1º da lei.

Merece consideração à parte a situação das políticas públicas que têm por suporte normas constitucionais. Por vezes, o constituinte se refere de maneira genérica às políticas públicas, como no caso da política de crédito, política de câmbio, política nacional de transportes (art. 22, VII e IX), política de educação para a segurança de trânsito (art. 23, XII), política tarifária (art. 175, parágrafo único, II) e política agrícola (art. 187).

Em outras situações, encontramos referências com maior precisão, especificando a observância de diretrizes e objetivos. O primeiro destaque, como seria natural, é o que trata do Capítulo II, Das Finanças Públicas, do Título VI, Da Tributação e Orçamento, da Constituição Federal. Os instrumentos orçamentários dispostos no art. 165, Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária podem ser considerados as expressões jurídicas de políticas públicas, por excelência. (BUCCI, 2006b).

Mas esse exemplo não esgota as referências constitucionais a políticas. Os Títulos da Ordem Econômica e da Ordem Social também contem algumas referências mais sistematizadas. É o caso da política de desenvolvimento urbano, que, deve ser executada pelo Poder Público municipal, em conformidade com *diretrizes* gerais fixadas em lei, com o *objetivo* de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Outro exemplo é encontrado no art. 196, que estabelece a garantia do direito à saúde por meio do dever do Estado de implementar políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua proteção, promoção e recuperação. (MASSA-ARZABE, 2006b).

As políticas públicas, aqui, explicitamente constituem a *garantia* do direito social à saúde, definindo a norma constitucional os objetivos de tais políticas, isto é, o objetivo final e amplo de garantia do direito de todos à saúde é de ser atingido pelo objetivo específico de redução de riscos e de observância dos princípios de universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de proteção, promoção e recuperação da saúde. (MASSA-ARZABE, 2006b).

Há, ainda, exemplos de políticas consubstanciadas em Emendas Constitucionais, como é o caso da Emenda nº 29, de 13 de setembro de 2000 (BRASIL, 2000a), e da Emenda nº 14, de 12 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996b). Ambas alteram o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), para estabelecerem, respectivamente:

- a. obrigações delimitadas no tempo para União, Estados e Municípios em matéria de financiamento da saúde;
- b. a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) como forma de vincular as receitas da educação disciplinada no art. 212 e garantir a melhoria das condições da prestação do direito à educação.

Em vista do quanto foi dito, evidencia-se que para o estudioso do direito é extremamente difícil sintetizar em um conceito a realidade multiforme das políticas públicas. Uma política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do conjunto de programas de ação.

A dificuldade em sistematizar um conceito não pode servir de empecilho, no entanto, para que o operador do direito, descreva, compreenda e analise as políticas públicas. Inclusive, será a partir do seu estudo, que poderemos conceber uma série de referenciais capazes de ajudar o Poder Executivo e o Poder Legislativo a

elaborarem normas jurídicas veiculadoras de políticas públicas mais claras e uniformes.

A propósito, merece fazer um parêntese neste ponto do trabalho, para tratarmos da competência em matéria de formulação de políticas públicas.

2.2 Políticas públicas e separação dos Poderes

Parece relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes e os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob a forma de leis, para execução pelo Poder Executivo, segundo a simples tripartição das funções estatais desenvolvida, nos Estados Unidos, pelos federalistas, inspirados⁹, por sua vez, em Montesquieu.

Quando estamos tratando de programas de longo prazo, cuja realização ultrapasse a duração de um governo, não há dúvidas que o melhor mesmo é a competência exclusiva do Poder Legislativo para exercer a função formadora do direito em matéria de políticas públicas. Afinal, os objetivos de interesse público não podem ser sacrificados pela alternância no poder, essencial à democracia. As leis do plano, portanto, conciliam o princípio republicano e democrático com as demandas da estabilidade e da governabilidade.

Porém, como programas de ação, ou como programas de governo, não nos parece lógico que as políticas públicas possam ser impostas pelo Legislativo ao Executivo.

Teoricamente, a origem normativa da política pública, mesmo que resulte de iniciativa legislativa do Poder Executivo, ainda é do Poder Legislativo. No entanto, no nosso entender, o mais adequado seria a realização das políticas por iniciativa do próprio Executivo, desde que respeitados, obviamente, os limites e as diretrizes orçamentárias aprovadas pelo Legislativo.

Apesar de possuírem a capacidade de expressar as orientações normativas básicas de um grupo de eleitores – o que é imprescindível à democracia – os ocupantes de cargos legislativos simplesmente não possuem tempo nem expertise

⁹ Evidentemente, se trata de mera inspiração, pois enquanto para Montesquieu, a preocupação era imediatamente ligada à promoção da liberdade do indivíduo, para os norte-americanos, a separação dos Poderes “[...] está intimamente voltada à otimização do desempenho das funções do Estado, fundando-se também no princípio da divisão do trabalho.” (GRAU, 2002, p.226).

necessários para analisar todos os aspectos importantes para uma dada atuação estatal. A preocupação deles será apenas quanto ao mérito desta, bem como de que forma isto atingirá suas possibilidades eleitorais, o que pode contaminar uma atuação profissionalizada, potencialmente imparcial e sistêmica, que considere não apenas as decisões que angariem votos, mas também aquelas que são consideradas antipopulares (ACKERMAN, 2009).

A ideia clássica da separação dos Poderes segundo a qual o poder de fazer leis deve estar separado do poder de implementá-las, deve ser atualizada para significar muito mais do que um requisito formal da democracia. A noção não deve ser apenas de separação orgânica, mas de institucionalização técnico-profissional. Segundo Bruce Ackerman (2009), um dos ideais legitimadores da separação dos Poderes é o profissionalismo ou a especialização¹⁰. Se o aplicador não tiver, em certos casos, um mínimo de especialização, dificilmente terá imparcialidade, e o arbítrio (irmão da tirania) será o resultado. De fato, quanto mais os ocupantes do Poder Legislativo intervenham na implementação das leis, menor será a imparcialidade de sua aplicação (a preocupação será a obtenção de votos) e maior será a ignorância sobre seus efeitos sistêmicos.

Ora, os ocupantes do Poder Legislativo devem concentrar suas energias nas coisas que dependem da legitimidade que lhes é inafastável, quais sejam: “aprovar leis e tomar algumas poucas decisões de alta visibilidade que genuinamente requerem a atuação e a sabedoria pragmática de homens de Estado.” (ACKERMAN, 2009, p.70). Isto é, os representantes do povo deveriam se preocupar com a configuração de valores básicos da sociedade e não com a implementação das normas, a qual depende de considerações e análises multifacetadas – geralmente de pouco apelo eleitoral – de conteúdo técnico.

Não é à toa que se constata a generalização, nos países do Ocidente, da “[...] parcial transferência ao Executivo da própria tarefa de fazer leis [...]” (COMPARATO, 1989, p. 101), tendência de que não se exclui o Brasil, adepto dos decretos-leis no regime constitucional de 1967/1969 e das medidas provisórias (art. 62, da CR/88),

¹⁰ Além do profissionalismo ou especialização, também seriam ideais legitimadores da separação dos Poderes: a democracia e a proteção e promoção dos direitos fundamentais. De acordo com Bruce Ackerman (2009), “[...] de uma forma ou de outra, a separação deve servir (ou criar obstáculos) ao projeto de autogoverno do povo.” (ACKERMAN, 2009, p. 9). Além disso, sem a salvaguarda dos direitos fundamentais, “[...] tanto a ideia de democracia, quanto a de administração profissional, serão instrumentos da tirania.” (ACKERMAN, 2009, p. 09).

que se converteram no principal instrumento legislativo do governo sob a égide da Constituição de 1988.

Na verdade, o uso abusivo das medidas provisórias no direito brasileiro, decorre exatamente da carência de instrumentos normativos que atendam a necessidade crescente do Poder Executivo de regulamentar e fiscalizar setores inteiros da atividade econômica de forma mais ágil e eficiente.

Em relação à saúde pública, até pela própria natureza técnica, o Poder Executivo tem um papel bastante atuante, principalmente em matéria de competência, editando portarias e resoluções que complementam e especificam a responsabilidade solidária entre os gestores do Sistema Único de Saúde (SUS).

Com efeito, o fato de a Constituição ter atribuído indistintamente aos três níveis federados a competência (em termos de poder-dever) para prestar o serviço público de saúde, não quer significar, na melhor técnica hermenêutica – aquela voltada à teleologia da norma e com desprezo pela interpretação que conduza o intérprete ao equívoco –, que todos os entes tenham que prestar, cada um deles, todos os serviços de saúde.

Posicionamento como esse, é fato, levaria ao extremo (o qual, posto que absurdo, é deveras recorrente), de, em um universo escasso de recursos e pleno de demandas, mais de um ente fornecer o mesmo medicamento ao mesmo usuário do SUS, em manifesta afronta ao princípio da eficiência e da economicidade. A responsabilidade solidária entre os gestores no SUS se instaura no conjunto das ações e não em cada tipo de ação típica.

Por outro lado, a dificuldade do Poder Executivo não se resume apenas em conter o Poder Legislativo no exercício da função legislativa. Os atos normativos editados pelo Poder Executivo, quando submetidos à apreciação do Poder Judiciário, também enfrentam problemas.

Exatamente por serem fundados em argumentos *a priori* técnicos, os juízes, por diversas razões, têm sérias dificuldades em compreender com maior profundidade as questões que lhes são colocadas.

O juiz que decide determinar ao Estado que custeie o tratamento de um paciente nem sempre (para desespero dos economistas) leva em consideração de onde vêm os recursos para fazer frente ao tratamento. O juiz que concede uma concordata suspensiva não sabe o impacto na situação financeira dos credores da moratória concedida como favor legal ao devedor. O tribunal que limita o reajuste de preços em determinada

carteira de seguros-saúde nem sempre sabe o que ocorrerá com os segurados de outras carteiras, como resultado de sua decisão. E mesmo que o juiz ou o operador do direito tenham acesso a todas essas informações, nem sempre eles podem considerar fatores relacionados a terceiros na decisão que tomam no âmbito da lide composta por autor e réu. (GOLDEBERG, 2007, p.71).

Talvez, isso ocorra porque o modelo de Poder Judiciário proposto pelas teorias clássicas de separação dos Poderes ignoram a dimensão institucional e os efeitos sistêmicos de uma dada decisão judicial que invalida um ato normativo do Poder Executivo.

É nesse sentido que uma renovada leitura da separação dos Poderes tem muito a contribuir para a superação desses desafios. Deve-se propugnar por um adequado arranjo institucional, que leve em conta as capacidades de cada um dos agentes envolvidos.

Em outras palavras, quando o juiz tiver as informações e a capacidade necessária para uma tomada de decisão esclarecida, não deverá poupar esforços em fazê-la. Porém, quando lhe faltam os aspectos relevantes para o controle da atuação estatal, deverá agir com parcimônia, reconhecendo seus limites e deficiências, sem querer se tornar um verdadeiro “Hércules”¹¹, para usar a expressão cunhada por Dworkin (1999).

Exatamente nesse diapasão, Gustavo Binjenbojm (2006) preleciona:

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nesses casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. (BINENBOJM, 2006, p. 227).

Em síntese, observa-se que “[...] o Executivo sempre foi concebido como inferior aos demais [Poderes]: ele só pode agir no quadro estrito das leis que não votou, e está sempre submetido ao controle dos tribunais.” (COMPARATO, 1989, p. 94). No entanto, se a tripartição das funções do Estado não pode ser reformulada, já que se trata de limitação material ao poder constituinte derivado reformador (art. 60, § 4º, III, da CR/88), ao menos, a relação de subserviência entre os Poderes merece

¹¹ O juiz Hércules é uma metáfora utilizada por Dworkin na obra *O império do direito* (1999) para demonstrar as qualidades excepcionais, quase divinas, do juiz que toma a melhor decisão em cada caso, respeitando o princípio da integridade e garantindo a coerência do direito.

ser revista. Para tanto, o Poder Executivo deve conter o Legislativo de modo a evitar que a implementação da norma seja contaminada pelo debate político. Por sua vez, o Judiciário não deve deixar de exercer o efetivo controle sobre os atos estatais (*judicial review*), mas, toda e qualquer análise deverá ser feita dentro de uma perspectiva sistêmica que leve em conta as capacidades e limitações técnicas do próprio julgador.

2.3 Políticas públicas e paradigmas¹² de Estado

A expressão “políticas públicas”, conforme mencionado no item 2.1, mantém estreita relação com o conjunto de programas de ação governamental desenvolvidos pelo Estado. É evidente, portanto, que, ao analisar o tema das políticas públicas sob o ângulo do direito, deva-se dedicar atenção especial aos paradigmas de Estado que se consolidaram com o advento da modernidade¹³ e a superação da estrutura feudal. Afinal, o estudo do histórico das políticas públicas de saúde perpassa pela compreensão desses modelos estatais, uma vez que eles fornecem o pano de fundo desse cenário que se delineia.

O primeiro tipo de paradigma estatal existente na modernidade é o liberal, consolidado com a revolução norte-americana em 1776 que culminou com a independência das 13 colônias e a revolução francesa que se iniciou a partir de 1789, consubstanciada nos ideais de liberdade, fraternidade e igualdade.

¹² Conforme ensina Marcelo Galuppo (2006), a partir de Thomas Kuhn, paradigmas são “[...] modelos muito genéricos que aglutinam e/ou contêm conjuntos consistentes de teorias.” (GALUPPO, 2006, p. 515). Por sua vez, Álvaro Ricardo Souza Cruz (2009), complementando a conceituação dada por Kuhn, afirma que “[...] mais que um modelo, o paradigma conforma os problemas e as formas de solução de uma questão dada. Assim, um paradigma é o que os membros de uma comunidade acadêmica compartilham, tal como suposições teóricas gerais, leis, proposições e técnicas, bem como os instrumentos de aplicação dessas leis e proposições.” (CRUZ, 2009, p. 5). Particularmente, entendemos que a expressão paradigma não seria a mais apropriada, já que “os modelos e as tipologias usadas para descrever sistemas políticos e organizações sociais são sempre ‘tipos-ideais’. A realidade empírica, com toda a sua complexidade, nunca corresponde plenamente a qualquer descrição teórica.” (VILANI, 2002, p. 48). Ademais, a ideia de paradigma traz, em tese, a noção de ruptura com a ordem anteriormente estabelecida. Todavia, “no mundo concreto das instituições, convivemos com formas híbridas, com tensões e contradições resultantes da mescla de valores de diferentes concepções do ordenamento social” (VILANI, 2002, p. 48). Nesse sentido, assim como a Professora Maria Cristina Seixas Vilani (2002), preferiríamos adotar os termos “tradições do Estado” ou “tradições do pensamento político”. Porém, em sinal de respeito ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da PUC/Minas, que adota em sua linha de pesquisa a expressão “paradigma”, optamos por mantê-la ao longo do texto.

¹³ De acordo com Marilena Chauí (2008), a modernidade “é o movimento pelo qual o homem deixa de ser conduzido pela religião e a autoridade e passa a conduzir o seu próprio destino.” (CHAUÍ, 2008, p. 345-390).

O modelo estatal liberal caracteriza-se pela busca da igualdade formal, da garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, consolidando, por conseguinte, a hegemonia da burguesia em substituição à nobreza, criando arcabouço institucional indispensável ao florescimento do regime capitalista. “[...] já que a liberdade é fazer tudo aquilo que as leis não proibam, quanto menos leis, mais livres seriam as pessoas para desenvolver as suas propriedades.” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 479).

Em consequência, tudo o que significasse uma interferência nessa liberdade deveria ter um caráter excepcional. A regra era o livre exercício dos direitos individuais amplamente assegurados nas Declarações Universais de Direitos, depois transpostos para as Constituições.

Nesse sentido, a atuação estatal constituía exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a ordem pública.

O papel abstencionista do Estado não significava, no entanto, a ausência de políticas públicas. Afinal, as liberdades individuais possuem custos, pressupondo a elaboração de um conjunto de programas de ação governamental que garantissem uma estrutura mínima de fiscalização para implementá-las.

Acerca dos custos dos direitos e liberdades individuais vale a pena mencionar a obra dos professores Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (1999), *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, em que se analisa os gastos elevados pelo governo americano na manutenção dos direitos individuais. A título de exemplo, o livro destaca que

A Consumer Product Safety Commission gastou em 1996 41 milhões de dólares analisando e identificando produtos potencialmente danosos e fiscalizando o cumprimento dos padrões de segurança. Já o departamento de Justiça dos Estados Unidos, no mesmo ano, gastou US\$64 milhões em ‘questões de direitos civis’. A Occupational Safety and Health Administration (OSHA) consumiu US\$ 306 milhões no mesmo ano obrigando os empregadores a prover locais de trabalho mais seguros e saudáveis, enquanto que a Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) despendeu US\$ 233 milhões para cuidar que os empregadores não discriminem na contratação, demissão, promoção e transferências. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 46, tradução nossa).¹⁴

¹⁴ At the federal level, the consumer Product Safety Commission spent \$ 41 million in 1996 identifying and analyzing hazardous products and enforcing manufacturer compliance with federal standards. Many other government agencies serve similar rights-enforcing functions. The Department of Justice itself spent \$ 64 million on "civil rights matters" in 1996. The National Labor Relations board (NLRB), which cost the taxpayer \$ 170 million in 1996, protects the rights of workers by imposing obligations on management. The Occupational Safety and Health Administration (OSHA) - \$ 306 million expended in 1996 – defends the rights of workers by obliging employers to provide a safe and healthy

Assim, o direito de ir e vir e de propriedade nos grandes centros urbanos necessitam de custos para a sua manutenção. O Estado obriga-se a manter ruas e parques abertos para manifestações, requerendo uma conduta positiva do mesmo, a fim de fazer cumprir a liberdade de expressão. O direito de voto, por sua vez, não faz sentido sem o aparato estatal destinado às zonas eleitorais, aos mesários e aos presidentes de mesas eleitorais.

Na verdade, o modelo liberal não tinha uma preocupação com as políticas de cunho social. Não que fossem inexistentes. Entretanto, elas eram em tudo coincidentes com os interesses da burguesia vitoriosa: valorizando sobremaneira o individualismo dominante, limitavam-se apenas naquilo que fosse estritamente necessário à preservação da segurança individual, com o mais absoluto respeito à lei.

Em matéria de saúde pública, por exemplo, a atuação do Estado era, ainda, muito incipiente. De acordo com Sueli Gandolfi Dallari (2006):

A noção contemporânea de saúde pública começa a ganhar maior nitidez de contorno no Estado Liberal burguês do final do século XVIII. A assistência pública, envolvendo tanto a assistência social propriamente dita (fornecimento de alimentação e abrigo aos necessitados) como assistência médica, continuou a ser considerada matéria dependente da solidariedade da vizinhança, na qual o Estado deveria se envolver apenas se a ação das comunidades locais fosse insuficiente. Pode-se colocar nessa atuação subsidiária do Estado um primeiro germe do que viria a ser o serviço público de saúde. Por outro lado, a proteção da saúde é admitida no elenco das atividades do Estado liberal e recebe, portanto, um *status* constitucional. Isso significa que, apesar do empirismo que caracteriza a regulamentação das atividades de interesse para a proteção da saúde, as medidas de polícia administrativa relativas a tal proteção devem estar sob o manto da lei. Apareceram, assim, durante a Restauração (tomando-se o exemplo francês) as primeiras leis que tratavam organicamente da higiene urbana, da noção de estabelecimento insalubre e do controle sanitário de fronteiras. Não se pode ignorar, contudo, que tanto o controle de ensinos do exercício da medicina e da farmácia – profissões cuja regulamentação estatal era advogada havia cerca de 50 anos – quanto a manutenção dos hospitais pelas comunas, também receberam acolhida constitucional, uma vez que o Estado liberal burguês daquele final de século legislou sobre esses assuntos. (DALLARI, 2006, p. 249-250).

Com o passar dos tempos, percebeu-se que apesar dos progressos que acarretou para a humanidade, o modelo liberal não foi capaz de assegurar a igualdade.

workplace. The Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), with a 1996 budget of \$ 233 million, safeguards the rights of employees and job seekers by obliging employers not to discriminate in hiring, firing, promotion, and transfers.

A crescente industrialização do século XIX, a acentuação de um processo de crescimento e concentração de riquezas, culminando com a eliminação da livre concorrência, retratou um cenário político e econômico caracterizado pela exploração do homem pelo homem, pelo aumento das desigualdades sociais e pela acentuação da miséria e da fome.

Neste palco de constantes opressões, era imperioso ao Estado justificar e legitimar seus poderes através da promoção do bem-estar efetivo dos cidadãos, suprimindo as desigualdades e concretizando a dignidade humana. Afinal, “a legitimidade do poder estatal é aferida em razão dos serviços que presta, da sua capacidade de controlar as relações sociais de forma a reduzir as desigualdades econômicas.” (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 99).

Diante do quadro de tensão e revolta, numa tentativa de acalmar a insatisfação social geral, o Estado Moderno passou a admitir uma pequena e paulatina mudança de postura frente a questões socioeconômicas, garantindo-se alguns direitos de cunho social, principalmente, trabalhistas, como a redução na jornada de trabalho, a regulamentação do trabalho dos menores e a previdência social.

O surgimento de alguns direitos sociais são encontrados, pioneiramente, no Estado Alemão¹⁵ e na Áustria, onde se encontra a elaboração da legislação previdenciária. Nos Estados Unidos em 1890, promulgou-se a Lei de Sherman, lei antitruste com o objetivo de combater a concentração econômica que resultou na eliminação da concorrência e da livre iniciativa.

Mas foi somente após a eclosão da Revolução socialista russa de 1917, contrária ao modelo de economia e sociedade capitalista e aos valores liberais, somando-se à crescente pressão dos trabalhadores, aos movimentos sociais constantes e a um contexto político de extensão do direito ao sufrágio que desencadeou-se, na virada do século XX, após a eclosão da I Guerra Mundial (1914-1918), o paradigma do Estado Social.

[...] a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem,

¹⁵ A título de exemplo, Daniel Sarmiento (2006) nos ensina que “[...] Bismarck, na Alemanha, pretendendo, por um lado, impedir os avanços dos socialistas, e, por outro, desejando obter alguma paz social, esboçava, nas décadas de 60 e 70 do século XIX, uma legislação de proteção ao trabalhador e de assistência social.” (SARMENTO, 2006, p.17).

no mínimo, o irreconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material. (CARVALHO NETTO, 1999, p.480).

De base ideológica e reflexiva antiliberal, o modelo de Estado Social foi marcado pela incorporação nas constituições modernas¹⁶ dos direitos sociais, tais como assistência social, saúde, educação, moradia e trabalho.

Como direitos fundamentais, os direitos sociais “[...] são, se assim se pode dizer, direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração.” (BUCCI, 2006b, p. 3). Constatou-se que as liberdades individuais necessitavam de um arcabouço de leis sociais e coletivas que possibilitassem o reconhecimento das diferenças materiais, privilegiando-se o economicamente mais fraco da relação, a fim de suplantar a igualdade de cunho apenas formal, própria do modelo liberal.

Sob esse enfoque, o Estado passa a assumir um grande número de funções públicas. “Toda a sociedade torna-se credora/cliente do Estado, cobrando-lhe prestações positivas que permitam uma melhoria na qualidade de vida do proletariado.” (CRUZ, 2001, p. 220).

Nesse sentido, há um crescente fortalecimento do Poder Executivo que, através da elaboração de políticas públicas, se torna o responsável pelo provimento dos direitos de segunda dimensão. “O Estado subsume toda a dimensão do público e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de 2ª geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas.” (CARVALHO NETTO, 1999, p.480).

A inflação de normas vocalizando políticas sociais é enorme, pois o Estado é chamado a disciplinar campos da vida social que, até então, ele não tinha tanta familiaridade. Em consequência, a implementação de tais políticas para a concretização dos direitos sociais é muito mais custosa, pois a criação das condições institucionais, legais e financeiras para a produção dos seus efeitos são baixas ou até mesmo inexistentes.

¹⁶ Uma sistematização dos direitos sociais, destacada pela maioria dos constitucionalistas como marco das chamadas constituições sociais, é encontrado na Constituição mexicana de 1917 e, em 1919, na Constituição Alemã de Weimar. Entre nós, o marco temporal é dado pela Constituição de 1934.

A título de exemplo, Virgílio Afonso da Silva (2009) traça um paralelo entre o direito social à saúde e o direito individual ao sufrágio para demonstrar a intensidade do empenho que o Estado deve promover para implementar tais direitos:

No primeiro caso (sufrágio) as necessárias condições institucionais, legais e financeiras já existem, pois já existe um órgão que organiza eleições, já existem juntas e seções eleitorais, já existem funcionários para esses órgãos e pessoas para trabalhar nos dias de eleição, já existe dotação orçamentária suficiente para a organização das eleições, etc. Preenchidas essas condições – e somente assim – é que a norma contida no art. 14 da CF é “capaz de produzir efeitos”. Já no caso do direito à saúde as condições institucionais, legais e, sobretudo, financeiras não são ideais: faltam hospitais, faltam um plano de carreira e bons salários para atrair médicos, faltam recursos para comprar medicamentos e material hospitalar, etc. Diante dessas condições – e apenas por isso –, a norma que garante o direito à saúde não é capaz de produzir os efeitos desejados. (SILVA, 2009, p.233-234).

De toda forma, não se pode negar que no início do século XX, a saúde pública encontra-se instaurada como política de Estado. Na Inglaterra, por exemplo, foi criado em 1948, o *National Health Service* (Serviço Nacional de Saúde), considerado como a estrutura mais estatizada e mais ampla da prestação de cuidados médicos individuais em sociedades capitalistas.

Nesse momento aumentam as tentativas de ligar a saúde à economia, reforçando a utilidade do investimento em saúde. Por outro lado, inúmeros trabalhos de pesquisa conformes ao paradigma científico vigente revelam claramente a relação direta existente entre a saúde e as condições de vida. Assim, proteger, a saúde das camadas mais pobres, modificar-lhes os hábitos de higiene, passa a ser um objetivo nacional, pois simultaneamente se estaria lutando contra a miséria que ameaça a ordem pública. A ideia de prevenção encontra, então, ambiente propício à sua propagação. (DALLARI, 2006, p. 250).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a verificação dos abusos advindos dos campos de concentração, além dos movimentos sociais dos anos sessenta, e dos dois choques do petróleo ocorridos na década de setenta, assiste-se à crise do modelo de Estado Social.

Paralelamente a isso, observa-se que as sociedades tornam-se hipercomplexas e informatizadas, abrangendo relações intrincadas e fluidas, caracterizando-se pela pluralidade. No plano econômico, por sua vez, verifica-se

uma abertura crescente do mercado interno às privatizações e ao corte de gastos sociais, inaugurando o chamado neoliberalismo de regulação¹⁷.

Todo esse contexto ampara a necessidade de mudança do paradigma, surgindo o modelo do Estado Democrático de Direito em substituição ao já combalido Estado Providência.

Tal modelo híbrido caracteriza-se, principalmente, por manter os princípios do Estado liberal protegendo as liberdades individuais e ampliando as ações do Estado de bem-estar social e consagrando os direitos metaindividuais ou de terceira dimensão, resultado de uma sociedade plural multicultural, e que representam os direitos das minorias excluídas e os direitos difusos¹⁸.

Pode-se dizer, nessa esteira que, no plano jurídico, o modelo democrático caracteriza-se pela busca da denominada igualdade procedimental que abrange a igualdade material e os instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais.

É exatamente nesse último ponto que reside o maior desafio da atualidade. Conforme já explicado, a concretização dos direitos se faz por meio de políticas públicas. Porém, em um período de globalização, em que os rumos das economias nacionais são diretamente influenciados pelos grandes movimentos financeiros internacionais e a ação cogente do Estado nacional dentro de suas fronteiras perde força, verifica-se uma retração na implementação das políticas sociais, o que aprofunda ainda mais as desigualdades.

Esse quadro social de exclusão tem tido repercussões marcantes sobre o setor da saúde. Segundo Sueli Gandolfi Dallari (2006):

[...] o predomínio da ideologia neoliberal provocou uma diminuição do papel do Estado na sociedade em favor dos grupos e associações e da própria responsabilidade individual. As estruturas estatais de prevenção sanitária passam a estabelecer suas prioridades, não mais em virtude dos dados

¹⁷ Segundo Giovanni Clark (2006), “A partir da regulação, usada como remédio salvador do mundo e protegida de grandes contestações pela mídia dos “donos do poder”, o Estado passou a adotar uma nova técnica de ação na vida econômica, ou seja, o neoliberalismo de regulação. O poder estatal continuou a intervir indiretamente no domínio econômico, através das normas legais (leis, decretos, portarias) e das agências de regulação. Diferentemente das empresas estatais, as agências não produzem bens nem prestam serviços à população, mas somente fiscalizam e regulam o mercado ditando ‘comandos técnicos’ de expansão, qualidade, indicadores de reajuste de preços, etc.” (CLARK, 2006, p.241).

¹⁸ Na clássica classificação de Paulo Bonavides (2004), ainda existiriam, por força da globalização, os direitos de quarta e quinta dimensões, a exemplo do direito à manipulação genética e do direito dos homossexuais. Tal classificação, no entanto, comprova, mais uma vez, que os direitos fundamentais possuem um caráter materialmente aberto, mutável e flexível, representando releituras dos clássicos direitos e garantias já reconhecidos ao longo dos tempos.

epidemiológicos, mas, principalmente, em decorrência da análise econômica de custo/benefício. (DALLARI, 2006, p. 251-252).

Vale dizer que as normas constitucionais veiculadoras de políticas públicas de saúde passam a ser meros decalques da realidade econômica, desencadeando o fenômeno, propalado por Marcelo Neves (2007), de constitucionalização simbólica. Segundo o autor a constitucionalização simbólica significa, em linhas gerais, que a maioria das normas constitucionais não possui nenhuma outra função que não ideológica, conformando e satisfazendo os anseios do grupo dominante, ao invés de concretizar suas normas para todos, indistintamente.

A ideia de que os direitos sociais necessitam de dinheiro para sua concretização, acarreta verdadeira estagnação do Estado, gerando entre os cidadãos, a descrença na força normativa da Constituição Federal e franqueando ao Poder Judiciário, como veremos no último capítulo, uma abertura para se intervir, controlar, e mesmo (ocasionalmente) formular políticas públicas de saúde¹⁹.

2.4 Modelos ou concepções de sistemas de saúde

Antes de se iniciar o histórico das políticas públicas de saúde no Brasil, faz-se necessário distinguir os modelos ou concepções deste sistema. De acordo com André Médici (1994), podemos falar em “[...] três modelos, concepções e até histórias relacionadas ao sistema de saúde.” (MÉDICI, 1994, p. 219).

O primeiro deles seria o assistencialismo. Mantido até meados do século XIX, esse modelo de proteção social estava voltado, principalmente, para o atendimento das populações desprovidas de recursos, através de instituições públicas ou privadas, na maioria das vezes destinadas a múltiplos propósitos, dentre os quais

¹⁹ Apresenta-se como marco nessa reivindicação da competência para o controle – e mesmo a formulação – de políticas públicas, a decisão havida no bojo da ADPF nº 45. Como trecho mais significativo da decisão no que toca ao tema, cite-se: “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (ANDRADE, 1987, p. 207), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.” (BRASIL, ADPF nº 45, 2004b). Destaque-se que essas considerações (que até hoje são citadas, inclusive pela própria jurisprudência do STF) foram expandidas no bojo de decisão monocrática, de cunho meramente terminativo, de extinção do processo por perda do objeto. A linha de raciocínio que ali se desenvolveu, todavia, viria a ser reiterada em outros julgados, dos quais faremos menção no quarto capítulo.

estava o cuidado dos enfermos, já que a doença sempre foi vista como uma forma de carência ou fragilização social. (MÉDICI, 1994).

Fundado, basicamente, na solidariedade e na compaixão, o assistencialismo tem como principal exemplo as *workhouses* inglesas. Na história britânica, uma *workhouse* era um lugar onde as pessoas pobres que não tinham com que subsistir podiam ir viver e trabalhar. O exemplo mais antigo de *workhouse* data de 1652 em Exter, embora existam provas escritas da presença de instituições similares anteriores a essa data. Alguns documentos escritos referem a uma *workhouse* em Abingdon por volta de 1631. (HIGGINBOTHAM, 2011).

No Brasil, o assistencialismo só foi efetivo em algumas grandes capitais e, mesmo assim, graças ao apoio das Santas Casas de Misericórdia que oriundas do período da colonização, prestaram inestimáveis serviços de assistência médica à população de baixa renda, notadamente, no final do século XIX e início do século XX. Ainda existentes na atualidade, as Santas Casas de Misericórdia são instituições completamente capengas de recursos e dependentes, em grande parte, de repasses financeiros advindos do Sistema Único de Saúde (SUS).

O segundo modelo é o previdencialismo, que se originou, num primeiro momento, nas organizações de mutualidades entre grupos de artesãos especializados que se cotizavam para propiciar seguridade aos seus membros e aos seus familiares.

Posteriormente, as empresas viriam a incorporar o modelo previdencialista aos seus estatutos, admitindo a participação de empregados e empregadores no seu custeio. Por fim, combinando seus interesses com o dos patrões e empregados, o próprio Estado viria a legitimar a sua participação nesse modelo, contribuindo com recursos públicos para o custeio do regime de previdência.

A solidariedade intrínseca do modelo previdencialista obedece à lógica do seguro, onde os beneficiários potenciais são os contribuintes do sistema, com o subsídio das empresas e do próprio Estado.

Adotado na Alemanha unificada por Bismarck, esse modelo tripartite de proteção social vigorou nos países desenvolvidos até a primeira metade do século XX. Já nos países em desenvolvimento, como Brasil e Argentina, tal concepção se manteve hegemônica até as décadas de setenta e oitenta.

O terceiro modelo é denominado de universalista. Se o previdencialismo tem seu marco histórico na Alemanha de Bismarck, pode-se estabelecer como marco

fundamental do universalismo, o Plano Beveridge, criado na Inglaterra, em 1942, por Sir William Beveridge, a pedido do governo conservador britânico.

A concepção do plano, desenvolvido em 18 meses de trabalho pelo seu relator, consistia em identificar o trabalhador como cidadão, estendendo, assim, os laços de regulação formal para toda a sociedade. O conceito de saúde está baseado na proteção de toda a população, trazendo à cena a opção por gratuidade geral no acesso aos serviços, cobertura integral e funcionamento através de impostos universais, e não contribuições específicas.

A tônica do modelo universalista manteve-se presente na sociedade desde o pós-guerra. No entanto, com a crise do Estado Social, nos anos setenta, a sustentação das políticas sociais universalistas tornou-se cada vez mais difícil.

Em matéria de saúde pública, o Estado se viu obrigado a adotar uma postura mais flexível, já que os custos da saúde tiveram um crescimento muito grande com o modelo universalista. A começar pela expansão horizontal e vertical da cobertura. Se antes, as políticas sociais de saúde eram destinadas à proteção do trabalhador, agora, elas se estendem a toda população. Ademais, as políticas de saúde não devem englobar ações e serviços ligados apenas à medicina. Odontologia, psiquiatria e fisioterapia também fazem parte do leque de opções que o modelo universalista deve oferecer.

Outro aspecto que contribuiu para a flexibilização das políticas públicas de saúde foi a mudança na estrutura etária da população. Nos anos que se seguiram ao pós-guerra há uma inversão da pirâmide demográfica. A base da pirâmide que era formada por jovens passa a ser composta, eminentemente, por pessoas mais idosas, que, via de regra, fazem uso do serviço de saúde com maior frequência.

Um terceiro fator do aumento nos custos da saúde é a tecnologia. Enquanto na indústria tradicional, os meios tecnológicos substituem a mão-de-obra, compensando o alto custo dos equipamentos, no setor da saúde, as máquinas voltadas para identificação de diagnósticos e terapias demandam profissionais altamente qualificados e especializados, encarecendo ainda mais o sistema de saúde.

Apesar das condições econômicas para se chegar a um universalismo de fato se tornarem cada vez mais precárias, o Brasil consagrou o ideário da universalização das políticas sociais através da Constituição de 1988.

De toda forma, ainda que assimilado pelo texto constitucional, o universalismo perde o seu sentido quando transportado para a realidade brasileira, já que ao invés de promover uma política inclusiva, ele dissemina a exclusão.

Em outras palavras, o sistema de saúde brasileiro, além de ser insuficiente para cobrir as necessidades da população de mais baixa renda, não somente em termos de quantidade, mas também de qualidade, exclui, na prática, os segmentos de média e alta renda que preferem arcar com planos de saúde privados ao invés de se sujeitarem às ações promovidas pelo próprio Estado.

O resultado deste processo é o que Médici (1994) chamou de americanização perversa do sistema universalista de saúde. Isto é, “dado que a universalização da assistência à saúde é ainda uma utopia, ou seja, não se tem uma efetiva universalização, esse nosso sistema de saúde é cada vez mais um sistema americano” (MÉDICI, 1994, p. 226), em que o governo subsidia ou reembolsa os custos com os cuidados médicos dos indivíduos considerados pobres, idosos ou deficientes, enquanto a maior parte da população fica a cargo do setor privado.

2.5 Evolução histórica das políticas públicas de saúde no Brasil

Como subsídio para uma melhor compreensão dos aspectos históricos que influenciaram a conformação de um sistema de saúde no Brasil reconhecidamente ineficaz e excludente, façamos uma análise do nosso passado recente a fim de verificarmos as políticas públicas que vieram sendo adotadas pelo Estado brasileiro para tentar sanar os problemas de saúde pública.

Para fins meramente didáticos, agrupamos os fatos que julgamos significativos para o debate sobre as políticas de saúde em cinco períodos do último século. Passemos, então, a analisar cada um deles.

2.5.1 A primeira república (1889 - 1930)

Durante a República Velha (1889-1930), os lucros produzidos pela oligarquia cafeeira foram parcialmente aplicados nos grandes centros urbanos, favorecendo a industrialização, a expansão das atividades comerciais e o aumento acelerado da população, engrossado por um contingente de imigrantes europeus que vieram

substituir a mão-de-obra escrava nas atividades produtivas do país. (BERTOLLI FILHO, 1996).

Como resultado deste processo, há um crescimento desordenado das cidades e um aumento dos problemas urbanos, principalmente, os ligados à saúde pública. Redes insuficientes de água e esgoto, coleta de resíduos precária e cortiços superpovoados contribuíam para a proliferação de muitas doenças e alastramento de grandes epidemias.

Diante deste quadro, as políticas públicas de saúde adotadas pelo Estado assumem um caráter eminentemente coletivo e preventivo através do modelo das “campanhas sanitárias”. De origem americana, mas importado de Cuba, “[...] o modelo campanhista é de inspiração bélica, concentra fortemente as decisões, em geral tecnocráticas, e adota um estilo repressivo de intervenção médica nos corpos individual e social.” (LUZ, 1991, p.78).

Um dos exemplos marcantes do modelo campanhista ocorreu no Rio de Janeiro, em 1904, quando o sanitarista Oswaldo Cruz convenceu o Congresso Nacional a aprovar a Lei da Vacina Obrigatória, que permitia que brigadas sanitárias, acompanhadas por policiais, entrassem nas casas das pessoas à força para aplicar a vacina contra a varíola. A resistência popular fora tamanha que a então capital federal transformou-se em um verdadeiro campo de batalha, culminando no fato histórico conhecido como Revolta da Vacina. A reação popular levou o governo a suspender a obrigatoriedade da vacina e a declarar o estado de sítio. A rebelião foi contida, mas a saúde pública continuou sendo concebida como uma questão policial.

No campo da assistência médica individual, percebe-se que a saúde não era vista nem como um direito do cidadão, nem como um dever do Estado. Na verdade, os serviços médicos ainda estavam atrelados à esfera privada.

As classes dominantes continuaram a ser atendidas pelos médicos particulares, os chamados “médicos de família”. A população mais humilde, por sua vez, buscava atendimento nas entidades filantrópicas ou recorria à medicina caseira. Já as classes assalariadas urbanas tinham à sua disposição “[...] serviços de atenção médica individual, prestados pelas CAPs, que por sua vez compravam serviços médicos do setor privado através do mecanismo de credenciamento médico.” (COHN et al., 1991, p. 15).

As Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), criadas nos anos vinte,

[...] eram organizadas por empresas, de natureza civil e privada, responsáveis pelos benefícios pecuniários e serviços de saúde para os empregados de empresas específicas. As CAPs eram financiadas com recursos dos empregados e empregadores e administradas por comissões formadas de representantes da empresa e dos empregados. (CUNHA; CUNHA, 2001, p. 286).

Desta forma, o Estado não participava diretamente do seu gerenciamento, intervindo, eventualmente, apenas para resolver algum conflito entre patrão e trabalhadores.

Através do decreto-lei nº 4.682, de 1923 (Lei Eloy Chaves) (BRASIL, 1923), o Estado reconhece a primeira CAPs, destinada à classe dos ferroviários. Nos anos seguintes, outros profissionais foram criando as suas respectivas Caixas de Aposentadorias e Pensões definindo, dessa forma, os contornos e contradições da política social brasileira: dirigia-se para uma fração restrita da classe trabalhadora, excluía a maioria da população rural e urbana e era baseada na relação contratual característica do seguro privado.

2.5.2 A Era Vargas (1930-1945)

De acordo com Bertolli Filho (1996), Getúlio Vargas, após ser investido na Presidência da República pela revolução de 1930, procurou de imediato livrar o Estado do controle político das oligarquias regionais, promovendo uma ampla reforma política e administrativa. No campo da política de saúde, observa-se um processo de centralização dos serviços com a intenção de se dar um caráter nacional a esta política. “Nesta época, uniformizou-se a estrutura dos departamentos estaduais de saúde do país e houve um relativo avanço da atenção à saúde para o interior, com a multiplicação dos serviços de saúde” (CEFOP, [19 --]).

Em relação às ações de saúde coletiva, esta é a época do auge do sanitarismo campanhista.[...] No período 38/45 o Departamento Nacional de Saúde é reestruturado e dinamizado, articulando e centralizando as atividades sanitárias de todo o País. Em 1942 é criado o Serviço Especial de Saúde Pública - SESP, com atuação voltada para as áreas não cobertas pelos serviços tradicionais. (CUNHA; CUNHA, 2001, p. 288).

Do ponto de vista organizativo, o Estado Vargas é marcado pela criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), “[...] que institucionalizam o seguro social fragmentando as classes assalariadas urbanas por inserção nos setores da atividade econômica: marítimos, bancários, comerciários, industriários e outros” (COHN et al., 1991, p. 15-16).

Diferentemente das CAPs, a administração dos IAPs era bastante dependente do governo federal. O conselho de administração, formado com a participação de representantes de empregados e empregadores, tinha uma função de assessoria e fiscalização e era dirigido por um presidente, indicado diretamente pelo Presidente da República. Há uma ampliação da Previdência com a incorporação de novas categorias não cobertas pelas CAPs anteriormente. [...] Do ponto de vista da concepção, a Previdência é claramente definida enquanto seguro, privilegiando os benefícios e reduzindo a prestação de serviços de saúde. [...] Caracterizam esta época a participação do Estado no financiamento (embora meramente formal) e na administração dos institutos, e um esforço ativo no sentido de diminuir as despesas, com a consolidação de um modelo de Previdência mais preocupado com a acumulação de reservas financeiras do que com a ampla prestação de serviços. Isto faz com que os superávits dos institutos constituam um respeitável patrimônio e um instrumento de acumulação na mão do Estado. A Previdência passa a se configurar enquanto 'sócia' do Estado nos investimentos de interesse do governo. (CUNHA; CUNHA, 2001, p. 286).

2.5.3 O período da redemocratização (1945 - 1964)

Mesmo com a deposição de Vargas e a conseqüente liberalização política, o sanitarismo campanhista, centralizador e autoritário, prevaleceu nos anos que se seguiram ao Estado Novo. Somente na década de cinquenta, durante o governo de Juscelino Kubitschek, é que se emerge uma nova forma de se pensar a saúde pública. Trata-se do sanitarismo desenvolvimentista. Influenciado pelos ideais desenvolvimentistas de JK, “os sanitaristas da época estabeleceram relação entre saúde e economia e definiram a saúde de um povo como o corolário de seu desenvolvimento econômico.” (CUNHA; CUNHA, 2001, p. 290).

Apesar de representar um avanço na forma de se pensar a saúde coletiva, o sanitarismo desenvolvimentista manteve-se mais atrelado às discussões conceituais do que propriamente à promoção de efetivas mudanças. De toda forma, podem ser apontados como avanços desta época, a criação da Comissão de Planejamento e Controle das Atividades Médico-Sanitárias, com a função de elaborar o plano plurianual que integraria as atividades de saúde no Plano Nacional de

Desenvolvimento e as discussões, ainda que embrionárias, na III Conferência Nacional de Saúde, sobre a descentralização e municipalização dos serviços.

Em relação à organização das políticas de saúde, o período da redemocratização é marcado pela criação do Ministério da Saúde, em 1953, como um órgão independente e autônomo. Além disso, em 1956, é criado o Departamento Nacional de Endemias Rurais (DNERu), com a finalidade de organizar e executar os serviços de investigação e combate às principais patologias existentes no meio rural.

Enquanto o DNERu estava voltado para determinadas doenças nas áreas rurais, o Serviço Especial de Saúde Pública (Sesp) expandia seus serviços de assistência à saúde, sem que houvesse qualquer tipo de trabalho, cooperação ou intercâmbio entre eles. A consequência foi a multiplicidade de ações superpostas. (SCOREL; TEIXEIRA, 2008, p. 383).

Quanto à existência médica individual, os principais avanços ficaram por conta da luta dos sindicatos para que os IAPs efetivamente prestassem os serviços de saúde aos seus associados. Em 1960, é aprovada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) que uniformiza direitos dos segurados de diferentes institutos.

A uniformização dos benefícios alcançados com a LOPS, assim como a extensão da Previdência Social aos trabalhadores rurais, por meio do Estatuto do Trabalhador Rural, aprovado no governo João Goulart, não são acompanhadas de novas bases financeiras concretas para sua efetivação. Para fazer frente aos novos gastos, a contribuição dos segurados é progressivamente elevada. Quanto à contribuição do Estado, a LOPS rompe com o conceito de contribuição tripartite. Cabem à União, a partir de então, apenas os gastos com administração e pessoal. (CUNHA; CUNHA, 2001, p. 289).

Com o dinheiro arrecadado dos segurados, os IAPs passaram a investir pesado na assistência médica e hospitalar, promovendo uma verdadeira revolução na construção e compra de hospitais, ambulatórios e equipamentos. Neste período, surgiram também os primeiros serviços médicos particulares, contratados por empresas insatisfeitas com o atendimento oferecido pelos IAPs. Tem-se aí, a origem dos futuros convênios das empresas com grupos médicos, conhecidos como “medicina de grupo”. (CEFOP, [19 --]).

No entanto, o período de prosperidade nas políticas assistenciais de saúde não iria durar por muito tempo. Com o golpe militar de 1964, há uma ruptura com os governos democráticos anteriores. Instala-se um regime autoritário em que se fecham os canais de participação aos principais financiadores do modelo até então

estabelecido. Ao mesmo tempo, imprime-se um discurso de racionalidade técnica e administrativa nas políticas sociais, refletindo, sobremaneira, nas ações de previdência e saúde.

2.5.4 O governo militar (1964-1980)

Ao assumirem o poder, as Forças Armadas estabeleceram os parâmetros institucionais que iriam dominar o cenário brasileiro pelos próximos vinte anos. Com a ditadura, houve uma ampliação da autonomia do Poder Executivo, praticamente a extinção de qualquer oposição política, eleições indiretas para a Presidência da República e dos Estados-Membros, censura e forte repressão a qualquer discordância ao regime.

No plano econômico, a fórmula adotada foi baseada no arrocho salarial e na transnacionalização crescente da estrutura produtiva. O capital internacional encontrava no país as condições ideais para o investimento: mão-de-obra abundante, salários baixos e repressão à atividade política e sindical. Foi um período de grande crescimento econômico (o chamado “milagre econômico”), mas também de empobrecimento das grandes massas, já que o acúmulo de capital produzido, ao invés de ser aplicado em políticas sociais²⁰, era utilizado para mascarar a falta de liberdade.

O sistema econômico se sobrepunha ao sistema jurídico. Direitos sociais, como a saúde, não tinham tanta importância quanto o desenvolvimento econômico. O Prof. Jairnilson Silva Paim, no painel “Direito à saúde, cidadania e Estado”, que ocorreu na 8ª Conferência Nacional de Saúde, assim explicou a situação:

No caso da saúde, a grande questão posta no pós-guerra era se ela conduzia ao desenvolvimento ou se era um mero subproduto do crescimento econômico. A prestação dos serviços ficava ao jugo das forças do mercado e às expensas da filantropia combinada com a ação supletiva do Estado, via previdência e assistência social. Somente no final da década de 60 e durante os anos 70 [...], os estados latino-americanos passam a conferir alguma atenção à questão do direito à saúde. Não como reconhecimento de um direito inerente à cidadania, mas, fundamentalmente, como forma de contornar certas tensões sociais resultantes do processo de desenvolvimento econômico, através de uma

²⁰ De acordo com Sarah Escorel (2008), o Ministério da Saúde, nesta época, se contentava com um orçamento inferior a 2% do PIB nacional, tornando-se a saúde pública uma máquina ineficiente e conservadora, cuja situação restringia-se a campanha de baixa eficácia.

'medicina simplificada' para o chamado quarto estrato residente nas zonas rurais e nas periferias urbanas. (PAIM, 1986, p. 49).

Por “medicina simplificada” podemos entender o modelo preventivista que o governo militar tentou impor a partir dos anos sessenta, nos assuntos ligados à saúde coletiva. Para minimizar os custos, mas ao mesmo tempo atender à crescente pressão por assistência à saúde das camadas mais baixas, o Estado investiu em políticas médicas que estivessem muito mais voltadas para a prevenção de doenças do que propriamente para a cura e erradicação das mesmas.

Neste sentido, são fundados diversos Departamentos de Medicina Preventiva nas Universidades Federais com o objetivo de transformar a realidade sanitária do país.

Ocorre que os profissionais da saúde passaram a questionar o ideário preventivista, já que nem mesmo ele “[...] conseguia enfrentar problemas sanitários como: quadro de doenças de todos os tipos, baixa cobertura assistencial da população, ausência de critérios e de transparência dos gastos públicos etc.” (BARTOLOMEI; CARVALHO, 2003, p. 189). Na verdade, o modelo estava desassociado da realidade histórica e, ainda, atrelado a uma política econômica.

Dessa forma, buscando um relacionamento entre a produção do conhecimento e a prática política, começa-se a se articular nos bancos universitários, um movimento social liderado por médicos sanitaristas que buscavam não só denunciar as irracionalidades do sistema de saúde, como também propor alternativas com características mais democráticas para um novo sistema. Iniciava-se ali, as bases do movimento social de Reforma Sanitária que no período da democratização, conforme se verá adiante, terá um peso determinante na conformação do direito à saúde previsto na Constituição de 1988.

Em relação à assistência médica individual, vimos no tópico anterior que até 1964, esta era prestada, principalmente, pela rede de serviços próprios dos IAPs, compostas por hospitais, ambulatórios e consultórios médicos. Em 1966, no entanto, o regime militar, visando imprimir um discurso de racionalidade, eficácia e saneamento financeiro nas políticas de saúde, unifica os IAPs em um único instituto: o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

De organização altamente centralizada, eliminando, inclusive, patrão e empregados da sua gestão tripartite, o sistema previdenciário, a partir da década de sessenta, tinha

[...] um papel duplamente fundamental: o sistema passa a responsabilizar-se não só pela prestação de assistência médica aos segurados da Previdência, como também pela expansão da cobertura dessa assistência, colocando-se na condição de 'sócio provedor' do chamado 'complexo médico-industrial-previdenciário'. Este, constituindo-se como uma articulação específica entre o Estado e o setor privado de prestação de serviços de saúde, foi responsável pela expansão da assistência médica individual no Brasil. (ANDRADE, 2003, p. 76).

Vale dizer que o INPS, alegando que sua rede própria de serviços era incapaz de fornecer assistência médica a todos os beneficiários, passou a ser o grande comprador de serviços privados de saúde, estimulando um padrão de organização da prática médica orientado pelo lucro.

Como resultado, desse processo, o INPS, após algum tempo de funcionamento, enfrentou uma grave crise financeira marcada pelo aumento dos gastos, pelo excesso de demandas e pela inexistência de fiscalização dos serviços firmados com a rede privada, possibilitando fraudes e o desvio de verbas públicas.

Assim, em 1978, há uma nova tentativa de racionalização do sistema previdenciário com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS). (CEFOR, [19 --]).

Compreendido no processo de crescente tendência à universalização e adoção do modelo de Seguridade Social²¹, o SINPAS constituía-se de três institutos: o próprio INPS que, agora, ficava responsável apenas pela concessão de benefícios previdenciários; o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social (IAPAS), responsável pela arrecadação e controle financeiro do sistema; e o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), voltados para a prestação dos serviços médicos aos trabalhadores ligados ao sistema previdenciário.

Apesar do INAMPS ter como objetivo produzir serviços pagos, satisfazer a clientela e gerar lucros financeiros para investimento no próprio sistema, suas atribuições foram indefinidas, descoordenadas e conflitantes, seu controle era aleatório e episódico, seus gastos eram dispersos, mal conhecidos e sua clientela era mal identificada, atendendo tanto os beneficiários da Previdência Social quanto a população carente que, mesmo não segurada, estava incluída em algum programa de assistência médica mantido pelo governo federal.

²¹ Segundo o art. 194 da Constituição da República de 1988, "a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social." (BRASIL, 1988).

Diante deste contexto, os resultados econômicos –financeiros no período foram implacáveis para a história do sistema público de previdência no Brasil e, conseqüentemente, para a área da saúde pública. Dados trazidos por Eli Lôla Gurgel Andrade (2003) demonstram que, entre 1967 e 1979, os gastos do INPS e, posteriormente, do INAMPS com a assistência ambulatorial cresceram em quase 400%, enquanto os gastos com a área hospitalar foram superiores a 184,7%.

Assim, no início da década de oitenta vem à tona a crise da Previdência Social, com o reconhecimento de que o sistema já se tornava incapaz de sustentar o padrão de gastos planejado pelo regime militar.

2.5.5 As décadas de 80 e 90

A falência do modelo econômico do regime militar, manifestada sobretudo pelo descontrole inflacionário, aliada às fortes pressões populares exigindo maior liberdade de expressão, democracia e eleições diretas, obrigaram o último general presidente, João Figueiredo (1979-1985), a acelerar a reorganização do país em direção a um Estado de direito. Novos partidos políticos são criados, extinguindo o bipartidarismo imposto pelos militares. A imprensa livrou-se da censura, os sindicatos saem da clandestinidade e as greves voltam a marcar presença no cotidiano das cidades brasileiras.

No campo da saúde, diante da explícita crise econômica, a palavra de ordem era a racionalização. Em 1981, é criado o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária (CONASP) que, em linhas gerais, visava elaborar um novo plano de reorientação da assistência médica individual. Ao invés de continuar com o modelo privatizante de compra de serviços médicos, o CONASP propunha melhorar a qualidade da assistência através da adoção de medidas como a descentralização e a utilização prioritária dos serviços públicos federais, estaduais e municipais na cobertura assistencial da clientela.

A partir do plano do CONASP, surgiu, em 1983, o Programa de Ações Integradas da Saúde (AIS), cujo objetivo era integrar os serviços que prestavam a assistência à saúde da população de uma região. Nesse sentido, os governos estaduais, através de convênios com os Ministérios da Saúde e previdência, recebiam recursos para executar o programa, que, também poderia contar com a

participação dos governos locais, caso fosse do interesse dos municípios. Estava assentada ali, os primórdios da descentralização dos serviços de saúde.

Em 1986, já no governo de José Sarney, é realizada em Brasília a VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS), com ampla participação dos trabalhadores, governo, usuários e parte dos prestadores de serviços de saúde. Precedida de conferências municipais e estaduais, a VIII Conferência Nacional de Saúde representou um marco na consolidação do movimento social da Reforma Sanitária.

Iniciado nos departamentos das universidades federais, nos anos setenta, como uma forma de debater a saúde pública e, ao mesmo tempo, combater a repressão da ditadura militar, o movimento da Reforma Sanitária se legitima nos anos oitenta com a articulação de vários atores sociais, tais como (PEDRALVA, 2006):

- a. os trabalhadores de saúde, em especial as organizações sindicais dos médicos;
- b. o Centro Brasileiro de Estudos da Saúde - CEBES (1976) e a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva - ABRASCO;
- c. um número pequeno, mas importante, de parlamentares comprometidos, nos diferentes níveis do Poder Legislativo;
- d. as comunidades eclesiais de base da igreja católica e os militares de esquerda que desenvolveram um movimento popular de saúde na periferia das grandes cidades (zona leste de São Paulo, principalmente);
- e. o apoio de autoridades estrangeiras, em especial os italianos, que já haviam experimentado o resultado de uma reforma sanitária;
- f. o auxílio de governos locais, como de Campinas, Niterói, Londrina, Piracicaba e Bauru, que já tinham vivenciado experiências bem sucedidas de implantação de sistemas municipais de saúde;
- g. a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e o novo movimento sindical que se formava no ABC paulista naquele momento.

Além do seu caráter democrático²², o movimento da Reforma Sanitária estabeleceu um amplo processo social através do debate com a sociedade civil. Segundo Antônio Sérgio da Silva Arouca (1986), na época Presidente da Fundação Oswaldo Cruz e um dos idealizadores do movimento, não se buscava na VIII CNS, tirar do bolso de uma hora para outra, um modelo de saúde que se adequasse à nossa cultura de brasileiros, mas sim o de se buscar um sistema de saúde que fosse reflexo de experiências concretas já vivenciadas por diversos segmentos da sociedade, como os trabalhos comunitários de bairros, as práticas dos sindicatos, da Igreja e das secretarias de saúde, estaduais e municipais, que tanta coisa enfrentaram no sentido de transformar esse sistema.

Os três principais pontos de debate da VIII CNS eram *Saúde como Direito, Reformulação do Sistema de Saúde e Financiamento do Setor*. O seu resultado principal foi um consenso político que permitiu a elaboração do projeto da reforma sanitária caracterizado por três aspectos fundamentais:

- a. o conceito abrangente de saúde;
- b. saúde como direito de cidadania e dever do Estado;
- c. a instituição de um Sistema Único de Saúde.

Ainda estabeleceu como princípios da reforma sanitária a universalização, integralidade, regionalização e hierarquização, descentralização, democratização das instâncias gestoras, etc.

Decorrente desta e das demais discussões que se seguiram, em julho de 1987, foi aprovada a criação dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS), uma estratégia transitória para a chegada ao Sistema Único de Saúde, que estabelecia a transferência dos serviços de saúde para os Estados e Municípios, o estabelecimento de um gestor único de saúde em cada esfera de governo e a transferência para os níveis descentralizados dos instrumentos de controle sobre o setor privado.

Paralelamente, foram constituídas a Comissão Nacional da Reforma Sanitária, de composição paritária entre governo e sociedade civil, encarregada de

²² De acordo com o Relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986), os debates e discussões que ali foram travados, reuniram mais de 4.000 pessoas oriundas dos mais diversos segmentos sociais e políticos, sendo que desses participantes, 1.000 eram delegados e, dentre eles, 50% eram representantes da sociedade civil organizada. (BRASIL, 1987).

elaborar a proposta constitucional para o capítulo da saúde, e a Plenária Nacional de Saúde, constituída por entidades representativa dos movimentos popular e sindical dos profissionais de saúde, dos partidos políticos e do meio acadêmico, a qual atuou intensamente no processo constituinte. (ESCOREL, 2008).

Em 1988, a Assembleia Nacional Constituinte aprovou a nova Constituição Brasileira, incluindo, pela primeira vez, uma seção sobre a saúde que, em grande parte, incorporou os conceitos e propostas trazidos pela VIII CNS.

Na prática, “a Conferência foi considerada a préconstituinte em matéria de saúde e seu relatório final, no qual foi proposta a implementação do SUS, tornou-se o principal subsídio para a elaboração do capítulo da Saúde na Assembleia Nacional Constituinte” (OLIVEIRA, 2006), através de grupo de parlamentares apoiados pelo movimento reformista.

Assim, o texto constitucional passou a incorporar conceitos, princípios e uma nova lógica de organização do direito à saúde, baseada no Projeto de Reforma Sanitária, expressos nos artigos 196 a 200:

- a. O conceito de saúde entendido numa perspectiva de articulação de políticas econômicas e sociais;
- b. A saúde como direito social universal derivado do exercício da cidadania plena e não mais como direito previdenciário;
- c. A caracterização dos serviços e ações de saúde como de relevância pública;
- d. A criação de um Sistema Único de Saúde (descentralizado, com comando único em cada esfera de governo, atendimento integral e participação da comunidade);
- e. A integração da saúde à Seguridade Social. (PEDRALVA, 2006).

Além da Constituição Federal, o direito à saúde passou a ser tratado em vários tipos de normas, configurando, para alguns, um microsistema jurídico²³ e

²³ Por microsistema jurídico devemos entender o conjunto de leis que congregam normas sobre determinado assunto e também normas de outras áreas do sistema jurídico, como direito administrativo, processual, penal, civil. Trata-se de uma lei quase autônoma, autossuficiente do ponto-de-vista hermenêutico, tendo em vista que está baseada em valores e princípios interpretativos próprios. É o caso, por exemplo, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) (BRASIL, 1990d) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). (BRASIL, 1990c)

conquistando no meio acadêmico uma disciplina jurídica própria: o Direito da Saúde ou o Direito Sanitário²⁴.

Como norma geral, em 1990, já no Governo Collor, é aprovada, após muita negociação do Ministério da Saúde com o movimento social da Reforma Sanitária, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) (BRASIL, 1990b), que dispõe sobre as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Entretanto, mesmo aprovada a Lei Orgânica, o Governo fez muitas manobras para postergar a implantação real do SUS, apesar de sempre declarar que adotava o SUS: resistia à descentralização, não reestruturava o Ministério da Saúde para cumprir suas novas funções, não fazia o repasse automático de recursos para Estados e Municípios, continuava a fazer convênios, negociando politicamente as verbas, entre muitos outros expedientes centralizadores, para facilitar o clientelismo e a corrupção, mais tarde desmascarados. (RODRIGUEZ NETO, 1998, p. 14).

Apesar de toda essa política que não facilitava a implantação do SUS, o processo não parou e, em dezembro do mesmo ano, é editada a Lei nº 8.142/90 (BRASIL, 1990a), que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde²⁵ e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Abre-se, dessa forma, as portas para o avanço de experiências em nível municipal, bem como para a criação dos Conselhos de Saúde, nos três níveis de governo.

Contudo, só depois do “impeachment” do Presidente Collor e da posse de Itamar Franco é que alguns passos mais concretos foram dados, especialmente com a publicação, pelo Ministério da Saúde, da Norma Operacional Básica (NOB) nº 01, de maio de 1993, que estabeleceu normas e procedimentos para efetivar o processo de descentralização das ações e serviços de saúde, acatando recomendação do

²⁴ Conforme os ensinamentos de Júlio César de Sá Rocha (1999, p. 50) “o Direito Sanitário ou Direito da Saúde pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores deste direito”.

²⁵ Para a valorização da democracia e da descentralização da administração pública, a Constituição Federal de 1988 ressaltou a importância da participação popular nas decisões sobre planejamento e execução de certas ações. A título de exemplo, veja-se um dos objetivos da seguridade social: “Art. 194, parágrafo único – Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.” (BRASIL, 1988).

Na área da saúde a participação popular é uma de suas diretrizes. “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: III – participação da comunidade.” (BRASIL, 1988).

Conselho Nacional de Saúde, no sentido de realizar a descentralização para Estados e Municípios de forma gradual, a partir do preenchimento de critérios de viabilidade em cada situação, até que cada ente federado pudesse ficar autônomo na condução e gestão do SUS no seu âmbito.

Nesta mesma época, foi dado um passo importante no processo de reestruturação do nível federal do SUS, com a extinção do INAMPS que, apesar de incorporado ao Ministério da Saúde desde janeiro de 1990, continuava como um órgão quase autônomo, ainda agindo de forma clientelista, autoritária e centralizadora. Com o fim do INAMPS, cai o último foco de resistência e o SUS é finalmente implementado.

Em 1994, o então Ministro da Previdência Antônio Brito, em virtude do aumento concedido aos benefícios dos previdenciários, e alegando por esta razão não ter recursos suficientes para repassar para a área de saúde, determinou que a partir daquela data os recursos recolhidos da folha salarial dos empregados e empregadores seria destinado somente para custear a Previdência Social.

Mesmo contrariando o sistema jurídico que obrigava a Previdência a repassar os recursos financeiros para o Ministério da Saúde, o Ministério da Previdência a partir daquela data assim não age, agravando ainda mais a crise financeira do setor.

Com isso, o SUS voltou a viver o impasse de não ter recursos para repassar com regularidade aos estados e municípios, inviabilizando a implementação da NOB/93. Os auxílios financeiros, quando chegavam, mal davam para pagar os serviços privados contratados e conveniados que, pela sua força de pressão, continuaram a ter prioridade e a ser pagos pelo nível federal, quando já deveriam estar sob o controle direto dos Municípios.

No ano seguinte, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, a crise financeira do setor de saúde se agrava e, na busca de uma alternativa econômica, é proposta a criação da CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira). Através de um intenso *lobby* político do Poder Executivo, o Congresso Nacional aprova, em 1996, o novo tributo.

Entretanto, os esforços para aumentar a captação de recursos para a saúde foram em vão, já que, desde que a CPMF começou a vigorar, passaram ser frequentes as denúncias de desvios, por parte do governo, na utilização dos recursos arrecadados para cobrir outros déficits do tesouro.

A crise do financiamento do SUS agrava a operacionalização do sistema, principalmente no que se refere ao atendimento hospitalar. A escassez de leitos nos grandes centros urbanos passa a ser uma constante. Os hospitais filantrópicos, especialmente as Santas Casas de Misericórdia de todo o país, tomam a decisão de criar planos próprios de saúde, atuando no campo da medicina supletiva. Já os Hospitais Universitários são induzidos pelo próprio governo à privatização ou à celebração de convênios com planos privados de saúde, diminuindo, ainda mais, os leitos disponíveis para o SUS.

Para piorar a situação, o governo federal objetivou atribuir aos Estados e Municípios maior responsabilização no gerenciamento do SUS que, até então, vinham mantendo uma gestão incipiente, parcial e semiplena. Nesse sentido, é editada uma nova Norma Operacional Básica, em 06 de novembro de 1996, estabelecendo quatro novos modelos de gestão plena: para os Estados (a gestão avançada do sistema estadual e a gestão plena do sistema estadual²⁶) e para os Municípios (a gestão plena da atenção básica e a gestão plena do sistema municipal²⁷).

Apesar da edição da NOB/96, o processo de descentralização das políticas de saúde parece não ter implicado uma definição clara e inequívoca das atribuições referentes a cada nível de governo. Isto, por seu turno, ocasiona uma inserção indefinida das esferas estaduais e municipais no processo de implantação do SUS. Deste modo, evidencia-se um processo de descentralização com características de desconcentração, no qual a prestação dos serviços de saúde é atribuída ao

²⁶ Cabe à **gestão avançada do sistema estadual**, dentre outras atribuições, a elaboração e execução do plano estadual de investimentos em saúde, a coordenação das políticas de alto custo e complexidade, bem como a contratação, controle e auditoria dos serviços sob gestão estadual. A **gestão plena do sistema estadual** se encarrega das atribuições previstas na gestão avançada do sistema estadual, acrescida da normatização complementar relativa ao pagamento de prestadores de serviços sob sua gestão, inclusive alteração de tabela (adotando-se a nacional como mínima – ou seja, cabe a cada estado estipular o valor dos serviços prestados, tendo como referência o valor mínimo estipulado pela tabela nacional). (BRASIL, 1996c).

²⁷ No caso da **gestão plena da atenção básica**, as municipalidades tornam-se responsáveis pela gestão e execução da assistência ambulatorial básica, assim como se subordinam à gestão municipal todas as unidades básicas de saúde e o controle e avaliação da assistência básica. Neste caso, são transferidos fundo a fundo os recursos correspondentes à atenção básica.

Já à **gestão plena do sistema municipal** compete a transferência, regular e automática, dos recursos referentes ao teto financeiro da assistência, o pagamento dos prestadores de serviços assistenciais no âmbito do município, inclusive a alteração de valores de procedimentos, tendo a tabela nacional como referência mínima, além da subordinação, à gestão municipal, do conjunto de todas as unidades ambulatoriais especializadas e hospitalares, estatais ou privadas (lucrativas e filantrópicas), estabelecidas no território municipal, bem como o controle, avaliação e auditoria dos serviços no município. (BRASIL, 1996c).

Município, sem com isso ser concedida autonomia para que seja definida a implementação de uma política de saúde de âmbito local, continuando o Município sob a tutela dos repasses de recursos do governo federal (COHN, 1997).

Em outras palavras significa dizer que “a participação excessiva do governo central conforma um processo de ‘descentralização tutelada’, uma vez que a União se encarrega da definição e destinação dos recursos públicos.” (SOMARRIBA, 1998, p.18).

Diante desse quadro, os serviços públicos de saúde continuaram sucateados e não conseguiram dar um salto de qualidade significativo ao final do século XX.

Com o desprestígio do SUS, as camadas mais abastadas da sociedade que, teoricamente, seriam mais organizadas e teriam um maior poder de pressão sobre o Estado, debandam em massa para os convênios particulares e seguros-saúde privados, obrigando, inclusive, que o Poder Público regulamente o setor, através da Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) (BRASIL, 1998), para evitar os abusos típicos das relações de consumo.

Por outro lado, com o retorno da democracia e o fortalecimento dos poderes constituídos, as classes mais baixas da sociedade, e principal cliente dos serviços prestados pelo SUS, passam a enxergar no Poder Judiciário um forte aliado na conquista dos direitos ligados à saúde.

Considerando que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988) (BRASIL, 1988), os usuários do SUS encontram nas demandas judiciais uma forma de vocalizar os seus anseios de modo a obrigar o Poder Público a implementar políticas públicas que efetivamente garantissem o direito social à saúde. Estavam assentadas, assim, as bases para a intervenção do Poder Judiciário na conformação ou aplicação das políticas públicas.

Pela importância que o direito à saúde passa a ter no contexto brasileiro após a Constituição de 1988, inclusive, abrindo as portas para o fenômeno da judicialização das políticas públicas, passemos ao seu estudo.

2.6 O direito à saúde na Constituição de 1988

Apesar de originarem de escolhas e comportamentos de base política, a produção das políticas públicas é orientada ou conformada pelo direito. Nesse

sentido, parece oportuno conhecer os fundamentos constitucionais da política de saúde pública no Brasil.

Aqui, a incorporação constitucional dos direitos sociais foi sobremaneira lenta. Segundo a Professora Sônia Maria Fleury Teixeira, no texto *Cidadania, direitos sociais e Estado*, apresentado na VIII Conferência Nacional de Saúde (1986):

Uma breve revisão destas Constituições pode mostrar-nos que a legislação sobre a questão da saúde foi de evolução lenta, de natureza vaga e de caráter discriminatório. Não se alcançou em nenhum momento imprimir na Carta Magna o direito à saúde como inerente à cidadania e o dever do Estado na garantia do seu gozo.

Ao contrário, a assistência médica apenas foi garantida aos trabalhadores e dependentes vinculados ao sistema previdenciário, criando uma situação de pré-cidadania para todos os demais brasileiros quanto ao direito à saúde.

Na medida em que não se alcança o desenvolvimento de direitos universais de cidadania, sendo os direitos previdenciários restritos à condição de cidadania regulada pela inserção do indivíduo no processo de trabalho, e que mesmo o direito à educação não é assumido realmente pelo Estado, a questão social vai sendo canalizada para as medidas e instituições de cunho assistencial. (TEIXEIRA, 1986, p. 105).

Um exame rápido das Constituições de 1824 e 1891 revela que elas ignoraram completamente qualquer direito social e evitaram, igualmente, referir-se à saúde. (BRASIL, 1824; BRASIL, 1891).

Já sob influência dos políticos e doutrinadores estrangeiros, a Constituição de 1934 trata da saúde e dos direitos dos trabalhadores. Em fórmula que será retomada apenas em 1988, ela confere competência concorrente à União e aos Estados para cuidar da saúde (art. 10, II), incumbindo aos entes federados a adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis, higiene social a fim de impedir a propagação de doenças transmissíveis e o cuidado com a higiene mental (art. 138, *f* e *g*). E, tratando da ordem econômica e social, incluiu entre os preceitos a serem observados pela legislação trabalhista a assistência médica e sanitária (art. 121, *h*). (BRASIL, 1934).

Os demais textos constitucionais, que vigoram até o advento da Constituição de 1988, limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica e sanitária²⁸.

²⁸ A obrigação de planejar e legislar sobre saúde aparece nas Constituições de 1937 (art. 16, XXVII), (BRASIL, 1937); 1946 (art. 50, *b*), 1967 (art. 80, XIV e XVII, *c*) (BRASIL, 1946); e 1969 (art. 80, XIV e

A Constituição de 1988, por sua vez, influenciada pelos ideais do movimento social de Reforma Sanitária, procurou dar um tratamento mais igualitário ao sistema de saúde.

Com efeito, a saúde é reconhecida como direito social (art. 6º). Além disso, o constituinte separou de vez a saúde da previdência social. Juntas com a assistência social, saúde e previdência passam a fazer parte do conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade que formam a seguridade social (art. 194). (BRASIL, 1988).

Para romper em definitivo com a desigualdade, o constituinte, por sua vez, estabeleceu no art. 196 do texto constitucional, o direito à saúde forma ampla e abrangente:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Visando garantir um sistema de saúde de acesso universal e igualitário, a Constituição de 1988 previu, em seu art. 198, o Sistema Único de Saúde (SUS) que deve ser descentralizado, com direção única em cada esfera de governo; oferecer atendimento integral; e contar com a participação da comunidade.

Ao lado do sistema público (do qual poderão participar as instituições privadas, de forma complementar, conforme art. 199, § 1º), foi franqueada a assistência à saúde à iniciativa privada (art. 199), sendo vedada a participação de empresas ou capitais estrangeiros (art. 199, § 3º). A remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas, inclusive o sangue, ganharam, igualmente, foro constitucional, tendo sido expressamente vedado todo tipo de comercialização (art. 199, § 4º). E foi afirmada a competência do Poder Público, no art. 197, para “[...] regular, fiscalizar e controlar as ações e os serviços de saúde.” (BRASIL, 1988).

Por sinal, em se tratando de competências na área da saúde, a Constituição de 1988 também trouxe profundas mudanças, definindo obrigações para todos os níveis de governo da Federação. É possível encontrar competência material

XVII, c). (BRASIL, 1969) O direito à assistência médica e sanitária dos trabalhadores nessas Constituições é afirmado, respectivamente nos arts. 137, I; 157, XIV; 158, XV; e 165, XV. E apenas na Constituição de 1937 não se inclui no rol dos atentados que configuram crime de responsabilidade do Presidente da República aqueles praticados contra os direitos sociais (art. 85). Nas posteriores, art. 89, III; art. 84, III; e art. 82, III.

exclusiva da União (art. 21), competência privativa da União (art. 22), competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23), competência legislativa concorrente da União, Distrito Federal e Estados (art. 24), competência suplementar dos Estados e Municípios (arts. 24, § 2º e 30, I, respectivamente), competência indicativa dos Municípios (art. 30, III). (BRASIL, 1988).

Apesar do tratamento dado ao direito à saúde na Constituição de 1988, quando comparado com os textos constitucionais pretéritos, percebe-se que o legislador constituinte não definiu o conteúdo do conceito jurídico de saúde. Na verdade, ele apenas faz uma referência genérica a tal direito (arts. 6º e 196) sem, contudo, explicitá-lo, gerando para o operador do direito um sério problema, pois o que pode ser considerado, atualmente, como direito à saúde? Atendimento médico-hospitalar, fornecimento de remédios de qualquer espécie, realização de todos os tipos de exames, acompanhamento odontológico e psicológico, fornecimento de aparelhos dentários, próteses e óculos? Enfim, qualquer ação relacionada à saúde? E mais. Se o direito à saúde “[...] se apresenta como direito primário e absoluto, a partir do qual os demais direitos podem ser exercidos” (LEAL, 2006, p. 64), então, é possível exigir, por exemplo, moradia e trabalho para todo cidadão, como conteúdo de tal direito?

Não há como elaborar uma política pública sem que se conheça o que é considerado saúde e em que consiste esse direito. Portanto, para tentar esclarecer o que o legislador constituinte quis dizer no art. 196 com a expressão “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988), façamos uma regressão ao momento histórico da elaboração da Constituição para tentarmos compreender as reais dimensões do conceito jurídico de saúde que ali fora previsto.

2.6.1 O conceito abrangente de saúde

Conforme já mencionado, o movimento da Reforma Sanitária foi o grande responsável por fornecer os subsídios necessários ao constituinte para a elaboração do capítulo da Saúde na Constituição de 1988. Dessa forma, devemos nos remeter à concepção original prevista no projeto reformista para compreendermos o significado do direito à saúde contido no texto constitucional.

Segundo Eleutério Rodriguez Neto (2003), quando nos referimos ao direito à saúde, devemos ter em mente que ele comporta duas conotações.

A primeira, normalmente privilegiada em termos dos estudos correntes setoriais, é a dimensão da atenção à Saúde ou os aspectos da assistência aos indivíduos e ao seu conjunto em relação aos seus problemas de saúde. Isso envolve as ações específicas dirigidas a prevenir as ocorrências de doenças e outros agravos e a recuperar ou restaurar a saúde daqueles que a tem comprometida.

A segunda conotação, que inclui a primeira, é a que diz respeito à Saúde em si, de cada um e de todos os indivíduos de uma sociedade, na apreensão do seu grau de higidez possível, o que significa compreender como e quanto as relações de produção e a organização do tecido social em uma formação social concreta contribuem para o usufruto da riqueza nacional (ou mobilizável pela Nação), em benefício da qualidade e da extensão da vida de todos e de cada um de seus integrantes. (RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 24).

Em outras palavras, significa dizer que a saúde em si mesma é uma situação individual, todavia, devido aos fatores que a condicionam ou a comprometem, ela também pode ser considerada um fenômeno coletivo.

De fato, o direito à saúde está ligado ao direito de acesso aos serviços de saúde e de assistência médica. Porém, ele não se esgota aí. As condições de vida biológica, social e cultural de uma determinada coletividade também interferem, em maior ou menor grau, na satisfação desse direito. Isto é, uma sociedade em que o Estado prioriza políticas governamentais na área de saneamento básico, meio ambiente, educação, moradia, trabalho e lazer, automaticamente garantirá uma melhor qualidade de vida para os seus cidadãos.

Assim, o conceito de saúde é mais amplo e requer um conjunto articulado de políticas sociais por parte do Estado para que, direta ou indiretamente, promova mudanças nas condições de vida dos indivíduos.

Inclusive, essa visão não só permeou a Constituição de 1988, como também orientou o legislador ordinário quando da elaboração da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) (BRASIL, 1990b). O art. 3º da referida lei, condiciona a saúde a um conjunto de fatores básicos de salubridade e a um conjunto de ações públicas e de bens e serviços de cidadania que asseguram condições de vida digna e fortalecem a autonomia dos sujeitos sociais e beneficiários, numa percepção para além da ausência de doenças.

Art. 3º - A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo Único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à

coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (BRASIL, 1990b).

Percebe-se, assim, que o atual conceito de saúde busca uma boa qualidade de vida para as pessoas, ligada não só aos direitos humanos individuais, mas também ao ambiente em que se encontram. Aliás, a própria Organização Mundial de Saúde (OMS), defende, no preâmbulo de sua Constituição (1946), a saúde como “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença ou enfermidades.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 1946 tradução nossa)²⁹.

Nesse sentido, o direito à saúde não pode ser confundido, como vem ocorrendo na realidade brasileira, com os serviços de saúde apenas ou, ainda, mais restritamente, com assistência médico-hospitalar e fornecimento de remédios.

Parece relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob a forma de leis, para execução pelo Poder Executivo e eventual controle pelo Poder Judiciário, segundo a clássica tripartição das funções estatais em legislativa, executiva e judiciária.

Porém, qualquer que seja o poder constituído, veremos que o direito à saúde não é interpretado de uma forma tão abrangente quanto o constituinte previu. As leis ainda são estanques e muito mais ligadas às ações de saúde curativa, do que propriamente preventiva. A ação do Poder Executivo, por sua vez, é desarticulada e não envolve um planejamento integrado com outras áreas sociais. Por fim, o Poder Judiciário, quando provocado, ainda está atrelado a uma concepção individual de saúde, em que se atende as pretensões de cada cidadão, sem se preocupar, com as consequências ulteriores que a decisão poderá produzir para toda a sociedade.

Ora, o direito à saúde está ligado à noção de cidadania. Assim, esse direito requer, mais do que a mera doação de alimentos, de remédios e de medicina simplificada. Para elevar à condição de cidadãos, os milhões de brasileiros que vivem em estado de exclusão social, são necessárias políticas públicas abrangentes que estejam voltadas não só para a prevenção e cura das doenças, mas também para a melhoria da qualidade de vida de toda a sociedade.

²⁹ [...] Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.

2.6.2 A saúde como direito de todos

No Brasil, desde a década de vinte até a Constituição da República brasileira de 1988, a assistência médica sempre esteve associada ao sistema previdenciário, o que aumentava ainda mais a desigualdade social e econômica. Afinal, somente os trabalhadores urbanos inseridos no mercado formal e seus dependentes faziam jus aos serviços médicos oferecidos pelo Estado.

Portanto, o objetivo do constituinte, quando prescreve no art. 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988), é exatamente romper com essa distorção histórica. O **todos** ali previsto significa dizer que, a partir daquele momento, toda a população, seja ela urbana ou rural, inserida ou não no mercado formal, poderia usufruir, sem distinções, do serviço público estatal.

Ocorre que o direito à saúde, por óbvio, não se resume à assistência médica. Há pessoas que não utilizam os serviços médicos prestados pelo Estado e, nem, por isso, deixam de ter o direito à saúde. Na verdade, como tratado no tópico anterior, o conceito constitucional de saúde extrapola a ideia de combate às enfermidades por meio de intervenções médicas. Trata-se de um conceito abrangente que inclui também um conjunto de ações por parte do Poder Público voltadas para a melhoria das condições de vida e de oportunidades de toda a sociedade.

“A **saúde para todos**” significa que a saúde há de ser colocada ao alcance de cada indivíduo em um país determinado; por “saúde” há de entender-se um estado pessoal de bem-estar, ou seja, não só a disponibilidade de serviços sanitários, como também um estado de saúde que permita a uma pessoa levar uma vida social e economicamente produtiva. “A saúde para todos” obriga a suprimir os obstáculos que se opõem à saúde (desnutrição, ignorância, água não potável e habitações não higiênicas), assim como resolver problemas puramente médicos, como de falta de médicos, de leitos hospitalares, de medicamentos e vacinas [...]. (MAHLER apud DIAS, 1986, p. 69).

Dessa forma, quando o constituinte adota a expressão “saúde para todos”, ele também está se comprometendo a fomentar o progresso de todos os cidadãos em uma ampla frente de desenvolvimento e está resolvido a estimular a cada cidadão para conseguir uma melhor qualidade de vida.

Infelizmente, a ideia original da saúde como um direito de todos tem se perdido ao longo dos tempos. O caráter global e progressivo do conceito vem cedendo espaço para uma visão mais restrita, notadamente, ligada à saúde curativa.

Nesse sentido, as políticas públicas de saúde assumem um caráter imediatista. Fornecer remédios, vagas em hospitais e realizar exames passam a ser prioridades. Como as ações voltadas para a melhoria da qualidade de vida da população não produzem uma visibilidade em curto prazo, e conseqüentemente não geram votos, elas passam a ter um papel coadjuvante nos programas de governo.

Por sua vez, o próprio Poder Judiciário, quando se depara com conflitos envolvendo o direito à saúde, interpreta o termo “direito de todos” de forma literal. Com o temor de ceifar a vida do cidadão que o provoca, o Poder Judiciário e os juristas brasileiros de um modo geral adotam a “saúde para todos” como uma justificativa padrão capaz de obrigar entes estatais a realizarem ações específicas dirigidas aos mais diversos fins.

Influenciados, ainda, por um ranço positivista, em que a necessidade de certeza jurídica e da segurança do processo se impõem, os representantes do Poder Judiciário acabam por substituir o “direito de todos” pelo “direito a tudo”.

Tais demandas judiciais, em geral julgadas procedentes, porque entendem os doutos magistrados tratar-se do mais amplo direito à saúde, excluem a possibilidade de realização das ações preventivas de saúde por parte do Estado, o que talvez diminuísse a possibilidade do fornecimento dos medicamentos e dos tratamentos requeridos judicialmente.

Do modo como o Poder Judiciário vem interpretando o direito à saúde, sua abrangência ficou restrita e, ao mesmo tempo, dentro de sua restrição, abrangente. Em outras palavras, significa dizer que as ações de saúde curativas requeridas aos tribunais tornam-se abrangentes. Para salvar uma vida, vale tudo: subverter a ordem de preferência nos leitos hospitalares, realizar tratamentos médicos no exterior custeados pelo Estado, utilizar drogas experimentais ou extremamente caras e obrigar o Poder Público a arcar com o tratamento e exames médicos em hospitais particulares de luxo. Por outro lado, as ações de saúde preventivas, que poderiam atender um número maior de pessoas e reduzir o volume de ações individuais, são restritas ou até mesmo inexistentes em alguns órgãos jurisdicionais.

Nesse sentido, a interpretação do termo “saúde para todos” necessita ser revista na atualidade. Mas ela não é a única. A ideia de que é obrigação do Estado

arcar com todos os tipos de tratamentos, exames e medicamentos também precisa de uma releitura.

2.6.3 A saúde como dever do Estado

Para além da condição de direito fundamental de todos, a tutela constitucional da saúde efetiva-se também como dever fundamental. “Trata-se, portanto, de típica hipótese de direito-dever, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem, e são assim reconhecidos, a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2009, p. 31).

Porém, a dicção do texto constitucional, que, no art. 196, dispõe enfática e nitidamente que a obrigação para a efetivação do direito à saúde é do Estado, não pode ser interpretada de maneira literal e restritiva. Atuar dessa forma seria o mesmo que desrespeitar os postulados da unidade e da força normativa da Constituição. Diante de uma hermenêutica sistemática e hierarquizante³⁰ há que se reconhecer que o direito à saúde não gera um correspondente dever apenas para o Poder Público, mas também para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais.

Evidentemente - ainda que a Constituição não o tenha referido expressamente - também os particulares não poderão ofender a saúde alheia, alegando não serem destinatários do direito à saúde. Basta atentar para o fato de que ofender a integridade física e moral de seus semelhantes constitui, em muitos casos, conduta punível na esfera criminal ou, pelo menos, cível. De outra parte, poderá se sustentar que existe, de certa forma, um dever da própria pessoa (e de cada pessoa) para com sua própria saúde (vida, integridade física e dignidade pessoal), ensejando até mesmo e dependendo das circunstâncias do caso concreto, uma proteção da pessoa contra si mesma, em homenagem ao caráter (ao menos em parte) irrenunciável da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. (SARLET, 2002, p. 5-6).

Na verdade, a Constituição de 1988 enfatiza a saúde como uma obrigação do Poder Público também por uma questão histórica. Segundo a Professora Sônia

³⁰ O Professor Juarez de Freitas (1995), na clássica obra *A interpretação sistemática do Direito*, nos esclarece que “a interpretação sistemática tem por objeto o sistema jurídico na sua condição de totalidade axiológica” (FREITAS, 1995, p. 15), isto é, “[...] qualquer norma singular só se esclarece plenamente na totalidade das normas, dos valores e dos princípios” (FREITAS, 1995, p. 16). Nesse sentido, a unidade do sistema jurídico só é assegurada em virtude da “[...] rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos [...]” (FREITAS, 1995, p. 15) que o compõem.

Maria Fleury Teixeira (1986), a saúde é tratada como dever do Estado, pois só assim

[...] será possível redefinir a política nacional de saúde de maneira efetiva, atribuindo ao Estado democrático a competência não só de normatização e financiamento, mas de real controle e dever de assegurar a universalização do direito à saúde. (TEIXEIRA, 1986, p. 110).

Neste sentido, o objetivo do constituinte era garantir os direitos sociais rompendo, necessariamente, com a política social restritiva que vigorou até 1988, seguindo em direção à universalização do direito à saúde. Especificamente, isso significava acabar com a estrutura vigente da Previdência, “[...] na qual o sistema reduziu-se a uma função bancária de compra de serviços”. (TEIXEIRA, 1986, p. 110).

Há que se registrar também que o termo “dever” utilizado pelo constituinte pode assumir, simultaneamente, duas dimensões. A primeira seria uma dimensão negativa ou de defesa, no sentido de que o Estado e terceiros possuem o dever de impedir ingerências indevidas na saúde do titular.

Nesse sentido, o Estado exerce seu dever de proteção, por exemplo, sempre que edita normas penais de defesa da vida, da integridade física, do meio ambiente, da saúde pública, bem como normas administrativas no campo da vigilância sanitária, que regulam desde a produção e a comercialização de diversos tipos de insumos e produtos até o controle sanitário de fronteiras.

Além disso, ainda no contexto da assim denominada dimensão defensiva do dever do Estado, há que se considerar o princípio da proibição do retrocesso social. Embora a abordagem deste princípio não esteja suficientemente difundida entre nós, conforme nos adverte Lênio Luiz Streck (1999, p. 31), sua acolhida tem sido cada vez maior pelos autores brasileiros (SARLET, 2004, p. 162; BARROSO, 2001, P. 158; PIOVESAN, 2000, p. 52).

Tendo como nascedouro a doutrina lusitana de Joaquim José Gomes Canotilho (1998), o princípio da proibição do retrocesso social é assim definido pelo próprio professor:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática

numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO, 1998, p. 321).

Vale dizer que o Estado, não pode revogar (no todo ou em parte essencial) uma ou mais normas infraconstitucionais que concretizaram o direito à saúde constitucionalmente consagrado, sob pena de assim ofender o princípio da proibição do retrocesso social. Uma lei, por exemplo, que tivesse como objetivo retornar a um período pré-Constituição de 1988, restringindo o acesso dos cidadãos aos serviços prestados pelo SUS, poderia vir a ser declarada inconstitucional e anulada, o que, por si só, já se revela como uma forma de tornar efetivo o direito à saúde, pelo menos nesta dimensão negativa.

Por outro lado, o dever do Estado (e eventualmente do particular) pode assumir uma segunda dimensão, com certeza, a mais problemática, de caráter prestacional ou positivo, no qual lhe é imposta alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia ou o fornecimento de um medicamento.

Nessa segunda acepção, o dever do Estado não pode assumir um caráter absoluto, a ponto de cada cidadão poder exigir do Estado tudo aquilo que entender compatível com o direito à saúde. Essa não foi a intenção do constituinte nem dos precursores do movimento de Reforma Sanitária. Pelo menos, não ainda. Enquanto as desigualdades forem tão complexas, difícil será conceder medicamentos caros e tratamentos médicos complexos, gratuitamente para todos os indivíduos, pois sempre uma parcela da população, que realmente necessita de serviços médicos e remédios gratuitos, estará sendo prejudicada.

Na verdade, a dimensão prestacional do art. 196 da Constituição da República de 1988 deve ser interpretada de forma sistemática. Assim, devemos nos atentar para o inciso III, do parágrafo único do art. 194, da Constituição:

TÍTULO VIII
DA ORDEM SOCIAL
Capítulo I
DISPOSIÇÃO GERAL
Art. 193. [...]
Capítulo II
DA SEGURIDADE SOCIAL
Seção I
Disposições gerais
Art. 194. [...]

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; (BRASIL, 1988).

Adiciona-se a esse entendimento a própria Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990a), que ao tratar do dever do Estado em relação ao direito à saúde prescreve a sua garantia através da formulação e execução de políticas econômicas e sociais (art. 2º, § 1º).

Infelizmente, os tribunais pátrios, ressalvadas algumas exceções, não vem interpretando o dever do Estado com a amplitude que ele merece. Na visão do Poder Judiciário, cabe ao Poder Público fornecer toda prestação relacionada com o direito à saúde, mesmo que isso traga consequências negativas aos demais cidadãos que também dependem do Estado para receber tais prestações, às vezes bem inferior àquela reclamada em juízo por um único cidadão.

É nesse contexto que se deve questionar a posição quase unânime do Judiciário brasileiro (liderada pelo Supremo Tribunal Federal) de interpretar o direito à saúde como um direito individual ilimitado a todo e qualquer tratamento, procedimento ou medicamento.

Em número cada vez maior de ações judiciais, nossos juízes vêm ordenando aos serviços públicos de saúde, em todos os níveis da Federação, que financiem tratamentos originariamente não contemplados na política de saúde elaborada pelas respectivas secretarias e Ministério da Saúde.

Esses tratamentos muitas vezes são de elevadíssimo custo, disponíveis apenas no exterior e, frequentemente, tão ou menos eficazes que os disponíveis no sistema público de saúde.

Diante da escassez de recursos, a consequência dessa interpretação não é, ao contrário do que se poderia imaginar, a ampliação do acesso a serviços de saúde a camadas da população anteriormente excluídas.

O resultado inevitável é, na verdade, uma substituição parcial das prioridades de investimento estabelecidas pelos especialistas em saúde pública do Poder Executivo. Ou seja, puxa-se o cobertor da saúde pública para aqueles que conseguiram acessar o Judiciário e se descobre parte daqueles que a política estatal havia originariamente decidido contemplar. (BRASIL, AI nº 70021991948, 2007a).

Dessa forma, entender o direito de prestação do Estado como um conjunto de serviços *latu sensu*, sem nenhuma regulação, planejamento, previsão de recursos financeiros ou enfoque epidemiológico é um despropósito e uma utopia que poderá, inclusive, levar à sua falência.

Na verdade, a dimensão positiva do dever do Estado não deveria abranger todo e qualquer prestação possível e inimaginável. Conforme nos ensina Sarlet

(2002), onde não houver previsão legal, as prestações elementares devem se restringir às mais elementares e básicas³¹.

Longe de querer esgotar as discussões que, inclusive, serão retomadas na última parte deste trabalho, certo é que o papel ativo do Estado, na prevenção e na cura de doenças, é feito em grande medida, pelos órgãos e entes que compõem o Sistema Único de Saúde.

Assim, se faz necessário que tenhamos, ainda que superficialmente, algumas considerações sobre a organização, diretrizes e princípios que fundamentam o Sistema Único de Saúde no Brasil. Afinal, nenhum sistema de saúde pública consegue se manter se não tiver critérios e parâmetros de organização para atender as demandas da população.

2.7 O Sistema Único de Saúde: principais características

Tendo sido estabelecido e regulamentado pela própria Constituição de 1988, que estipulou os princípios pelos quais se estrutura e os objetivos a que deve atender, o Sistema Único de Saúde (SUS) pode ser caracterizado como uma verdadeira garantia institucional fundamental.

Em outras palavras, significa dizer que o texto constitucional não preocupou apenas com o resguardo de um catálogo de direitos fundamentais. Há determinadas instituições jurídicas (públicas ou privadas) que, pela sua importância para a sociedade, também mereceram a proteção jusfundamental, sobretudo contra a atuação do legislador ordinário ou do Poder Público em geral que podem descaracterizar os traços essenciais ou a identidade destas instituições (SARLET, 2006).

³¹ De acordo com a Portaria GM/MS n.º 648/2006, “a atenção básica caracteriza-se por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrangem a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação e a manutenção da saúde. É desenvolvida por meio do exercício de práticas gerenciais e sanitárias democráticas e participativas, sob forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios bem delimitados, pelas quais assume a responsabilidade sanitária, considerando a dinamicidade existente no território em que vivem essas populações. Utiliza tecnologias de elevada complexidade e baixa densidade, que devem resolver os problemas de saúde de maior frequência e relevância em seu território. É o contato preferencial dos usuários com os sistemas de saúde. Orienta-se pelos princípios da universalidade, da acessibilidade e da coordenação do cuidado, do vínculo e continuidade, da integralidade, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social.” (BRASIL, 2006a).

Nesse sentido, não somente o direito à saúde é protegido pelo constituinte, como também o SUS, enquanto instituição pública, é salvaguardado pela tutela constitucional protetiva. Logo, eventuais medidas tendentes a abolí-lo ou esvaziá-lo, formal e materialmente, inclusive em relação aos princípios que o norteiam, seriam consideradas inconstitucionais.

Uma política pública que vise efetivar o direito à saúde, portanto, deve se conformar também aos princípios e diretrizes que regem o SUS, notadamente os estabelecidos nos artigos 198 a 200 da Constituição de 1988. (BRASIL, 1988).

Dentre os princípios que merecem destaque vale a pena citar a unidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização, a integralidade e a participação da comunidade. Ao conhecermos tais princípios, poderemos ter um panorama geral de como o constituinte previu a estruturação do SUS. Passemos, então, a descrever cada um deles.

O princípio da unidade significa que os serviços e as ações de saúde, públicos ou privados, devem ser administrados e desenvolvidos sob as mesmas políticas, diretrizes e comandos. Trata-se de um sistema único e unificado em que as ações e serviços de saúde se sujeitam a uma direção única e, portanto, a um só planejamento (ainda que dividido nos níveis nacional, regional, estadual e municipal).

Apesar da direção única em cada esfera de governo, o SUS é constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada que atua segundo o princípio da descentralização. A atuação regionalizada permite que a tomada de decisões na área da saúde seja orientada por critérios epidemiológicos locais e regionais. Afinal, as necessidades dos indivíduos variam de acordo com as condições de tempo e espaço. Um município ou estado que se vê afetado por uma epidemia de dengue, por exemplo, precisará alocar uma maior quantidade de recursos nessa área do que outro ente federado que tenha desenvolvido junto à comunidade, uma política de prevenção mais efetiva.

Quando analisamos as regras constitucionais e infraconstitucionais (leis, decretos, portarias) de distribuição de competências no âmbito do SUS, verificamos que os Municípios e Estados, exatamente por estarem mais próximos dos problemas da população, detêm uma parcela maior de responsabilidade pelas ações e serviços de saúde, principalmente em relação ao fornecimento de bens materiais.

Evidentemente, isso não exclui a participação da União que poderá atuar diretamente em alguns casos³².

De toda forma, os princípios da descentralização e regionalização mantem uma estreita relação com o princípio federativo, permitindo que assuntos de interesse local sejam tratados pelos Municípios, ou de interesse regional pelos Estados e aqueles que afetam todo o território nacional pela União.

Por sua vez, a hierarquização indica que a execução da assistência à saúde deve ser feita em patamares crescentes de complexidade, de acordo com o caso concreto e ressalvadas as situações de urgência. Nesse sentido, as ações de atenção básica à saúde são comuns a todos os Municípios, já as de média e alta complexidade são centralizadas em Municípios de maior porte e as de grande especialização estão disponíveis somente em alguns grandes centros do país.

O princípio da integralidade de atendimento reflete a ideia de que as ações e os serviços de saúde devem ser tomados como um todo, harmônico e contínuo, de modo que sejam ao mesmo tempo articulados e integrados em todos os sentidos (individual e coletivo; preventivo e curativo; local, regional, nacional) e níveis de complexidade do SUS.

Além disso, o SUS se caracteriza pela participação direta e indireta da comunidade. Por meio da participação direta, ainda que admitidas eventuais limitações de ordem concreta, a Constituição assegura que os próprios indivíduos interajam no processo de definição das políticas públicas de saúde, intervindo sobre o que será a efetivação desse direito, além de posteriormente exercerem o controle social sobre as mesmas ações. Já a participação indireta é feita por meio de representantes da sociedade civil junto às sucessivas Conferências de Saúde, que têm competência para fazer proposições às políticas de saúde em cada um dos níveis da federação; perante os Conselhos de Saúde, que atuam no planejamento e controle do SUS, aí incluído o financiamento do sistema, bem como na viabilização de um canal para a participação popular, com a análise de propostas e denúncias; e ainda, no âmbito das agências reguladoras Agência Nacional de Vigilância Sanitária

³² Como exemplo de atuações diretas do ente central podemos citar a assistência de alta complexidade em parceria com os Estados (NOAS n.º 01/2002), o disciplinamento das relações entre o SUS e os prestadores privados de saúde e a responsabilidade pela compra e distribuição de medicamentos e tratamentos, vinculados aos programas estratégicos de assistência farmacêutica (BRASIL, 2007a).

(ANVISA) Agência Nacional de Saúde (ANS) e Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). (SARLET; FIGUEIREDO, 2009).

Percebe-se, assim, que a estruturação do SUS foi um reflexo dos ideais defendidos pelo movimento social de Reforma Sanitária. Entretanto, o que se deve ficar claro é que o reconhecimento constitucional do direito individual e igualitário à saúde é um projeto ainda em realização.

Infelizmente, a sociedade moderna tem uma necessidade, quase patológica de fundamentar todo e qualquer direito³³. Porém, o reconhecimento de um direito como fundamental pela Constituição, não pode ser compreendido genericamente como concretização normativa do texto constitucional. Sem dúvida, é um avanço no sistema jurídico. Mas não garante, por si só, a eficácia do próprio direito. É preciso que os intérpretes do texto constitucional promovam uma luta diária para que os direitos sejam garantidos não apenas no papel, mas também na realidade que nos cerca.

A esse respeito, Norberto Bobbio (2004) assevera que:

[...] o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los [...] não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p. 45).

Dessa forma, a proposta de construção de um sistema de saúde mais participativo, mais democrático, é, na sua essência, a proposta de construção de uma realidade social mais cidadã. E a cidadania não é uma realidade acabada. É uma construção social em dinâmica constante de aperfeiçoamento.

³³ Não nos esqueçamos, por exemplo, da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n° 19 de 2010, de autoria do senador Cristovam Buarque (PDT-DF), que altera o art. 6º da Constituição da República para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Ora, francamente, “ao arrolar e assegurar princípios como o do Estado Democrático, o da dignidade da pessoa humana e o da necessidade de promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito, o constituinte garantiu o direito à felicidade. Não o escreveu de forma expressa, mas deixou claro que o Estado, dentro do sistema nacional, tem a função de promover a felicidade, pois a dignidade, o bem de todos, pressupõe o direito de ser feliz.” (ARAÚJO, 2000, p. 74). Ademais, a própria Constituição, em seu art. 5º, parágrafo 2º, não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte. Portanto, no nosso entender, seria desnecessário emendar o texto constitucional, pois o direito à felicidade já se encontra reconhecido em nosso sistema. Na verdade, a felicidade, assim como os demais direitos sociais, não precisa de reconhecimento, mas de concretização.

A ampliação das condições de exercício da cidadania implica uma conquista democrática. E a relação inversa é também verdadeira. Sem dúvida, o modelo de democracia desenvolvido pelo constituinte baseado na universalização do acesso à saúde, no fortalecimento da descentralização dos serviços e na participação popular na gestão do Sistema Único de Saúde significou um grande avanço no rumo da cidadania. E, nesse sentido, a luta pela institucionalização do direito à saúde significou a luta pela institucionalização da democracia.

Porém, não cabe ao texto constitucional exercer apenas a função jurídica de institucionalizar o rol dos direitos fundamentais, que, no caso brasileiro, é um dos mais abrangentes. É preciso que as normas garantidoras de direitos fundamentais sejam dotadas de normatividade. Na definição de Friedrich Müller (2007), entende-se a normatividade como:

[...] a propriedade dinâmica que a norma jurídica compreendida como modelo de ordenamento materialmente caracterizado possui para influenciar a realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e ser nisso, por sua vez, influenciada pela própria realidade (normatividade factualmente determinada). (MÜLLER, 2007, p. 17).

Soma-se a essa definição, a orientação concretista de Peter Häberle (1997) de que:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (HABERLE, 1997, p. 13).

De acordo com essa abordagem, verificamos que o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional.

É exatamente aí que se encontra o problema da Constituição de 1988. Segundo Marcelo Neves (2007):

A prática política e o contexto social favorecem uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. A questão não diz respeito apenas à ação da população e dos agentes estatais (eficácia), mas também à vivência dos institutos constitucionais básicos. Pode-se afirmar que para a massa dos “subintegrados” trata-se principalmente da falta de identificação

de sentido das determinações constitucionais. Entre os agentes estatais e os setores “sobre integrados”, o problema é basicamente de institucionalização (“consenso suposto”) dos respectivos valores normativos constitucionais. Nessas condições não se constrói nem se amplia a cidadania (at. 1º, inciso II) nos termos do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*), antes se desenvolvem relações concretas de “subcidadania” e “sobrecidadania” em face do texto constitucional. (NEVES, 2007, p. 184).³⁴

Nesse sentido, a falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional leva a uma realidade hipertroficamente simbólica. “Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a culpa para a sociedade ‘desorganizada’ e ‘atrasada’, ‘descarregando-se’ de ‘responsabilidade’ o Estado ou o governo constitucional” (NEVES, 2007, p.186). Por sua vez, “à medida que se ampliam extremamente a falta de concretização normativa do diploma constitucional e, simultaneamente, o discurso constitucionalista do poder, intensifica-se o grau de desconfiança no Estado. A autoridade pública cai em descrédito.” (NEVES, 2007, p. 188).

As políticas públicas não passam incólumes a este contexto. Como não há interesse dos agentes estatais e dos setores “sobreintegrados” em alterar as estruturas sociais e as relações de poder, as políticas, quando existentes³⁵, ou não são executadas, sendo adiadas para um futuro remoto e incerto (fórmula de compromisso dilatório); ou mesmo que executadas, procuram descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das finalidades para as quais elas foram criadas (política como álibi).

³⁴ De acordo com Marcelo Neves (2007), “a subintegração significa dependência dos critérios do sistema (político, econômico, jurídico, etc.) sem acesso às suas prestações. A ‘sobre integração’ implica acesso aos benefícios do sistema sem dependência de suas regras e critérios.” (NEVES, 2007, p. 173). Dentro dessa perspectiva, os “subintegrados” seriam aqueles que, não possuem condições econômicas, poder político ou capacidade de acesso ao Judiciário, enfim, seriam aqueles que estariam à margem da sociedade ou no extrato mais baixo da pirâmide social. Ao passo que os “sobreintegrados” seriam exatamente o oposto disso.

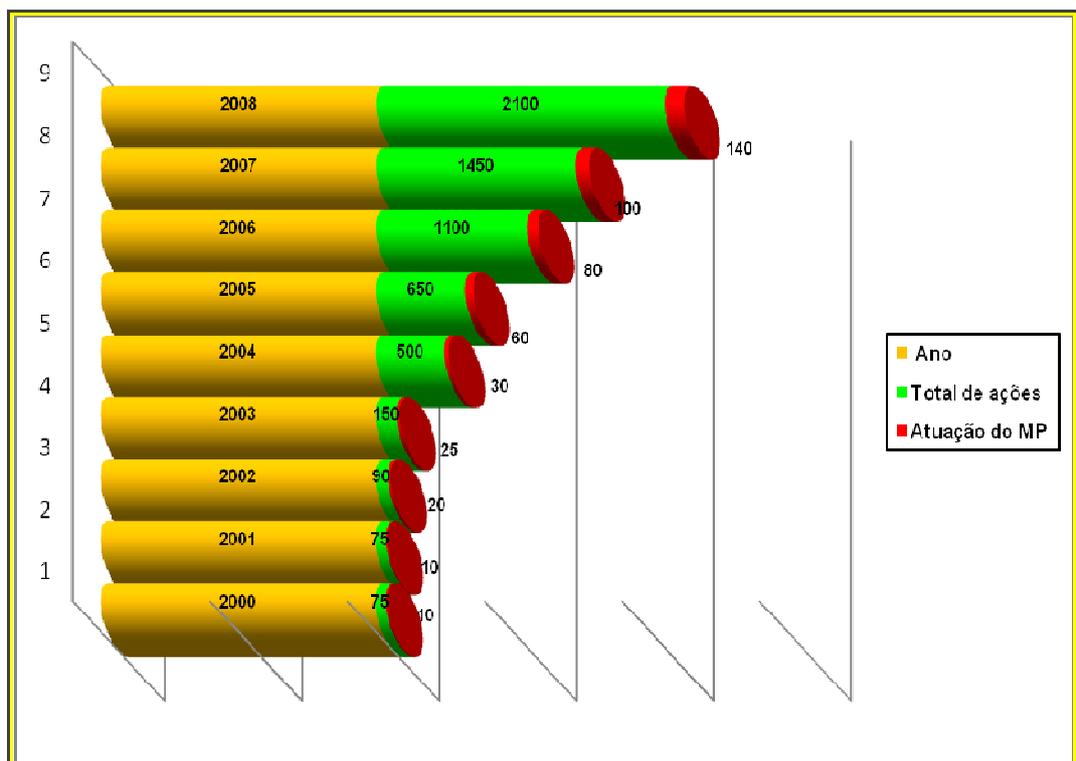
³⁵ Por sinal, Marcelo Neves (2007) nos alerta que nas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), os programas de governo não são inexistentes. A diferença em relação às regiões estatalmente organizadas (países do centro) é que eles concentram seus esforços nas permanentes e repetidas propostas de alteração do texto constitucional. “Dessa maneira, não apenas se desconhece que leis constitucionais não podem resolver imediatamente os problemas da sociedade, mas também se oculta o fato de que os problemas jurídicos e políticos que frequentemente se encontram na ordem do dia estão associados à deficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional existente, ou seja, residem antes na falta das condições sociais para a realização de uma Constituição inerente à democracia e ao Estado de direito do que nos próprios dispositivos constitucionais.” (NEVES, 2007, p. 187).

Diante da inconsistência das políticas públicas, o descrédito dos cidadãos na atuação administrativa aumenta. Não é à toa que as demandas envolvendo administrado de um lado e Administração Pública de outro crescem, a cada dia que passa, perante o Poder Judiciário.

Na impossibilidade de se efetivarem políticas públicas que satisfaçam indistintamente o interesse de todos, os cidadãos encontram no acesso à Justiça uma forma de compelir o Poder Público a satisfazer, pelo menos, os seus interesses individuais.

Em relação às obrigações inerentes ao Sistema Único de Saúde, por exemplo, em recente pesquisa realizada pelo Procurador de Justiça de Minas Gerais, Antônio Joaquim Fernandes Neto (2010), pôde-se observar que o número de ações movidas, ao longo da última década, contra o Estado de Minas Gerais e os seus Municípios, cresceu de forma ascendente. Em 2000, o volume era inexpressivo. Em 2004, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) já julgava quinhentas ações. Em 2006, foram mil processos e, no ano de 2009, mais de dois mil e quinhentos autos aguardavam julgamento.

Gráfico 2 - Evolução do número de ações no TJMG - 2000-2008



Fonte: Adaptado de FERNANDES NETO, 2010

No entanto, o simbolismo que permeia as políticas públicas não deve ser visto “[...] como um jogo de soma zero na luta política pela ampliação ou restrição da cidadania” (NEVES, 2007, p.188). Cabe apontar que toda força simbólica traz em si um caráter ambivalente. Isto é:

A referência simbólica a determinado instituto jurídico caracterizado por um alto grau de ineficácia normativo-jurídica serve tanto ao encobrimento dessa realidade e mesmo à manipulação política para usos contrários à concretização e efetivação das respectivas normas, quanto a uma ampla realização do modelo normativo no futuro. A força simbólica de atos, textos, declarações e discursos de caráter normativo serve tanto à manutenção da falta de direitos quanto à mobilização pela construção e realização dos mesmos. (NEVES, 2005, p. 5).

Em matéria de saúde pública, podemos identificar nitidamente esta ambivalência. Assim, façamos uma abordagem mais profunda da força simbólica das políticas públicas para que possamos discutir algumas situações em que as políticas públicas de saúde se comportam de maneira ambivalente.

3 A FORÇA SIMBÓLICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

No presente trabalho, ao tratarmos da “força simbólica das políticas públicas de saúde”, cabe antes delimitar, mesmo que brevemente, o sentido em que empregamos o termo “simbólico” e a expressão “força simbólica” no âmbito deste estudo.

3.1 Delimitação semântica

No seu sentido vulgar “simbólico” é definido por Aurélio Buarque de Holanda (1995) como “1. Referente a, ou que tem caráter de símbolo. 2. Alegórico; metafórico. 3. Referentes aos formulários da fé.” (FERREIRA, 1995, p. 600).

Não é diferente o sentido apresentado por Antônio Houaiss (2009) para o mesmo verbete:

Adj. (1597) 1 de, relativo a, que tem caráter de ou que serve como símbolo <linguagens> 2 que usa, emprega ou exhibe um símbolo 3 que consiste em ou que opera por meio de símbolos; metafórico, alegórico 4 relativo aos formulários da fé s.m. 5 psich. campo de reencontro, estruturação e tomada de sentido dos fenômenos como uma linguagem; um dos três registros essenciais (juntamente com o real e o imaginário) do campo da psicanálise, segundo J. Lacan etim. gr. *symbolikós, é, ón* ‘que explica por meio de um signo, simbólico’, pelo lat. *symbolicus*, a, um ‘significativo’. (HOUAISS, 2009).

De fato, a alegoria do vocábulo ou seu caráter metafórico correlaciona-se ao sentido que pretendemos dar ao termo. Afinal, conforme Neves (2005, p. 4) “o simbólico importa uma linguagem ou discurso em que há um deslocamento do sentido para uma outra esfera de significações [...]”

Gusfield citado por Neves (2005, p. 4), afirma que “o agir simbólico é conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto”, e prevalece em relação ao mesmo. (NEVES, 2005).

É preciso acrescentar, ainda, que a palavra “simbólico” não sugere algo pertencente ao mundo da ficção ou da fantasia como intuitivamente temos a

tendência em associar. No uso que fazemos aqui, o qual encontra amplo respaldo nas ciências sociais em geral e na própria semiologia, o simbólico é realidade atinente à realidade. “É um plano reflexivo da realidade construída socialmente.” (NEVES, 2005, p. 04). Nesse sentido, os símbolos “[...] são parte da realidade social que, paradoxalmente, referem-se a esta mesma realidade social, autoconstruindo-a.” (NEVES, 2005, p. 04).

3.1.1 A ambivalência da força simbólica

Por sua vez, a expressão “força simbólica” traz em si um sentido ambivalente quando aplicada à esfera normativa.

Conforme já mencionado, toda norma é dotada de uma força normativo-jurídica que, segundo Marcelo Neves (2005), envolve tanto a concretização quanto um certo grau socialmente relevante de realização da norma.

A concretização concerne à construção de sentido da norma jurídica a ser aplicada, judicial e extrajudicialmente, a um caso jurídico determinado. A realização, por sua vez, está ligada à capacidade da norma ser efetiva e eficaz.

Normalmente, a ideia de força simbólica está associada ao caráter negativo da expressão. Vale dizer que uma norma dotada de força simbólica é aquela que apresenta um baixo poder de concretização e realização.

No entanto, o caráter conotativo de determinadas normas simbólicas nem sempre serve a manutenção de situações concretas de negação dos respectivos direitos que estas normas carregam. Na verdade, a força simbólica pode servir tanto à manutenção de um *status quo*, quanto à mobilização para a concretização e efetivação de um modelo normativo.

Esta ambivalência significa que o simbólico não se reduz ao “ideológico” no sentido de ilusão negadora de outras alternativas ou ao “retórico” no sentido de uma mera persuasão descomprometida com o acesso aos direitos, pois também, paradoxalmente, incorpora o espaço da crítica ao modelo normativo de fachada. (NEVES, 2005, p. 05).

Nessa linha de raciocínio, quem determina o caráter negativo ou positivo da força simbólica é a própria sociedade. Desacreditada com as possibilidades reais de conquista de direitos, a sociedade ou se mostra apática e aceita a realidade tal qual

lhe foi imposta (o que agrada em cheio às elites dominantes), ou se mobiliza no intuito de contribuir com a concretização normativa e efetivação dos direitos.

Feitas estas considerações, cabe dizer que tais ambivalências da força simbólica do normativo manifestam-se de maneira especialmente relevante no âmbito das políticas públicas. Por um lado, as políticas públicas servem à força normativo-jurídica e à realização dos direitos (principalmente sociais) que elas expressam, de outro, contribuem para impedir ou dificultar a concretização jurídica e a efetivação desses mesmos direitos. Ademais, a sociedade representa aqui, da mesma forma que na esfera normativa, um importante papel na definição da polarização que a força simbólica irá empreender sobre as políticas públicas, ora assumindo uma postura passiva, ora se mostrando atuante e indignada com a realidade que lhe é posta.

3.2 A ambivalência da força simbólica em matéria de saúde pública

Para comprovar as colocações acima, escolhemos quatro situações vividas no cotidiano das políticas públicas de saúde em que a força simbólica se mostra de maneira ambivalente.

Primeiramente, abordaremos a política nacional de medicamentos, cuja repartição de competências buscou concretizar, assim como todas ações e serviços do SUS, uma experiência de federalismo cooperativo. Ocorre que, na prática, a existência de alguns traços de recentralização e a ausência de mecanismos cooperativos eficientes produziram um federalismo de natureza nitidamente predatória, principalmente, em relação aos governos locais.

Em seguida, verificaremos que as políticas públicas de saúde, ainda que divulgadas para a sociedade como se fossem políticas de Estado, na verdade, se apresentam como verdadeiras políticas de governo.

O terceiro tópico cuidará da análise do planejamento das políticas públicas de saúde, já que no nosso entender, a atividade de planejamento, normalmente, é feita de forma fragmentada, sem levar em conta as consequências positivas ou negativas que uma política de saúde poderá produzir sobre outras políticas como, por exemplo, educação, meio ambiente e urbanismo.

Por fim, examinaremos a participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas de saúde. Apesar de a participação popular ter sido

um dos avanços trazidos pela Constituição de 1988, com a criação, por exemplo, de conselhos e conferências de saúde, entendemos que a sociedade tem se mostrado apática e pouco interessada em se envolver com os canais de participação e diálogo que lhe são ofertados.

Inclusive, a intervenção do Poder Judiciário, a cada dia que passa, ganha maior destaque exatamente porque, em uma sociedade imediatista, é muito mais prático, rápido e eficiente cobrar ações dos Poderes Públicos em juízo, do que passar horas e horas discutindo políticas públicas que sequer sabemos se serão implementadas.

3.2.1 Política Nacional de Medicamentos: por um federalismo cooperativo ou competitivo?

De acordo com Wilba Bernardes (2010), o federalismo pode receber diferentes adjetivações³⁶ quando analisado sob o prisma de um determinado paradigma. Desde o nascimento da federação³⁷, no entanto, duas concepções bem diferentes de aplicação do federalismo vêm ganhando destaque no que concerne à distribuição espacial do poder: o federalismo competitivo, construído ao longo do paradigma do Estado Liberal, e o federalismo cooperativo, originário do paradigma do Estado Social.

O modelo competitivo tem nos Estados Unidos da América seu maior exemplo, uma vez que, desde sua origem, o federalismo norte-americano previa um elemento “territorial” em suas estruturas de controle e limitação do poder central: não apenas aos Poderes Legislativo e Judiciário federais cabia acompanhar e fiscalizar as ações do Executivo federal, mas também aos Executivos estaduais. O alto grau

³⁶ A variedade de pontos-de-vista a partir dos quais se analisa o federalismo é quase tão grande quanto o número de autores que se dedica ao tema. Algumas coincidências podem ser notadas, entretanto, quando se observa tais análises agrupando-as de acordo com suas áreas de origem. As oriundas do Direito tendem a destacar principalmente os aspectos “contratuais” do federalismo (tanto que o tema geralmente é discutido no âmbito do Direito Constitucional), as análises de origem econômica costumam focar nas desigualdades econômicas existentes entre os entes federados, assim como nas consequências fiscais e de desempenho econômico global dos mecanismos de distribuição de recursos adotados pela federação. A perspectiva da Ciência Política, por sua vez, se relaciona principalmente com as diferentes formas de representação adotadas pelas federações, com a classificação dos sistemas federativos, determinação do centro de poder de uma federação (assim como as mudanças nos padrões dessas relações), dentre outros aspectos. (KUGELMAS, 2001).

³⁷ Para Wilba Bernardes (2010), a federação é uma forma de Estado que se organiza para concretizar um arcabouço propício ao pleno desenvolvimento do federalismo. Nos dias de hoje, em que o poder se dissolve na e pela sociedade, caberia à federação garantir as autonomias políticas ou sociais e as heterogeneidades, gerando, dessa forma, um terreno fértil ao desenvolvimento do federalismo.

de poder concentrado nos Estados-Membros³⁸ faz com que a competitividade seja característica da relação entre eles, uma vez que passam a concorrer na atração de investimentos, de população (contribuinte), assim como em matéria de eficiência em gestão pública; a competitividade do sistema federativo faz com que seus membros estejam sempre procurando melhorar seu desempenho em todas as funções que exercerem. As relações no âmbito desse tipo de federalismo são chamadas “interfederativas”, uma vez que partem do pressuposto de que há várias partes distintas e independentes no interior do sistema, e que essas se relacionam (ABRUCIO; COSTA, 1999).

Já o federalismo cooperativo tem sua maior representação na República Federal Alemã, que consagrou em sua Constituição (1949) o objetivo de que todos os alemães devem ter condições semelhantes de vida, onde quer que eles vivessem no país (CAMARGO, 2001; SPAHN, 2001). Dessa forma, tendo sido colocado um objetivo social e igualitário no “contrato federal” (em contraste com a “defesa mútua combinada com a preservação das soberanias locais”, que motivou o modelo americano), as relações entre os componentes da federação alemã se dão a partir de linhas diferentes. As relações entre os Estados-Membros se dão sob o signo da cooperação, sendo marcadas por um complexo sistema de transferência de recursos dos estados mais ricos para os mais pobres. Por isso, o federalismo cooperativo tem suas relações internas chamadas de “intrafederativas”, pois ocorrem no interior de um todo compacto, orgânico (a federação), envolvendo elementos constitutivos do sistema que são intimamente ligados entre si. O contraste com as “partes independentes” que compõem o federalismo competitivo é evidente, e se explica pelo princípio que anima a estruturação do federalismo alemão: o princípio da subsidiariedade.

Aspásia Camargo (2001) explica que, em 1931, a Encíclica *Quadragesimo Anno* trouxe à tona o princípio da subsidiariedade³⁹, que foi transposto para a

³⁸ Desde o início da formação do federalismo norte-americano até a Grande Depressão na década de trinta, os Estados-Membros tinham competência para legislar sobre todos os temas, exceto política externa, emissão de moeda e comércio interestadual. Com a crise econômica e a incapacidade dos Estados-Membros em atuar no combate à onda de pobreza, o governo federal foi obrigado a adotar várias medidas intervencionistas, assumindo, assim, funções que anteriormente eram próprias dos Estados-Membros.

³⁹ Segundo Baracho (1997), o princípio da subsidiariedade é de difícil conceituação, pois existe a partir de relações, e não como valor absoluto. Em geral, expressa contenção ou limitação da atividade de órgão ou coletividade superior sobre uma inferior. Por isso, é aplicado, por exemplo, na defesa dos direitos dos indivíduos perante o Estado (ou frente a outros grupos sociais), assim como

política na Alemanha e associado ao federalismo. Alguns anos depois, como a cena política alemã do pós-guerra era dominada pelo Partido Democrata Cristão, o princípio da subsidiariedade foi incorporado fortemente às discussões que levaram à redação da Constituição de Bonn (1949). O resultado foi um federalismo fortemente marcado pela cooperação e no qual, a partir da aplicação do princípio da subsidiariedade, ficava estabelecida “[...] no plano das iniciativas, a prioridade da sociedade sobre o Estado e, dentro do setor público, a primazia do município sobre o estado e deste sobre o governo federal.” (CAMARGO, 2001, p. 86).

Ambas as formas de organização federalista acima expostas apresentam suas desvantagens. A competição tende a isolar os membros da federação uns dos outros, tornando difícil a cooperação entre eles (disso decorrem duplicações de esforços, falta de coordenação, dentre várias outras formas de ineficiência no uso de recursos públicos). (ABRUCIO; COSTA, 1999).

Já o federalismo cooperativo tende a desagradar seus entes mais ricos, uma vez que esses são obrigados a custear os entes mais pobres, dentro de uma lógica que os sobrecarrega de impostos para “premiar” as administrações menos competentes (ao mesmo tempo em que “pune” aqueles que são mais competentes na gestão pública). Além da esfera subnacional, o país como um todo perde competitividade⁴⁰, ao possuir tributos que inexistem em concorrentes que adotam o federalismo competitivo (ou que não adotam federalismo algum). (SPAHN, 2001).

Diante das desvantagens que os dois modelos apresentam, o paradigma do Estado Democrático de Direito pensa o federalismo de uma maneira incompleta, inacabada e aberta em que tanto a cooperação quanto a competitividade se fazem presentes. É exatamente nesta conjugação de opostos, rivalizando-se para serem concretizados, que o federalismo tem a chance de promover a justiça. (BERNARDES, 2010).

A Constituição brasileira de 1988, ao partilhar o poder de legislar e os encargos, adota, por exemplo, essa noção de federalismo. Ao mesmo tempo em que

na discussão da descentralização, no que se refere à divisão de poderes entre as diferentes instâncias do Estado (BARACHO, 1997).

⁴⁰ A baixa competitividade não se aplica somente a recursos. Wilba Bernanrdes (2010) acrescenta que o enfoque estático dos entes no federalismo cooperativo, inibiria, inclusive, a concorrência salutar que envolve condições de aprimoramento, por exemplo, tecnológico.

ela consagra um esquema clássico de competências privativas⁴¹ e residuais⁴², típicas do federalismo competitivo, ela incorpora, também, competências comuns⁴³ e concorrentes⁴⁴, próprias de um federalismo cooperativo.

No caso específico de proteção e defesa da saúde, percebe-se que a Constituição atribuiu competência para legislar concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios (art. 24, XII e art. 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). No que tange ao aspecto administrativo, como por exemplo, à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde, a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II)⁴⁵. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, sendo o fornecimento de medicamentos uma política pública, caberá a sua execução por todas as esferas de governo. Porém, a atribuição de competência comum não significa que o propósito do constituinte fosse o de permitir a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Agir de tal forma, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas. Ora, se atualmente o SUS, da forma como ele se encontra, já é considerado extremamente precário, imagine se cada ente da federação fosse obrigado a realizar todos os tipos possíveis de prestações positivas voltadas para o resguardo do direito à saúde!

⁴¹ União: arts. 21 e 22; Estados-Membros: art. 25, § 2º e § 3º; Municípios: arts. 29 e 30. Vale lembrar que o Distrito Federal detém as competências legislativas reservadas aos Estados e aos Municípios, nos termos do art. 32, § 1º.

⁴² As competências residuais ou remanescentes são impostas pelo constituinte apenas aos Estados-Membros (art. 25, § 1º). Apesar da nomenclatura, no fim, as competências residuais também são competências privativas. Afinal, conforme ressalta Zimermann (1999), o campo de incidência da legislação estadual é extremamente constrangido, já que não podem atuar nas competências da União e dos Municípios que prevalecem sobre ela e ainda, é imposta aos Estados-Membros a reprodução de quase todas as regras federais sobre o processo legislativo e administrativo, funcionalismo público, etc.

⁴³ A competência comum é disciplinada no art. 23 e atribuída à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

⁴⁴ No art. 24, temos deferida a competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Os Municípios não figuram nesse elenco, mas essa, vê-se, foi deslocada para ao art. 30, inciso II.

⁴⁵ De acordo com o art. 9º, da Lei nº 8.080/90, no âmbito da União, o exercício da função administrativa em matéria de saúde ficará a cargo do Ministério da Saúde; nos Estados e no Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; na esfera dos Municípios, da Secretaria de Saúde local ou de qualquer entidade correspondente.

Dessa forma, ainda que a competência entre os entes federados seja comum, a adoção de critérios de repartição de competências se faz necessária. Todavia, como tais critérios não foram fornecidos pelo constituinte, nem pelo legislador ordinário, coube aos próprios entes federados esboçarem, através de atos administrativos, a forma em que se daria a aquisição e o fornecimento de medicamentos à população.

Dentre os diversos atos administrativos, nos chama a atenção a Portaria nº. 3.916/98, do Ministério da Saúde, que regula a Política Nacional de Medicamentos⁴⁶. De forma esquemática e sucinta, a divisão de competência ali estabelecida pode ser assim resumida:

- a) A União, por meio do Ministério da Saúde, fica responsável por adquirir e distribuir diretamente às Secretarias Estaduais de Saúde aqueles medicamentos estratégicos que fazem parte de programas nacionais desenvolvidos pelo governo federal, tais como AIDS, hanseníase, hipertensão arterial.
- b) Os Estados adquirem e distribuem os medicamentos de dispensação em caráter excepcional⁴⁷, ou seja, aqueles de maior complexidade, utilizados em doenças raras, em pacientes crônicos e/ou que necessitam de tratamento prolongado, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende casos específicos. Entre os usuários desses medicamentos estão os transplantados, os portadores de insuficiência renal crônica, de esclerose múltipla, de hepatite viral crônica B e C, de epilepsia, de esquizofrenia refratária e de doenças genéticas como fibrose cística e a doença de Gaucher.
- c) Aos Municípios cabem assegurar o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica⁴⁸ da saúde de sua população segundo nosologias

⁴⁶ A Portaria nº 3.916/98 pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, já que as outras portarias são baseadas em suas disposições. Sendo assim, a formulação da Política Nacional de Medicamentos forjou o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos, cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos.

⁴⁷ Atualmente, os componentes de medicamentos de dispensação excepcional são regulados pelo Ministério da Saúde através da Portaria nº 2.981/2009.

⁴⁸ Os medicamentos essenciais básicos compõem um elenco de 92 itens destinados à atenção básica. A Organização Mundial de Saúde define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e

prevalentes nos próprios Municípios, e adquirir, além dos produtos destinados à atenção básica, outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde (BRASIL, 1998).

A Política Nacional de Medicamentos, portanto, é um típico exemplo de cooperação intergovernamental vertical⁴⁹ na área da saúde em que os diferentes níveis federados agem, em tese, em colaboração para atingirem um objetivo maior, ou seja, a aquisição e distribuição de medicamentos a toda população.

Na prática, no entanto, a relação federativa entre os diversos atores da associação intergovernamental tende a ser competitiva ou não cooperativa. Isto porque o cidadão não está muito preocupado com essa repartição de competências determinada pelo Ministério da Saúde. Como o constituinte estabeleceu que a competência para a formulação e execução de políticas públicas de saúde é comum, para o indivíduo, pouco importa qual ente da federação tem competência para fornecer o medicamento. Ele quer é que o medicamento lhe seja fornecido, custe o que custar.

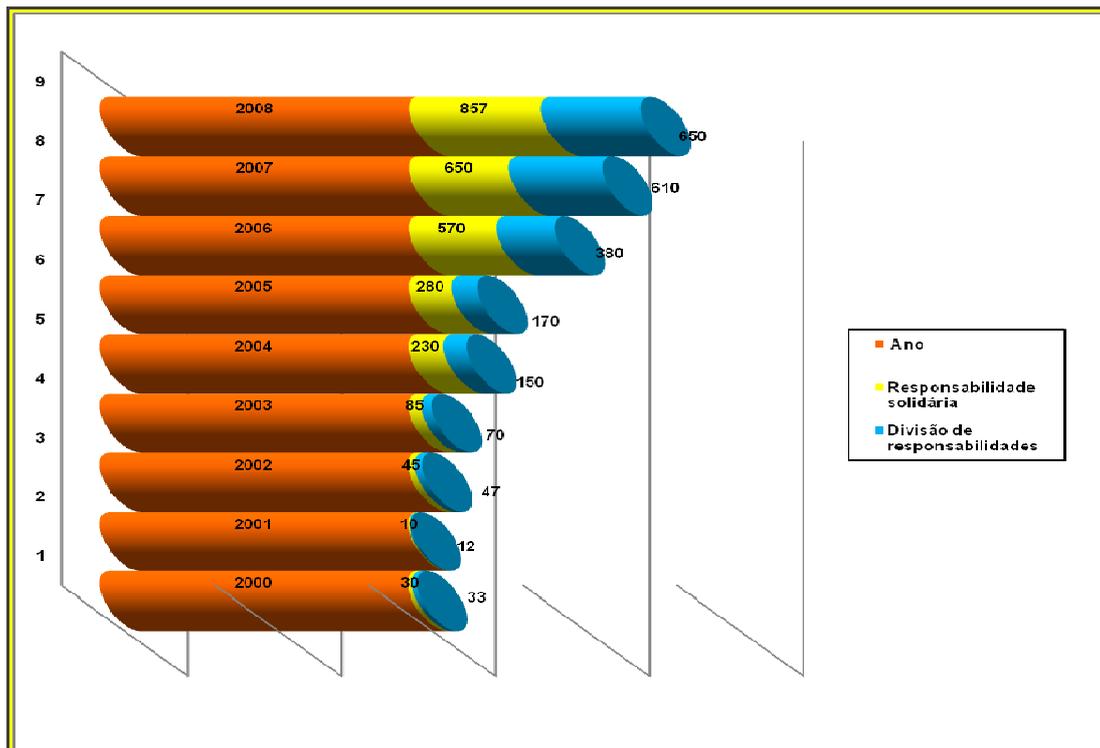
Interpretação, inclusive, referendada pelos Tribunais. Ao longo dos últimos anos tem preponderado a tese da responsabilidade comum, ou seja, de que a União, os Estados-Membros e os Municípios são solidariamente responsáveis pela assistência à saúde, especialmente pela assistência farmacêutica, objeto da maior parte das ações.

Em Minas Gerais, por exemplo, o número de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça favoráveis à responsabilidade solidária tem sido muito maior do que as decisões que defendem a divisão de responsabilidade. Conforme se infere do gráfico abaixo, em 2004, foram proferidas um pouco mais de duzentos acórdãos favoráveis à tese da responsabilidade solidária. Já em 2008, o número de votos a favor praticamente quadruplicou, chegando a aproximadamente novecentos votos. Com as constantes intervenções do Poder Judiciário nas políticas públicas, a tese da divisão de responsabilidade também cresceu, mas jamais conseguiu superar a da responsabilidade solidária.

estudos comparativos de custo-efetividade. São os medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

⁴⁹ Segundo Abrucio (1998), a cooperação intergovernamental pode ser classificada, basicamente, em duas categorias: vertical e horizontal. A cooperação horizontal envolve entes federados de um mesmo nível (estados com estados, municípios com municípios), enquanto a cooperação vertical une entes de níveis diferentes (municípios com Estado e/ou com União, Estados com União).

Gráfico 3 - Acórdãos do TJGM que defendem a tese da responsabilidade solidária e da divisão de responsabilidades - 2000-2008



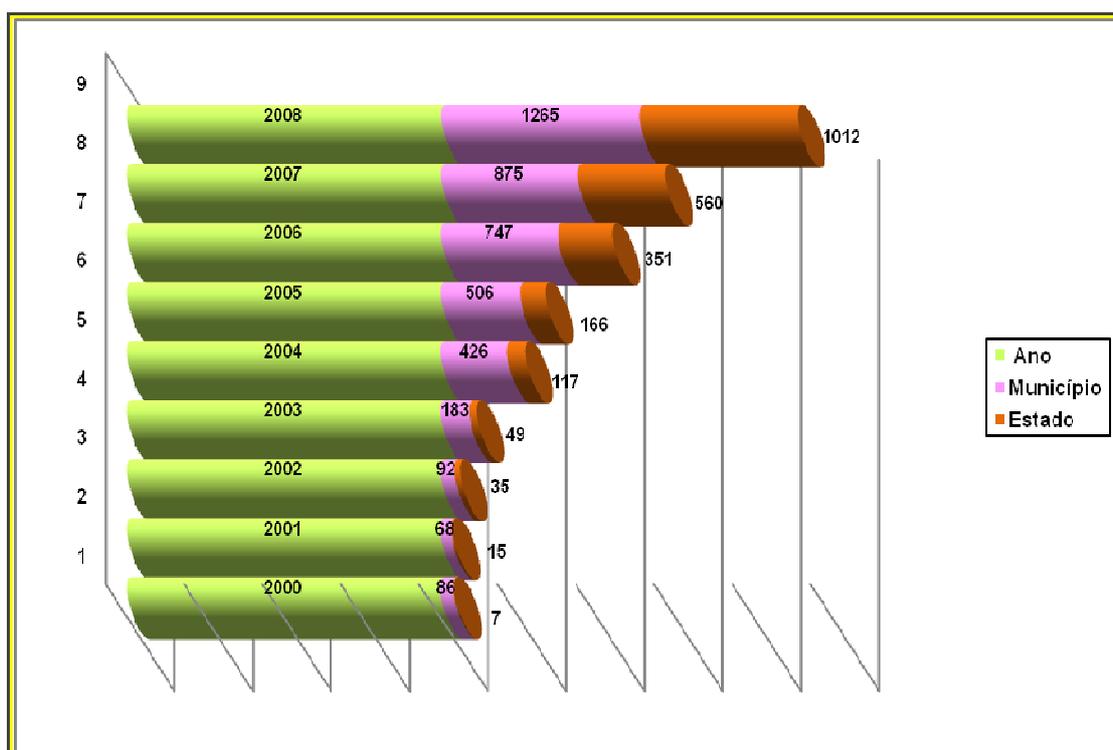
Fonte: Adaptado de FERNANDES NETO, 2010

Diante desse quadro, quem acaba sofrendo com tais decisões são os Municípios, pois dentre todos os entes federados são os que menos recursos financeiros⁵⁰ possuem e os que mais próximos dos cidadãos se encontram. Logo, quando o indivíduo se sente ameaçado em um direito básico, a primeira pessoa a quem ele recorre, seja em juízo ou administrativamente, é ao Município. E, assim, rotineiramente, as Administrações Públicas Municipais vêm assumindo encargos que, na maioria das vezes, não lhes são devidos, gerando um desequilíbrio no sistema federativo, na medida em que impõe, injustificadamente ao Município, encargo demasiado grande.

⁵⁰ Para Abrucio (1998), o panorama federativo brasileiro, no âmbito municipal, é marcado pelos “distritos eleitorais informais”, pela falta – estrutural – de recursos fiscais da maioria das administrações locais, assim como pela baixa capacidade institucional dessas.

De acordo com o Procurador de Justiça de Minas Gerais, Antônio Joaquim Fernandes Neto (2010), em pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, percebeu-se que, historicamente, os Municípios são os entes da federação mais demandados em ações envolvendo o direito à saúde. Enquanto no ano de 2001 havia apenas oitenta e seis autos de processo elegendo o Município como réu, em 2008 já existiam mil duzentos e sessenta e cinco. As demandas contra o Estado de Minas Gerais também cresceram de forma ascendente, ao longo dos anos, mas sempre em proporção menor que a dos Municípios, demonstrando que mesmo sendo comum a competência para o fornecimento dos medicamentos, o Estado não é tão lembrado pelo cidadão como corresponsável. Vejamos:

Gráfico 4- Número de ações ajuizadas contra os Municípios e contra o Estado de Minas Gerais - TJMG - 2000 a 2008



Fonte: Adaptado de FERNANDES NETO, 2010

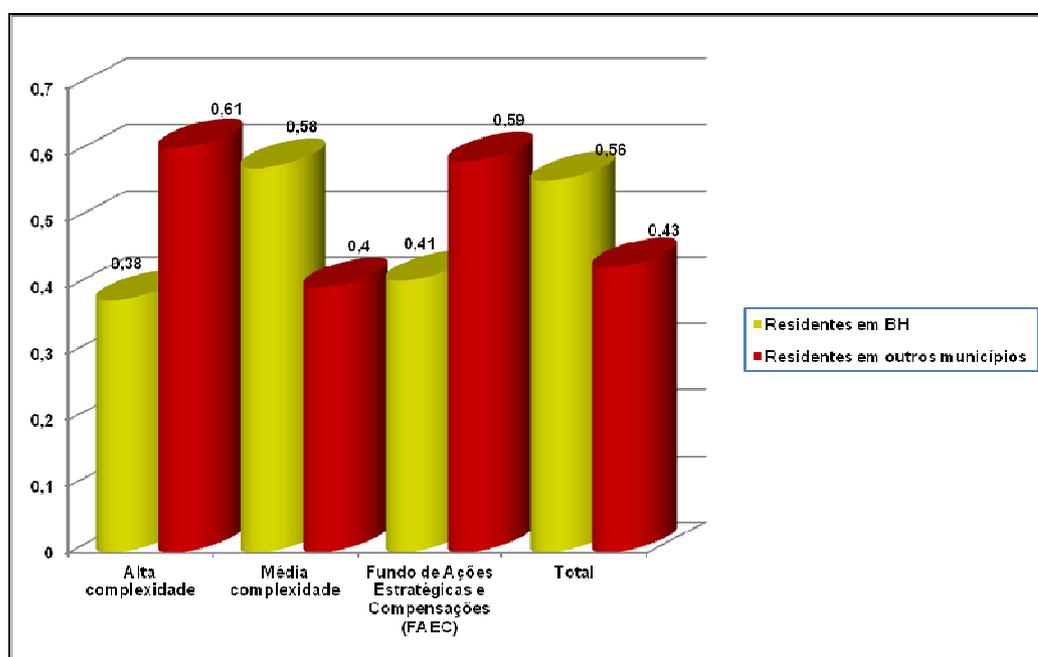
Alguns Municípios, como, por exemplo, Belo Horizonte, por serem polos assistenciais na região metropolitana em que estão inseridos, ainda sofrem com o parasitismo de Municípios mais pobres que, sem qualquer contrapartida, despejam

os usuários do SUS de suas circunscrições para receberem tratamento nestes locais.

A título de ilustração vale mencionar que o Município de Belo Horizonte tem um gasto significativo no atendimento de pessoas providas de outros Municípios, principalmente, em políticas que envolvam a internação hospitalar e a consulta médica.

De acordo com o Gráfico abaixo, o número de internações na rede SUS/BH, entre 2006 e 2007, privilegiou os munícipes residentes em Belo Horizonte. Porém, quando se analisa as internações pelo nível de complexidade, verifica-se que os serviços considerados mais caros (alta complexidade e ações estratégicas) atenderam um maior número de pessoas provenientes de outros Municípios. Observemos:

Gráfico 5 - Comparativo das internações, por local de residência, no SUS/BH, anos 2006-2007



Fonte: Adaptado de BELO HORIZONTE, 2008

Em relação às consultas médicas, percebe-se pela tabela abaixo, que 18,15% dos agendamentos, ocorridos em 2006, visavam atender os usuários da Região Metropolitana de Belo Horizonte e de cidades do interior de Minas Gerais. Ainda que a maioria das consultas seja destinada aos belo-horizontinos, não se pode

desprezar referido percentual que, inclusive, pode ser ainda maior, já que na hora de apurar os dados, muitos usuários do interior do Estado de Minas Gerais mencionam endereços de amigos e parentes na capital, sem, de fato, aqui, residirem.

Tabela 1 - Consultas marcadas pela Central de Marcação de Consultas (CMC), ano 2006

Agendamento de consultas especializadas	Quantidade de consultas	%
Consultas agendadas para os Distritos Sanitários (BH)	688.243	81,85
Consultas agendadas para a RMBH	67.571	8,07
Consultas agendadas para as demais cidades do interior de MG	84.817	10,08
TOTAL	840.631	100,00

Fonte: Adaptado de BELO HORIZONTE, 2008

Por sua vez, os Estados-Membros não passam incólumes ao caráter não cooperativo ou competitivo da Política Nacional de Medicamentos. Afinal, a lista de medicamentos excepcionais é definida pela União, demonstrando que ela insiste em manter uma certa centralidade normativa. De outro lado, os Estados estabelecem uma relação de subordinação com o poder central na medida em que se tornam dependentes de recursos para compensar o saldo negativo no custeio dos medicamentos excepcionais, principalmente, naquelas regiões onde há fortes desigualdades e um elevado grau de interdependência entre os diversos níveis federados (devido a descentralização recente).

Conforme ensina Wilba Bernardes (2010), “o modelo adotado em nosso Estado em 1988 [...] revela-se confuso e com vários Estados-Membros e Municípios passando por dificuldades financeiras, é mais uma vez imputado como injusto, fazendo prevalecer o poder de bolsa da União.” (BERNARDES, 2010, p. 250).

De fato, a União deve patrocinar o desenvolvimento das regiões e entidades federativas mais pobres, visando ao melhor equilíbrio nas nossas condições de vida, mas esse patrocínio não quer dizer sustentá-las, talvez, ao custo elevado de se perder, inclusive, a própria autonomia federativa.

Diante desse quadro, a tensão entre competição e cooperação, que deveria ser a tônica do federalismo no paradigma do Estado Democrático de Direito, cede espaço para a prevalência de apenas um dos seus conteúdos: a competição.

Sobrecarregados com o excesso de demandas e sem o correspondente repasse de recursos, os entes federados iniciam uma verdadeira guerra entre si. Os Municípios dizem que a responsabilidade pelo fornecimento do remédio é do Estado e da União, e estes, por sua vez, culpam os Municípios.

Nesse sentido, a Política Nacional de Medicamentos assume um caráter simbólico, pois ao invés de servir de instrumento para a cooperação, ela se transforma em uma simples cartilha que rege o “jogo de empurra-empurra” entre as unidades federativas. Jogo que, por sinal, não se traduz em nenhuma vitória para os seus participantes. Pelo contrário, nessa “brincadeira”, o único prejudicado é o cidadão que se vê impossibilitado de ter o seu direito à saúde resguardado.

3.2.2 Políticas públicas de saúde como políticas de Estado ou de governo?

A ambivalência da força simbólica pode ser percebida também através da diferenciação entre a política de Estado e a política de governo. Essa diferenciação deve levar em conta três fatores principais:

- a. os objetivos da política pública;
- b. a forma de elaboração, planejamento e execução da política pública;
- c. a forma de financiamento da política pública.

A conjugação desses fatores é que dará a clareza necessária para se diferenciar uma política de Estado de uma política de governo. Passemos, então à análise de cada um deles.

Em relação aos objetivos, uma política pública será de Estado quando tiver por finalidade a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública. Dentro desse quadro, pode-se afirmar, ainda, que uma política é de Estado quando voltada a estruturar o Estado, para que este tenha as condições mínimas para a execução de políticas de promoção e proteção dos direitos (notadamente os de cunho social).

De outro lado, quando os objetivos das políticas públicas forem o de promover ações pontuais de proteção e promoção aos direitos fundamentais consagrados em nosso texto constitucional, pode-se falar em política de governo. Em outras palavras, significa dizer que os objetivos das políticas de governo são o de aumentar a eficácia e a efetividade das ações de promoção e proteção dos direitos fundamentais, através da estrutura estatal já existente e utilizando-se dos mecanismos democráticos já estabelecidos.

Outro fator que auxilia na diferenciação entre política de Estado e de governo é o de quem pode promover a sua elaboração, planejamento e execução. Em geral, as políticas de Estado destinam-se às funções essenciais do Estado, que não podem ser delegadas a terceiros, a não ser de forma subsidiária e subordinada, por serem razão de existência do próprio Estado, nem podem sofrer quebra de continuidade, por serem políticas que dão a estrutura básica do Estado e cuja quebra de continuidade pode colocar em risco a própria existência do mesmo.

Já as políticas de governo destinam-se à consecução dos objetivos constitucionais mais diversos, podendo variar de governo para governo, desde que dentro dos limites estabelecidos pelo sistema jurídico e sempre voltadas à consecução dos objetivos constitucionais. Essas políticas de governo poderão ter sua execução delegada ou terceirizada, até mesmo integralmente. As políticas de governo podem, inclusive, ser interrompidas e substituídas por outro tipo de política voltada à consecução do mesmo objetivo da anterior, o que não é admitido para as políticas de Estado.

Um último fator que pode auxiliar na diferenciação entre as políticas de Estado e de governo é a forma como se dá seu funcionamento. As políticas de Estado sempre serão financiadas com recursos públicos, oriundos dos tributos arrecadados pelo Estado.

As políticas de governo também são majoritariamente financiadas com recursos públicos, mas admitem o cofinanciamento privado, através de regras e controles fixados pelo Poder Público.

A par das distinções estabelecidas, pode-se concluir que, teoricamente, as políticas de estruturação do Sistema Único de Saúde no Brasil seriam políticas eminentemente de Estado, que deveriam ser desenvolvidas dentro de uma estrutura nacional capaz de atender a determinação constitucional de garantia do direito à

saúde, inclusive, com a criação de condições necessárias para que a iniciativa privada pudesse participar do SUS (art. 199, da CR/88).

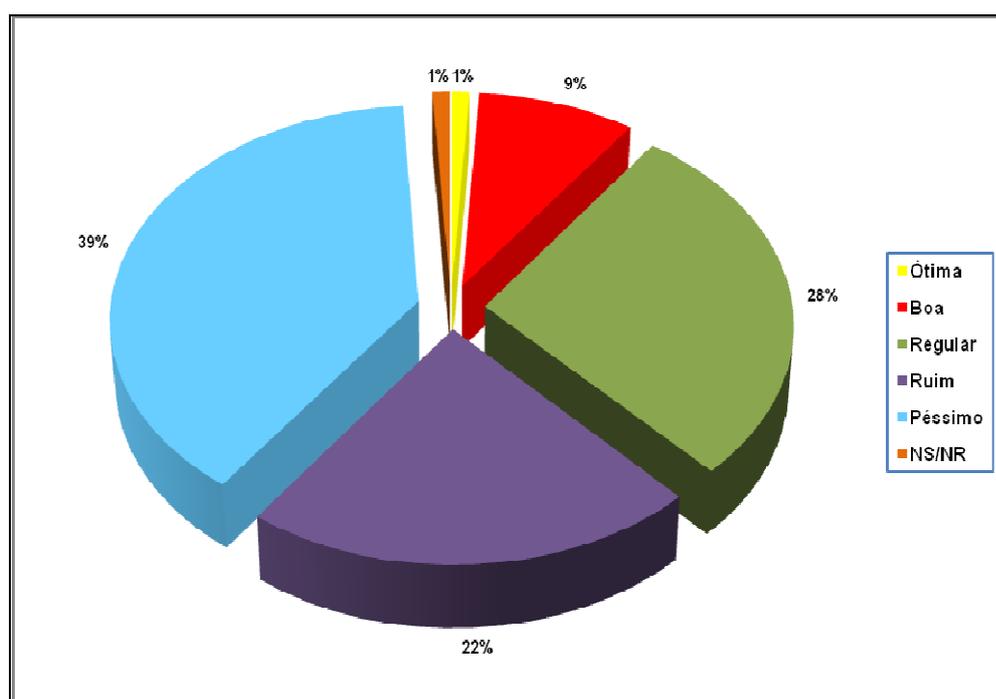
Nesse sentido, seria dever do Estado, nos termos da Constituição, organizar uma rede de serviços públicos de saúde, ou de serviços ligados aos fatores condicionantes e determinantes da proteção à saúde, capaz de oferecer para a população o acesso integral, universal e gratuito à esse direito.

Isto é, o Estado deveria promover políticas voltadas a construir no país uma rede de hospitais públicos capazes de dar atendimento integral à população, deveria organizar uma rede de saneamento público e de distribuição de água potável capaz de atender a todos evitando assim as contaminações de doenças pela água; deveria constituir um quadro de profissionais de saúde das mais diversas áreas voltados à vigilância sanitária e epidemiológica, enfim, deveria agir de forma planejada e eficaz para se dotar da estrutura necessária à garantia da saúde pública em todo território nacional.

Entretanto, basta abrir os jornais de grande circulação⁵¹ para verificarmos que os serviços públicos de saúde, em sua maioria, são precários, sendo incapazes de atender as urgências e necessidades da população. Inclusive, em recente pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em parceria com o Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), restou comprovado que a maioria da população brasileira avalia negativamente os serviços de saúde no Brasil. Para 61% dos entrevistados, a qualidade do sistema público de saúde do País é “péssima” ou “ruim”. Apenas 10% consideram a qualidade “ótima” ou “boa”. Vejamos o gráfico:

⁵¹ Exemplos de notícias extraídas de diversos periódicos eletrônicos: Idosa morre em Salvador à espera de leito na UTI (Salvador/BA, 03/08/2011), Remédio atrasa e criança morre (Campinas/SP, 06/07/2011), Bebê morre a espera de vaga em UTI Neonatal em Pirajuí (Pirajuí/SP, 18/07/2011), Aparelho quebrado faz 108 pacientes esperarem por tratamento de câncer (Brasília/DF, 19/08/2011), Mulher morre após esperar ambulância por quase uma hora em Ribeirão preto (Ribeirão Preto/SP, 25/01/2011), Grávida não é aceita em hospital por falta de leitos e gêmeos morrem (Belém/PA, 24/08/2011), Espera por operação bariátrica demora 27 anos: salgadeira de Ipatinga luta para conseguir cirurgia; agora, Justiça é sua única esperança (Ipatinga/MG, 27/03/2011).

Gráfico 6 - Qualidade do sistema público de saúde no Brasil



Fonte: Adaptado de CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2012

Se, de fato, houvesse uma política de Estado na área de saúde, o gráfico acima seria construído de forma diferente. Evidentemente não é possível agradar a gregos e troianos, mas, com certeza, não haveria um alto índice de rejeição ao SUS.

Na verdade, nestes vinte e três anos de promulgação da Constituição, o que mais se viu, foi o investimento do Estado brasileiro em políticas de governo. Utilizando-se da insuficiente rede de funcionários e dos equipamentos sucateados já existentes, o Estado passou a promover ações pontuais de proteção e promoção do direito à saúde com a intenção de ludibriar os cidadãos. Afinal, políticas de governo produzem resultados imediatos e, quando bem executadas, repercutem positivamente na sociedade, a ponto de gerar votos em épocas de campanha eleitoral.

A título de ilustração, cumpre retornarmos à pesquisa anteriormente mencionada. As mesmas pessoas que avaliaram negativamente a qualidade do SUS, quando convocadas para se manifestarem sobre os programas de saúde desenvolvidos pelo governo federal, não só demonstraram conhecer as ações estratégicas do Ministério da Saúde, como também se posicionaram favoravelmente a elas, avaliando-as com notas relativamente altas. Vejamos:

Tabela 2 - Avaliação dos programas governamentais

Programas governamentais	Nota média (0-10)	Não quis ou não soube responder (%)
Campanhas de Vacinação	8,8	1
Combate à Dengue	7,9	1
Farmácia Popular	7,4	5
SAMU 192	7,2	8
Programa Estratégia Saúde da Família (antigo Programa Saúde da Família)	7,0	10
UPA 24h	6,6	16

Fonte: Adaptado da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2012

Na verdade, as políticas de governo na área da saúde funcionam como álibis já que visam “[...] fortificar a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou de um modo geral, no Estado.” (NEVES, 2007, p. 36).

Uma política como álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde ativamente aos problemas reais da sociedade ou que, ao menos, convença o público das boas intenções de seus governantes.

Como se tem observado, esse tipo de política não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos.

Ademais, a formulação constante de políticas setoriais gera uma crença instrumentalista nos efeitos destas políticas, como se elas fossem suficientes para solucionar todos os problemas relacionados à saúde.

Entretanto, é evidente que as políticas de governo não têm o condão de modificar a realidade de forma direta. É claro que elas podem contribuir para a solução de problemas pontuais, mas de nada adiantará se o Estado não investir, a

longo prazo, na própria organização estrutural dos serviços públicos de saúde, ou seja, se não investir em políticas de Estado.

Dessa forma, pode-se afirmar que as políticas de governo constituem uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas. No caso brasileiro, como vimos a pouco, as políticas do governo federal parecem ter conquistado a lealdade das massas.

Porém, é importante salientar que uma política como álibi nem sempre obtém êxito em sua função simbólica. “Quanto mais ela for empregada, tanto mais frequentemente fracassará” (NEVES, 2007, p. 40). Isso porque o emprego abusivo de políticas de governo leva à “descrença” no próprio sistema político, tornando-se abertamente reconhecível que as políticas de governo não contribuem para a concretização do direito à saúde. Inclusive, a crescente provocação do Poder Judiciário pela sociedade, visando concretizar direitos sistematizados em políticas públicas, já nos dá um indício de que essa descrença só vem aumentando. Se, hoje, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde já nos assusta, no futuro, caso não ocorram mudanças do ponto de vista institucional, ela nos deixará apavorados.

3.2.3 O planejamento (integrado?) das políticas públicas de saúde

No século XIX, o Estado Liberal tinha como um dos seus principais fundamentos, a separação entre Estado e sociedade, sendo seu objetivo máximo a limitação ao poder estatal. Com o advento do Estado Social, as Constituições do século XX incorporaram em seus textos os conflitos existentes entre as forças sociais, buscando abranger toda uma nova série de direitos e matérias. (DI PIETRO, 2004).

Nesse sentido, governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas também, e, sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.

Segundo Gilberto Bercovici (2005):

Tornou-se corrente afirmar que, com o Estado Social, o *government by policies* vai além do mero *government by law* do liberalismo. A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado, com a consequente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas,

acaba por se revelar muitas vezes incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal. (BERCOVICI, 2005, p. 58).

Em outras palavras, significa dizer que o manto da igualdade formal e da legitimidade burguesa trazidos com o Estado Liberal não foram suficientes para inibir a miséria, a exclusão social e a opressão do mais fraco pelo mais forte, fenômenos típicos de um mundo pós-industrial e capitalista.

Conseqüentemente, o paradigma do Estado Social levou a um redimensionamento das funções do próprio Estado, que passou a assumir uma nova série de tarefas e encargos, dentre os quais o de cuidar da saúde e da educação da população carente, disciplinar mercados, proteger os trabalhadores dos seus patrões e proporcionar assistência aos idosos e desamparados.

Contudo, a escassez de recursos e a explosão de demandas reprimidas obrigaram os Poderes Públicos a adotarem uma postura coordenada e racionalizada de sua atuação. Nesse sentido, planejar passou a ser a palavra de ordem. Isto é, a intervenção do Estado em determinados setores não deveria ser casuística ou esporádica. Para promover o desenvolvimento econômico e social desejado, era preciso que o Estado criasse um conjunto de medidas técnicas e coordenadas através do planejamento.

De acordo com Celson Ferrari (1991):

Em um sentido amplo, planejamento é um *método* de aplicação, *contínuo e permanente*, destinado a resolver, *racionalmente*, os problemas que afetam uma sociedade situada em determinado espaço, em determinada época, através de *previsão ordenada* capaz de *antecipar suas ulteriores conseqüências*. (FERRARI, 1991, p. 3).

Muito embora tenha um conteúdo técnico, cabe acrescentar a esta definição que o planejamento é também um processo político, sendo o plano resultante da decisão de planejar, verdadeira expressão política da vontade geral do Estado.

Seguindo esta concepção política do planejamento, Celso Lafer (2002) identifica três fases no processo de elaboração de um plano: a decisão de planejar (decisão política); a implementação do plano (também fenômeno essencialmente político, relacionado à Administração Pública) e o plano em si (única fase que pode ser analisada sob enfoque técnico, com o exame econômico do documento escrito).

Portanto, o plano não configura mera peça técnica, mas é um documento comprometido com os objetivos políticos e ideológicos expressos na Constituição de 1988.

Segundo Nelson Mello e Souza (1984), um dos grandes problemas da Administração Pública Brasileira é que ela confunde o planejamento com o plano. Surgem planos, mas não há planejamento. Um plano sem planejamento é uma formulação racional de ideias, mas sem nenhuma efetividade prática.

Da mesma forma, não se deve confundir plano com orçamento⁵². É claro que a realização do plano depende de sua previsão orçamentária (ainda que parcial), mas o plano em si não pode ser reduzido a mero orçamento. Se a Administração Pública age de tal forma, ela retira do plano a sua principal característica: fixar diretrizes para atuação do Estado. Na verdade, “a redução do plano ao orçamento é apenas uma forma de coordenar mais racionalmente os gastos públicos, não um verdadeiro planejamento, voltado ao desenvolvimento, ou seja, à transformação das estruturas socioeconômicas.” (BERCOVICI, 2006, p. 157).

Além disso, as divisões internas da Administração Pública constituem um sério entrave ao planejamento. Cada órgão administrativo é representante de interesses políticos distintos, com forças relativas diferenciadas a cada momento, o que leva a uma tendência de cada plano ser elaborado por um órgão diferente da Administração Pública.

Ora, os direitos sistematizados, por exemplo, em políticas públicas estão integrados. Uma política de habitação pode contribuir significativamente com uma política de meio ambiente. Por sua vez, uma política de meio ambiente pode repercutir positivamente em uma política de saúde.

Nesse sentido, as secretarias e demais órgãos da Administração Pública não deveriam brigar entre si por recursos, mas estabelecerem uma relação de coordenação entre elas, de modo que a Administração Pública possa se adaptar e executar o planejamento de forma integrada.

⁵² De acordo com o art. 165 da Constituição de 1988, são três as leis orçamentárias que devem estar interligadas e compatibilizadas com o planejamento: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. O plano Plurianual ou Lei do Plano deverá ser elaborado no primeiro ano de mandato do Chefe do Executivo, com vigência durante os três anos seguintes do exercício do poder político e mais um ano do mandato posterior, de seu sucessor ou de sua reeleição (art. 35, § 2º, I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da CR/88). Já a Lei de Diretrizes Orçamentárias ou plano anual de curto prazo que define prioridades para o exercício seguinte, devendo ser orientadora e guia da elaboração do orçamento, deve ser elaborada em um ano para vigorar no ano seguinte, como na Lei do Orçamento. (CLARK, 2001).

Em um cenário de escassez de recursos, o planejamento integrado é a melhor saída para que o administrador público possa efetivar um maior número de direitos.

A Constituição de 1988 determina a obrigação da função de planejamento para o Estado em seu art. 174, *caput*.

Art. 174 - Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, 1988).

O Estado, portanto, não pode se limitar a fiscalizar e incentivar os agentes econômicos privados. Deve também planejar.

Evidentemente o constituinte, sabendo de antemão que a estrutura administrativa no Estado brasileiro não é nem um pouco unificada e coesa, não estabeleceu de forma expressa a integração como pré-requisito ao planejamento. No entanto, ele introduziu mecanismos na própria Constituição que estimulam a atividade de planejar de maneira integrada.

É o caso do princípio da proibição de estorno, previsto no art. 167, VI⁵³, do texto constitucional em que se veda a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma dotação orçamentária para outra, sem que para tanto haja uma prévia autorização do Poder Legislativo.

Ora, uma Administração Pública que se proponha agir de maneira eficiente e integrada, dificilmente requisitará uma autorização ao Poder Legislativo, pois o seu orçamento já é elaborado, desde a origem, para que todas as categorias de programação ou todos órgãos de sua estrutura ajam conjuntamente.

Nesse sentido, podemos citar, inclusive, o Município de Belo Horizonte como exemplo, cuja Administração Pública tem como orientação estratégica a elaboração de programas que contemplem ações integradas entre as políticas urbanas, sociais, culturais e econômicas, permitindo a otimização dos processos de gestão pública em relação à oferta de bens e serviços.

No caso específico da saúde, o Plano Municipal de Saúde de Belo Horizonte (PMS-BH) para o quadriênio 2010-2013 elege a integração como um dos dez pontos

⁵³ Art. 167. São vedados: [...] VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; (BRASIL, 1988).

fundamentais e prioritários que deverão compor o pacto de realização nessa área. Segundo ele, é preciso:

Trabalhar a questão de saúde de forma integrada com os setores envolvidos, incluindo a área social: assistência social, esportes, bolsa família, cultura, direitos de cidadania, segurança pública, entre outras (comunidade, educação, gestão urbana e fiscalizações), visando a prevenção de doenças e diminuição das situações de riscos de formas coresponsáveis, garantindo a efetivação da intersectorialidade no território, implementando em parceria com outras políticas públicas, atividades de lazer e eventos culturais e esportivos. (BELO HORIZONTE, 2010).

Se um município do porte de Belo Horizonte⁵⁴, mesmo se empenhando para desenvolver um planejamento integrado, já sofre com as constantes intervenções do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, que dirá de municípios menores cujos administradores sequer sabem o que é um planejamento integrado.

Com efeito, planejar de forma integrada as políticas públicas é medida que se impõe. De certo, o planejamento integrado não vai, por si só, resolver o problema da baixa concretização normativa do direito à saúde, mas ele pode servir de impulso para a mudança.

Sem contar que o planejamento integrado é muito mais democrático que a intervenção judicial. De certa forma, ambos buscam garantir os direitos sistematizados em políticas públicas. Porém, enquanto a judicialização atua preferencialmente, em uma perspectiva individual e pontual, o planejamento integrado leva em consideração os interesses dos outros órgãos governamentais e da própria sociedade⁵⁵.

A participação popular também tem um peso nesse processo. Ninguém melhor do que o próprio cidadão, seja individualmente (como numa votação do Orçamento Participativo Digital) ou através de associações (como Associações de Bairro ou os Conselhos Municipais), para indicar as prioridades em cada área social, direcionando os investimentos que devem ser realizados. Essa é a melhor forma de efetivação dos direitos sociais. Posição, por sinal, defendida por Clémerson Merlin Clève (2006) ao afirmar a necessidade da participação social nos processos de

⁵⁴ Belo Horizonte possui, atualmente, um contingente populacional de, aproximadamente, 2,4 milhões de habitantes, o que representa 48,3% da Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH) – estimada em 5.110.593 habitantes em 2009 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

⁵⁵ De acordo com o art. 36 da Lei nº 8.080/90, o planejamento do SUS será ascendente, do nível local até o federal e deverá contar com a prévia oitiva dos órgãos deliberativos (os Conselhos e as Conferências de Saúde).

elaboração e controle da execução orçamentária. Segundo ele, “incumbirá à sociedade civil consciente da singularidade dos direitos de satisfação progressiva, escolher a velocidade dos gastos sociais e proceder às escolhas viáveis dentro de um quadro de escassez de recursos.” (CLÈVE, 2006, p. 37).

Portanto, é preciso imprimir ao DNA da Administração Pública que o planejamento integrado é uma ferramenta essencial para a promoção do desenvolvimento nacional. Evidentemente não se trata de tarefa fácil. Afinal,

A Administração Pública brasileira está bem longe das exigências do desenvolvimento. Sua organização é tradicional, com modificações geralmente realizadas de maneira improvisada, mas sem uma transformação fundamental para que o Estado possa promover o desenvolvimento. (BERCOVICI, 2005, p. 77).

De toda forma, mudanças não são impossíveis. O controle externo das finanças públicas, por meio dos Tribunais de Contas, pode ser um importante aliado na instituição do planejamento integrado. Ao julgar as contas dos administradores responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, os Tribunais de Contas deveriam não só punir quem não planeja como também premiar aqueles que planejam de forma integrada. Não será a solução, mas já será o primeiro passo para uma reforma na estrutura administrativa.

3.2.4 Os conselhos de saúde: instrumentos de participação popular ou de apatia social?

Desde a criação, no século XIX, do pensamento clássico de Montesquieu, pautado no princípio da separação dos poderes, o Poder Executivo sempre foi visto por nós, do mundo jurídico, como aquele poder constituído capaz de exercer preponderantemente a função administrativa, isto é, a função de aplicar a lei de ofício.

Não que essa visão esteja incorreta, mas se considerarmos que um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é exatamente a materialização e efetivação dos direitos fundamentais dentro da sociedade, então, nós poderíamos afirmar que esta percepção tradicional do Poder Executivo estaria incompleta.

Com efeito, o Estado sempre se vê na real dependência de meios para cumprir as obrigações que lhe são impostas pela ordem constitucional. Não

podemos negar que os direitos fundamentais por certo implicam em gastos financeiros que assumirão especial relevância em sua efetivação.

Nesse sentido, para além da aplicação da lei, o Poder Executivo possui, também, uma função política, consistente em planejar de que maneira e em que melhor medida os recursos públicos devem ser empregados.

Infelizmente, os manuais de direito administrativo ainda continuam presos à visão setecentista de Montesquieu, ou seja, tratam a função administrativa desassociada da função política.

Hely Lopes Meirelles (2002), por exemplo, afirma que Governo e Administração, apesar de andarem juntos, são conceitos diversos nos vários aspectos em que se apresentam. Segundo ele,

[...] *governo* é atividade política discricionária; *administração* é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. *Governo* é conduta independente; *administração* é conduta hierarquizada. O *Governo* comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a *Administração* executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. (MEIRELLES, 2002, p. 64).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), da mesma forma, separa a função política ou de governo da função administrativa ou executiva. Para ele, os atos políticos não se afeiçoam à função executiva, nem de um ponto de vista material, nem de um ponto de vista formal.

Dela diferem sob o ponto de vista material, porque é fácil perceber-se que a função administrativa, ao contrário da dos atos citados, volta-se, conforme a caracterização que lhe deram os adeptos desse critério, para a gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo rotineira dos assuntos da Sociedade, os quais, bem por isto, se acomodam muito confortavelmente dentro de um quadro legal pré-existente. In casu, diversamente, estão em pauta atos de superior gestão estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas. Diferem igualmente da função administrativa sob o ponto de vista formal, que é o que interessa, por não estarem em pauta comportamentos infra-legais ou infraconstitucionais expedidos na intimidade de uma relação hierárquica, suscetíveis de revisão quanto à legitimidade. (MELLO, 2008, p. 36-37).

Doutrinadores mais modernos, quando fazem menção ao assunto, seguem a mesma linha de raciocínio dos clássicos. José dos Santos Carvalho Filho (2007), por exemplo, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, apenas se limita a dizer que a função administrativa é diferente da política, porque esta não tem subordinação

jurídica direta, ao contrário daquela, que sempre se sujeita a regras jurídicas superiores.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004), por sua vez, reconhece que “não há uma separação precisa entre os dois tipos de função” (DI PIETRO, 2004, p. 56), mas entende que o Governo e a função política não seriam objeto de estudo do direito administrativo, ramo do direito público que se dedicaria à análise da Administração Pública em sentido estrito, compreendida, sob o aspecto subjetivo, apenas pelos órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas pela função administrativa.

Não concordamos com seu posicionamento. Nos dias atuais,

[...] a Administração Pública vem passando por profunda modificação tanto no que tange à sua estrutura organizacional e funcional como também no que pertine aos meios utilizados para a prestação de serviços e ao atendimento aos interesses da sociedade em geral [...]. (FARIA, 2004, p. 32).

Diante dessa nova realidade, a atuação do Poder Executivo deixa de se concentrar em seu aspecto meramente técnico ou instrumental para dar voz ao fundamento político que embasa o exercício da função administrativa. Portanto, qualquer estudo das funções da Administração Pública que venha a ser desenvolvido, deve ser feito de forma dialógica, ou seja, deve tentar integrar a função política com a função administrativa, rompendo com o *apartheid*, até então, vigente entre elas.

Nesse sentido, são as palavras de Marinella Machado Araújo (2010):

A função executiva, que se desdobra na função política e na função administrativa, deve ser concebida de forma integrada. Um dos fundamentos da administração pública dialógica é a integração dessas duas funções: uma não vai abduzir a outra. É preciso pensar a função administrativa de forma articulada com a função política e vice-versa. Como formulador ou como governante, é preciso pensar naquele que vai aplicar aquela legislação. Esse movimento de integração coloca o governante na condição de administrador público e vice-versa criando condições para uma maior colaboração. (ARAÚJO, 2010, p. 149).

Dessa maneira, se o planejamento político tem certo peso na gestão do interesse público, então, ele não pode ser realizado, dentro de um contexto democrático, de forma unilateral pelo administrador público. Isto é, em uma sociedade complexa e descentralizada como a nossa, o Estado já perdeu, de muito, a sua posição central e os indivíduos, que antes eram meros destinatários das

decisões tomadas por seus representantes, passaram a se reconhecerem como autores das normas produzidas por estes representantes (BARACHO JÚNIOR, 2000).

É nesse sentido, inclusive, que Habermas defende uma ação comunicativa socialmente integradora, ou seja, uma forma de agir que permite uma integração social através da institucionalização de um processo político em que os cidadãos se reconheçam mutuamente como titulares de direitos fundamentais, garantidores de sua autonomia pública e privada. Atentemos às suas palavras:

A teoria do Direito fundada no discurso entende o Estado Democrático de Direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários a uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito (HABERMAS, 1997, p. 181).

E, para cumprir tal desiderato, a Constituição brasileira assegura a participação popular já no seu art. 1º, parágrafo único, ao instituir que todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Tal opção do constituinte deve ser compreendida no sentido de que o Estado Democrático de Direito se constitui de um espaço discursivo que almeja assegurar a legitimidade das decisões através das garantias atribuídas aos cidadãos de participação na esfera pública.

Garantias que, por sinal, são espalhadas ao longo de todo o texto constitucional através de diversos instrumentos, como o plebiscito, o referendo, os projetos de iniciativa popular, as audiências públicas e a gestão orçamentária participativa.

Como nos ensina Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

A Constituição brasileira pretendeu superar as desigualdades sociais e regionais através do progressivo aprofundamento da democracia participativa, social, econômica e cultural, no sentido de realizar um ideal de justiça social processual e consensualmente construído, só possível com o fortalecimento da esfera pública política, de uma opinião pública livre e de uma sociedade civil organizada e atuante (OLIVEIRA, 2002, p. 63).

No que concerne necessariamente às políticas públicas de saúde, objeto do nosso estudo, o tratamento constitucional não foi diferente, tendo o constituinte descentralizado a sua gestão e sancionado a participação da comunidade nos

processos de tomada de decisão conforme se infere do art. 198, I e II, da Constituição da República:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (BRASIL, 1988).

A vontade de participação no governo, na área da saúde, é tão forte na atual Constituição brasileira (1988), que se pode até falar em “democracia sanitária” (DALLARI, 2003).

Assim, três instituições caracterizam a democracia sanitária no Brasil: as conferências, os conselhos (art. 1º da Lei 8.142/90) (BRASIL, 1990a) e os fundos de saúde.

As conferências de saúde devem ser realizadas a cada quatro anos, nos três níveis da federação, com a participação paritária dos vários segmentos sociais (usuários, representantes do governo, dos prestadores de serviço e dos profissionais de saúde), com o objetivo de avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política sanitária nos níveis correspondentes, com a responsabilidade do Poder Executivo para convocá-la ou, extraordinariamente, pela própria conferência ou pelo Conselho de Saúde.

Os conselhos de saúde são órgãos colegiados que funcionam em caráter permanente e deliberativo, com a participação paritária de representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários. Seu objetivo é formular estratégias e controlar a execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, e suas decisões serão homologadas pelo Poder Executivo.

Os fundos de saúde devem ser geridos por um Conselho com a participação paritária dos usuários (50%) e de representantes do governo, dos prestadores de serviços e dos profissionais de saúde, sendo seu funcionamento supervisionado pelo respectivo conselho de saúde.

Desta forma, percebe-se que a legislação, tanto constitucional quanto ordinária, trouxe mecanismos adequados para o exercício da chamada “democracia sanitária”. E mais, todos eles foram implementados no Brasil. De acordo com Dallari

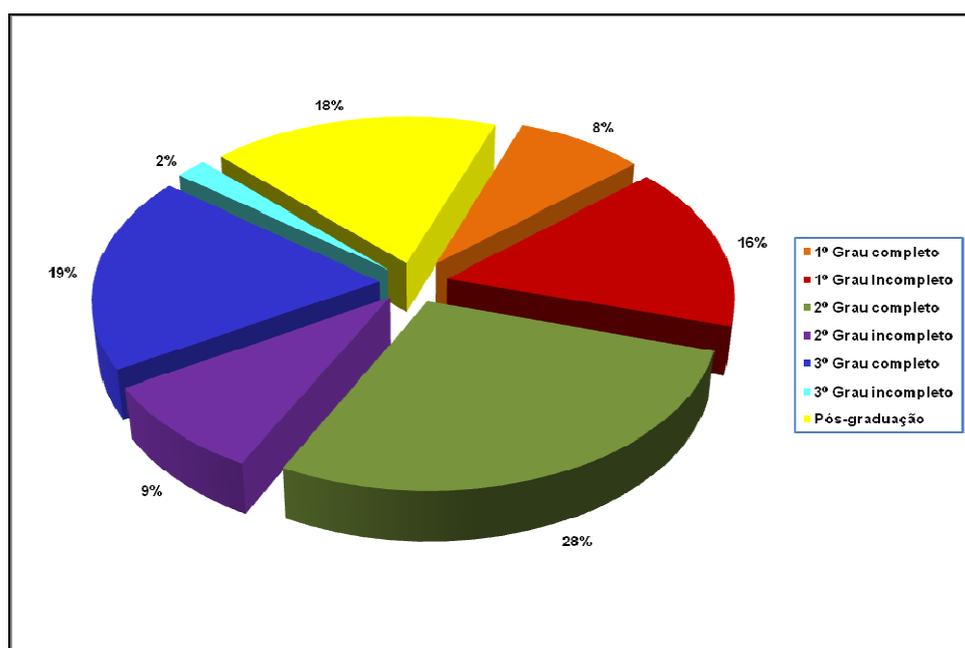
(2003), em 2001, nos mais de 5.000 municípios brasileiros, 99% tinham um conselho de saúde e o fundo de saúde, realizando periodicamente uma conferência de saúde. Entretanto, ela alerta para o fato de que essas instituições da democracia sanitária encontraram uma sociedade que “[...] não mais se interessa com igual força pelos movimentos de ampliação da cidadania e um Estado não habituado a ter suas ações controladas” (DALLARI, 2003, p. 370-371).

A autora parece ter razão. Em 2001, o Observatório de Políticas Urbanas da Região Metropolitana de Belo Horizonte (OPUR/RMBH), vinculado à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, divulgou os dados da pesquisa *Perfil dos Conselhos Municipais da Região Metropolitana de Belo Horizonte - 2000/2001*, em que se coletou dados por amostragem de cem conselhos setoriais de quinze municípios que compunham a região metropolitana àquela época.

Através das informações da pesquisa, foi possível perceber que os conselhos municipais não refletem a pluralidade dos diversos segmentos que compõem a sociedade civil, formando, praticamente, um perfil único de conselheiro.

A maioria dos participantes estão na faixa dos 30 aos 50 anos e com grau de escolaridade elevado (39% possuem o 3º grau e 28% concluíram o segundo grau).

Gráfico 7- Escolaridade dos conselheiros

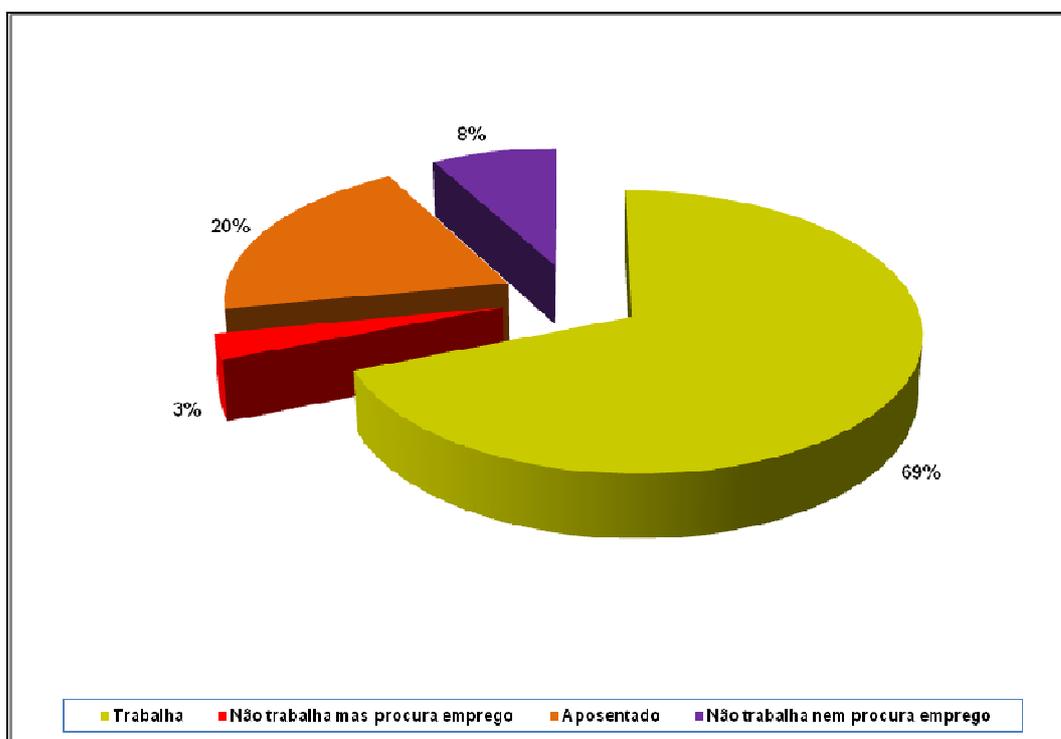


Fonte: Adaptado de PERFIL, 2001

Em sua maioria, os conselheiros são casados, católicos e se definem como brancos. Existe uma predominância do sexo feminino na representação dos conselheiros de setores populares, correspondendo a 54% de mulheres conselheiras. (ABRANCHES, 2003).

Na categoria ocupação e renda, 69% dos conselheiros estavam trabalhando no momento da pesquisa. No entanto, é relevante apontar um número significativo de conselheiros que se encontravam aposentados e, mesmo assim, se mostraram interessados em participar das decisões políticas da cidade.

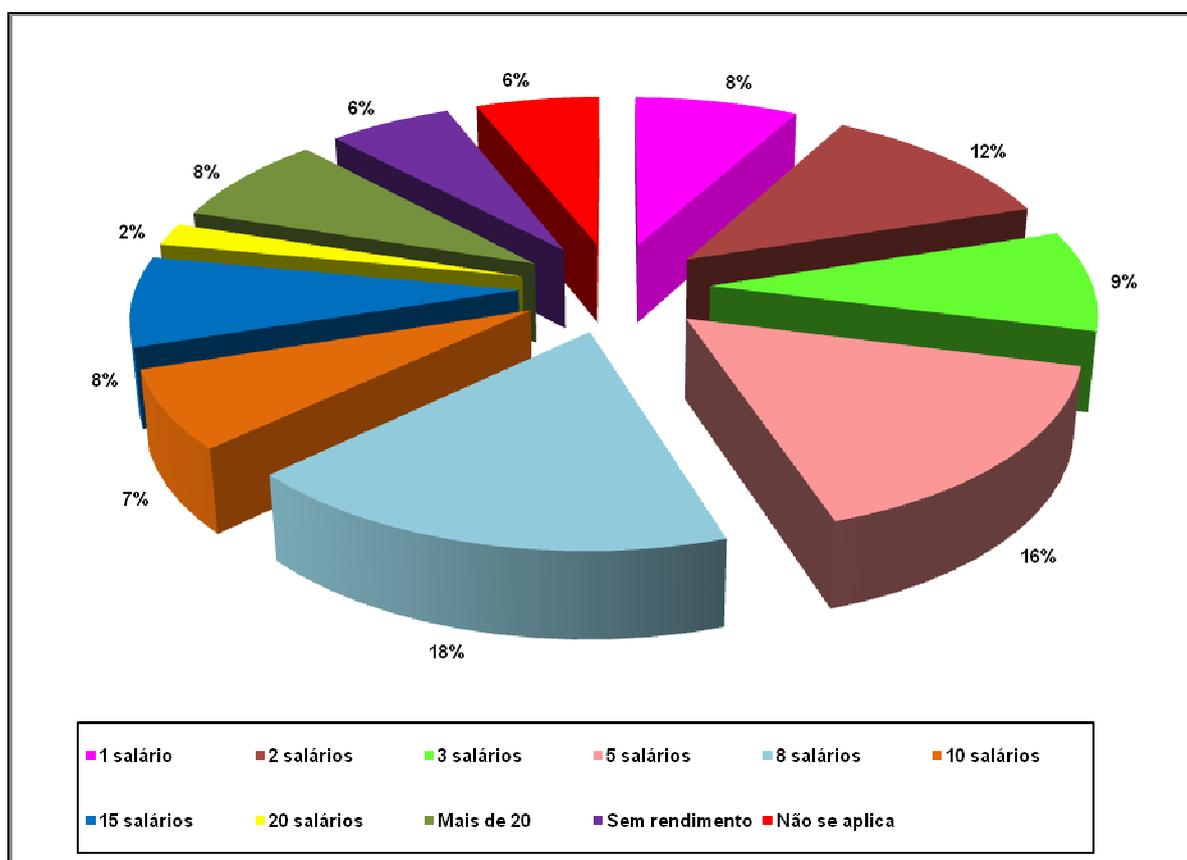
Gráfico 8 - Situação ocupacional dos conselheiros



Fonte: Adaptado de PERFIL, 2001

Quanto à faixa salarial dos conselheiros, que corresponde à soma dos rendimentos de todas as suas ocupações (em reais), 34% apresentaram renda entre 5 e 8 salários mínimos; 6% não têm rendimentos e 10% percebem 20 ou mais salários mínimos.

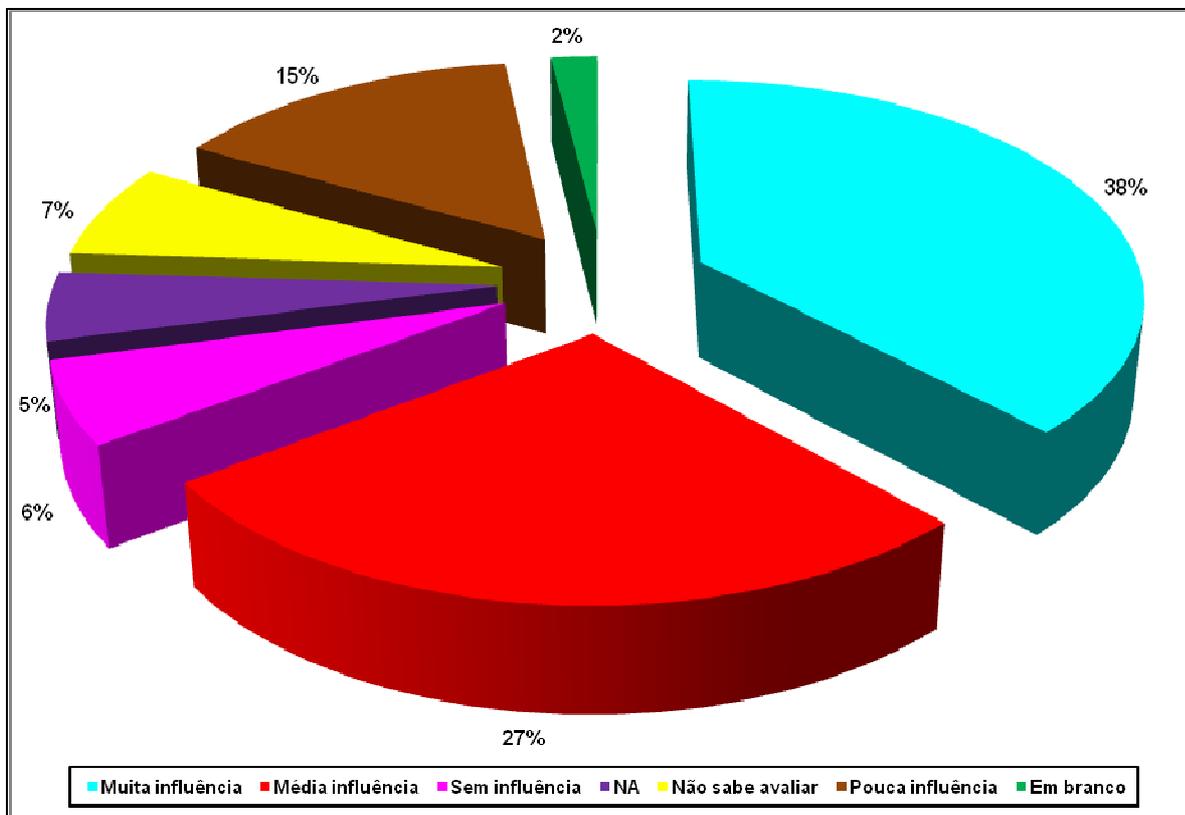
Gráfico 9 - Rendimento dos conselheiros



Fonte: Adaptado de PERFIL, 2001

Além de diversos setores da sociedade não se fazerem representados nos conselhos, cumpre ressaltar que os poucos conselheiros que ali comparecem não acreditam no poder de influência da participação popular na gestão do Poder Executivo. Conforme se infere do gráfico abaixo, apenas 38% dos participantes consideram as deliberações dos conselhos como de muita influência, demonstrando, assim, um próprio descrédito na tarefa que eles exercem.

Gráfico 10 - Avaliação do impacto do funcionamento dos Conselhos na gestão da Secretaria



Fonte: Adaptado de PERFIL, 2001

A baixa autoestima dos conselheiros não se resume somente a esses dados. Segundo Mônica Abranches (2003), quando perguntados sobre os representantes ou entidades que melhor defendem os direitos da população,

A maioria dos conselheiros respondeu que a figura do prefeito, do vereador, do juiz, representantes de sindicatos e associações, entre outros, são os legítimos representantes do povo na defesa de seus direitos, ou seja, nenhum conselheiro apontou o Conselho Municipal como um instrumento responsável por essa tarefa. Essa situação pode significar que os conselheiros ainda não se reconhecem como representantes populares que têm a função de decidir sobre questões que afetam o coletivo da sociedade e consequentemente garantem os direitos sociais. (ABRANCHES, 2003, p. 283-284).

A partir dessas informações, percebe-se que os conselhos também são regidos por uma força simbólica. Apesar de formalmente garantidos no texto constitucional, os conselhos não se apresentam como verdadeiros formatos institucionais de participação popular, já que a própria sociedade não demonstra

interesse em participar ou não reconhece o seu poder de interferência nas decisões do Poder Público.

Paulo Freire, na década de sessenta, desenvolveu a expressão “cultura do silêncio” para nomear a exclusão política do povo brasileiro, durante os diversos períodos de autoritarismo que marcaram a nossa história. Para ele, “[...] na cultura do silêncio existir é apenas viver. O corpo segue ordens de cima. Pensar é difícil; dizer a palavra, proibido” (FREIRE, 1982, p. 62).

Com a redemocratização, as regras do silêncio, típicas de períodos ditatoriais já não preponderam mais, entretanto, alguns temas ainda continuam excluídos da pauta de discussão jurídico-política, mesmo que sejam do conhecimento da sociedade.

A todo momento somos bombardeados de notícias que nos afetam emocionalmente. Somos capazes de nos indignar com os horrores da guerra, o renascimento da escravidão infantil, a venda de órgãos humanos, o tráfico de crianças, os problemas do meio ambiente, enfim, nos identificamos com todos os tipos de causas e nos posicionamos sobre elas. No entanto, uma vez expressada nossa opinião, voltamos para o cotidiano da nossa vida e não fazemos quase nada para mudar a realidade que nos cerca, mesmo quando a ordem jurídica disponibiliza ferramentas para isso (a exemplo dos conselhos de saúde).

A apatia da sociedade perante as questões que lhe são postas é definida por Marcos Roitman Rosenmann (2003), como conformismo social. Segundo ele,

O conformismo social é um tipo de comportamento cuja principal característica é a adoção de condutas inibitórias da consciência no processo de construção da realidade. Ele se apresenta como uma rejeição a qualquer tipo de atitude que envolve confronto ou conflito com o poder legalmente constituído. Sua articulação social é determinada pela criação de valores e símbolos que tendem a justificar tal inibição em prol de um melhor processo de adaptação ao meio ambiente a que se pertence. (ROSENMAN, 2003, p.01, tradução nossa).⁵⁶

Vale dizer que o indivíduo, por medo de rejeição, tende a seguir os valores e símbolos do grupo social a que pertence. Nesse sentido, uma sociedade predisposta

⁵⁶ El conformismo social es un tipo de comportamiento cuyo rasgo más característico es la adopción de conductas inhibitorias de la conciencia en el proceso de construcción de la realidad. Se presenta como un rechazo hacia cualquier tipo de actitud que conlleve enfrentamiento o contradicción con el poder legalmente constituido. Su articulación social está determinada por la creación de valores y símbolos que tienden a justificar dicha inhibición a favor de un mejor proceso de adaptación al sistema-entorno al que se pertenece.

a construir uma comunidade cívica, caracterizada “[...] por cidadãos atuantes e imbuídos de espírito público, por relações políticas igualitárias e por uma estrutura social assentada na confiança e na colaboração” (PUTNAM; LEONARDI; NANETTI, 1996, p. 31), contará com uma participação popular muito maior do que aquela que elege o individualismo e a lógica do mercado como referenciais.

Assim, para que os conselhos de saúde concretizem direitos, é preciso combater a falta de virtude cívica que permeia a sociedade brasileira. Trata-se de uma mudança de comportamento que exigirá tempo e paciência, mas que pode ser feita, principalmente, com a ampliação dos mecanismos de mobilização social por meio, por exemplo, da internet.

Os meios de comunicação, notadamente a televisão, por conta da sua capilaridade, possuem um elevado grau de produção de informações essenciais para a melhoria da sociedade. Infelizmente, os interesses comerciais acabam sobrepujando, de longe, os interesses sociais e a contribuição da grande mídia, principalmente, se considerarmos seu potencial e a quantidade de recursos disponíveis, é muito pequena, ficando restrita às televisões públicas e aos canais a cabo.

Contudo, mídias alternativas, ainda em busca de uma identidade, caso da internet, podem se tornar espaços promissores na criação de estratégias de mobilização social. Através de seminários virtuais de informação e de sensibilização, fóruns de debates e discussões e da formação de um banco de dados das decisões proferidas pelos conselhos de saúde, talvez, fomentemos um capital social capaz de interferir com, maior afinco, no discurso democrático.

Afinal, de acordo com José Luis Quadros de Magalhães:

É a utilização da tecnologia que permite a globalização cultural e política contra os aspectos perversos da globalização econômica e neoliberal. A sociedade em rede é uma nova concepção, onde, no lugar de movimentos liderados por grandes pessoas, temos a ação de milhares de pequenas lideranças locais e de coletivos locais que se comunicam e se mobilizam em torno da defesa de conquistas de direitos relativos à vida com dignidade (MAGALHÃES, 2004, p. 97).

Em resumo, alterar a realidade desse cenário altamente desafiador e possibilitador não será tarefa fácil, mas, sem dúvida, é a solução para a consolidação de uma gestão participativa dialógica voltada para a concretização de direitos fundamentais.

4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NOS TRIBUNAIS

O controle judicial das políticas públicas, sob a perspectiva da possibilidade e limites, com certeza, é o tema que mais tem chamado à atenção de estudiosos do direito, já que a sua análise remete a duas ordens de questões intrinsecamente jurídicas.

A primeira delas encontra-se no âmbito da teoria geral do direito e relaciona-se à classificação jurídica que as políticas públicas assumem quando submetidas ao controle do Poder Judiciário.

A segunda ordem de questões é de cunho jurídico-institucional e decorre do princípio da separação dos Poderes. Afinal, até que ponto o Poder Judiciário pode apreciar determinada política sem que isso represente invasão indevida na esfera própria da atividade política do Poder Executivo?

Passemos, então, à análise de cada uma dessas questões.

4.1 Objeto do controle judicial

Com relação à classificação jurídica do objeto que se submete ao controle, abrem-se as alternativas de se entender a política pública ora como uma categoria jurídica nova, ora, como uma categoria tradicional, porém, sob uma nova roupagem, fruto da abertura do próprio direito para a interação com fenômenos do sistema político, econômico e social.

4.1.1 Política pública como atividade

Segundo Fábio Konder Comparato (1997):

A primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolvem a maior parte de suas reflexões, desde os primórdios da *iusprudentia* romana. [...]

Mas se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, encontra-se hoje no centro da teoria do direito empresarial (em substituição ao superado "ato de comércio") e constitui o cerne da

moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia. (COMPARATO, 1997, p. 353-354).

De acordo com esse entendimento, portanto, estaríamos diante de uma categoria jurídica nova, a partir da noção de atividade. Tratar-se-ia, em consequência, de um novo instituto a ser descrito e analisado pela teoria geral do direito. Disso decorreria a existência de um regime jurídico próprio das políticas públicas.

No nosso entender, compreender a política pública como atividade administrativa redundaria, no que diz respeito à sua sindicabilidade judicial, em um caminho extremamente espinhoso para o desenvolvimento do tema e já relativamente superado dentro do direito brasileiro.

Afinal, a atividade administrativa decompõem-se em fatos e atos jurídicos⁵⁷, de tal forma que ao se falar em controle judicial da atividade, na verdade, estaríamos remetendo a discussão para o conhecido tema do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Com relação aos atos vinculados, nunca existiram dúvidas no que concerne ao controle, pois sendo todos os elementos do ato definidos em lei, caberá ao Poder Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar, se for o caso, a sua nulidade.

Com relação aos atos discricionários, cujo mérito pressupõe um juízo amplo de conveniência e oportunidade pelo administrador, se haviam dúvidas no passado acerca do controle judicial, hoje, já não há mais.

É majoritário o entendimento doutrinário de que mesmo nos atos discricionários é dado ao juiz o poder de rever, em muitos aspectos, as decisões de mérito tomadas pelo administrador público.

Nesse sentido, preleciona Sérgio Ferraz (2003):

No instante em que as vertentes axiológicas se tornam constitucionalmente obrigatórias, transformando-se em *direito* (público subjetivo) da cidadania e *dever* do Estado, o controle do judiciário, em definitivo, não mais se pode fundar na província meramente formal, da legalidade estrita. Enfim, a crescente pregação da melhor doutrina (com destaques para as posições

⁵⁷ De acordo com Ruy Cirne Lima (1987), “a administração pública é atividade que merece, como conjunto, o reconhecimento e a proteção do direito para os fins que a governam. Esta atividade, entretanto, decompõem-se em fatos e em atos jurídicos praticados, uns e outros, pelas pessoas administrativas e pelas pessoas privadas incumbidas da execução de serviços públicos.” (LIMA, 1987, p. 25).

pioneiras de *Caio Tácito*), no sentido de que ao Judiciário também compete o controle de mérito do ato administrativo, erigindo a verificação *qualitativa* de sua existência à condição de *validade* do agir administrativo, não pode mais causar perplexidades. [...] sempre deveria ter sido assim, num regime jurídico que, em sede civilista até repelia e fulminava o abuso de direito; que em sede administrativa jamais aceitou a sobrevivência do abuso ou desvio de poder [...]. Aliás, se à 'jurisdição' imprópria dos Tribunais de Contas é imposto o controle da legitimidade e da economicidade da atuação administrativa (CF, art. 70, caput) – aspectos essencialmente de mérito –, não há como aceitar âmbito mais angusto, à jurisdição em sentido próprio, traçada no inciso XXXV do art. 5º." (FERRAZ, 2003, p. 58).

Com efeito, sobretudo com o avanço da proporcionalidade como postulado aplicativo do direito⁵⁸, possibilita-se ao juiz uma ingerência crescente sobre o conteúdo das decisões administrativas.

Na verdade, a doutrina sobre o controle dos atos administrativos que parte da dicotomia entre atos vinculados e discricionários deve ser superada para dar espaço a uma discussão mais profunda que leva em consideração o grau de vinculação dos atos administrativos à juridicidade⁵⁹.

De acordo com Gustavo Binenbojm (2006), com a ideia do princípio da juridicidade, a atividade administrativa passa a vincular-se à ordem jurídica como um todo, impondo-se à Administração Pública a vinculação direta à Constituição, inclusive aos princípios constitucionais, de modo que não se fala mais na dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, mas em sistemas de graus de vinculação à juridicidade.

Dessa forma, classificam-se os atos administrativos conforme seu grau de vinculação à juridicidade como:

- a. atos vinculados por regras;
- b. atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e
- c. atos vinculados diretamente por princípios.

⁵⁸ Nos dizeres de Humberto Ávila (2001), "[...] pode-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados." (ÁVILA, 2001, p. 31).

⁵⁹ Com a constitucionalização dos princípios, a concepção de legalidade cede lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação do Estado deve ser legitimada e limitada não somente pelas regras, mas também pelos princípios. Conforme observa Germana de Oliveira Moraes (1999), "a noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras - normas em sentido estrito. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe - não contrarie - os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição." (MORAES, 1999, p. 24).

No mais alto grau de vinculação à juridicidade, encontram-se os atos vinculados por regras (sejam elas constitucionais, legais ou regulamentares), que são normas jurídicas que descrevem condutas, com objetivo de serem abrangentes e decisivas na solução de um caso.

Abaixo deles, estão os atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (que podem constar em relatos normativos constitucionais, legais ou regulamentares), os quais, por sua vagueza e razoável grau de abstração, exigem valorações e avaliações técnicas dos administradores como condição de sua concretização.

Por fim, os atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares) são aqueles fundados em normas jurídicas com alto grau de abstração, ou seja, que descrevem um estado de coisas ideal a ser alcançado, com pretensão de complementariedade e de parcialidade na solução de um caso.

Feitas estas considerações, conclui-se que o entendimento da política pública como atividade administrativa resulta, no que diz respeito à intervenção do Poder Judiciário, no conhecido tema do controle da discricionariedade administrativa, com seus também conhecidos problemas e limites. De modo que por esse prisma, não há que se reconhecer à noção de política pública o sentido de uma categoria nova no direito.

4.1.2 Política pública como norma

Quando submetidas ao controle do Poder Judiciário, as políticas públicas podem ser entendidas também como uma categoria jurídica tradicional, no caso, a norma jurídica.

A complexidade do tema do ponto de vista jurídico, no entanto, não é pequena.

Em primeiro lugar, as políticas, diferentemente das demais normas jurídicas, não são gerais e abstratas, mas ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados. Não é à toa que Dworkin (2002), ao tratar dos padrões (*standards*) de interpretação dos casos difíceis (*hard cases*), estabelece que “os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.” (DWORKIN, 2002, p. 141).

Nesse sentido, poder-se-ia dizer que as políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados.

Com efeito, a pirâmide kelseniana não seria adequada para explicar a normatividade das políticas públicas em seu conjunto, já que, por romperem com as amarras dos atributos da generalidade e da abstração, as políticas públicas seriam consideradas normas de um tipo especial que, provavelmente, estariam situadas abaixo das normas constitucionais e acima ou ao lado das infraconstitucionais.

Na época da economia planificada, muito se discutiu acerca da natureza jurídica das normas que compunham a lei do plano. Em que pese um inevitável olhar sobre o passado, a discussão não só permanece atual, como se aplica, em grande parte ao debate sobre as políticas públicas e sua disciplina jurídica.

Da mesma forma que encontramos dificuldade em acomodar as políticas públicas na pirâmide kelseniana, os juristas nos anos sessenta/setenta também não sabiam como classificar as normas do plano. Eros Grau (1978), por exemplo, no seu livro *Planejamento Econômico e Regras Jurídicas*, propõe uma nova tipologia para tais normas, já que elas não se encaixam nos conceitos tradicionais de normas de conduta e de normas de organização⁶⁰. Para ele, as normas do plano faziam parte de um terceiro tipo, as normas-objetivo, referidas no direito soviético, pelo jurista Chebanov, com base em texto de Pribulda:

As normas-objetivo estabelecem os direitos e as obrigações dos diversos organismos, organizações e funcionários pela indicação de um resultado determinado, expresso sob a forma monetária ou material, para cuja realização estes organismos e organizações devem administrar a utilização dos recursos e bens do Estado que estejam sob seus cuidados (GRAU, 1978, p. 243).

Outro paralelo notório com a discussão das políticas públicas é o debate, intenso àquela época, sobre a possibilidade de exigir em juízo o cumprimento das medidas do plano que tem similitude com a discussão acerca da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas.

⁶⁰ Segundo Miguel Reale (2004), normas de conduta são aquelas “[...] cujo objetivo imediato é disciplinar o comportamento dos indivíduos, ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral [...]” (REALE, 2004, p. 96-97). Já as normas de organização, “[...] possuem um caráter instrumental, visando à estrutura e funcionamento de órgãos, ou à disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência jurídica ordenada.” (REALE, 2004, p. 97).

Finalmente, outro aspecto cuja pertinência para o debate em questão merece destaque é o do caráter programático do plano, isto é, a adequabilidade dos seus objetivos à realidade emergente.

Essa discussão nos remete ao problema da eficácia e aplicabilidade das chamadas normas programáticas.

No Brasil, o principal autor que tratou sobre o tema, foi José Afonso da Silva (2004), que, em fins da década de sessenta, elaborou uma classificação quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais que, durante muito tempo, foi praticamente aceita em todas as obras de direito constitucional.

Segundo ele, as normas constitucionais poderiam ser classificadas em:

- a. normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- b. normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral;
- c. normas de eficácia limitada
 - declaratórias de princípios institutivos ou organizativos;
 - declaratórias de princípios programáticos

Em síntese, as normas constitucionais de eficácia plena estabelecem condutas jurídicas positivas ou negativas contendo comando definido, presentes, precipuamente, entre as regras de organização e limitação dos poderes estatais, podendo ser conceituadas, segundo José Afonso da Silva (2004), como as normas que desde a entrada em vigor da Constituição produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais que o legislador constituinte direta e normativamente quis regular, sendo de aplicabilidade imediata ou autoaplicáveis, pois possuidoras de todos os elementos essenciais à sua executoriedade.

As normas constitucionais de eficácia contida, conforme o autor, são aquelas que possuem aplicabilidade imediata e direta, independente do legislador infraconstitucional, podendo ser limitadas ou restringidas ulteriormente, mediante lei, daí, eficácia contida. Exemplo clássico de norma dentro da classificação apresentada está disposto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal que dispõe sobre o princípio da liberdade profissional, de aplicabilidade imediata, podendo o legislador

ordinário estabelecer qualificações profissionais para escolha do trabalho, ofício ou profissão, não apenas para seu exercício.

As normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo são “[...] aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.” (SILVA, 2004, p. 126). Assim como as normas de eficácia limitada de princípio programático, possuem eficácia jurídica limitada, podendo ser utilizados os artigos 33, 157, 158 e 159 da CR/88 para exemplificar a classificação proposta pelo autor.

Por fim, as normas de eficácia contida de princípio programático, que é a que mais nos interessa aqui, estabeleceriam programas para o legislador infraconstitucional de fins econômicos e sociais assumidos pelo Estado, refletindo o modelo de Estado Social e de uma Constituição compromissária, dirigido a seus órgãos legislativos e administrativos, incumbindo-lhes a obrigação de realizá-los nos modos e nas formas das respectivas atividades.

Assim, pode-se afirmar que as normas de conteúdo programático, destinadas principalmente ao legislador infraconstitucional, estabelecem programas e finalidades sociais, através de normas com caráter genérico, a serem efetivadas ulteriormente, visando os fins sociais concebidos no modelo de Estado Social e repercutido nas Constituições contemporâneas.

Ao nosso olhar, as políticas públicas não são definidas e instituídas pelo direito. Não cabe à ciência do direito o papel de querer adequar ou adaptar a complexidade da atividade política às categorias jurídicas previamente existentes. De toda forma, não se pode deixar de correlacionar as normas programáticas às políticas públicas. Afinal, estas últimas não deixam de ser programas de ação destinados à concretização direta de direitos ou ao fornecimento de meios necessários (procedimentos, organização, normas) para a concretização destes.

Por mais que o posicionamento de José Afonso da Silva tenha sido revisto, inclusive pelo próprio autor⁶¹, as normas programáticas permanecem até hoje, como

⁶¹ O fato de ter entendido as normas programáticas como de eficácia limitada sugeria, na opinião do próprio José Afonso da Silva, a ideia de que não se trataria de autêntico direito atual, de imediata aplicabilidade. Por isso, o autor, posteriormente, vem a enfatizar que “o fato de dependerem de providências institucionais não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos.” (SILVA, 2004, p. 155).

normas sem aplicabilidade imediata, inócuas, desprovidas de efetividade, reforçando, ainda mais, a ideia de Constituição simbólica.

Esse atrofiamento dos programas impostos ao Estado, gera a perda da normatividade constitucional, pois as normas de cunho programático passam a ter a função meramente legitimadora, ou seja, possuem vigência formal, mas não material. Na verdade, conforme nos ensina José Eduardo Faria (2002), elas servem apenas “[...] para conquistar o silêncio, o apoio, a lealdade e a subserviência dos segmentos sociais menos favorecidos [...]” (FARIA, 2002, p. 99).

Com efeito, esse atrofiamento das prestações positivas estatais associado à hipertrofia da dimensão simbólica da Constituição leva a um movimento de desconstitucionalização, como se o problema não estivesse na prática política e no contexto social existente incompatível com a realização de um modelo estatal democrático.

Ora, a solução não seria desconstitucionalizar. Nesse sentido, é a posição de Canotilho (2003) ao responder Luís Roberto Barroso sobre a necessidade de se manter na Constituição as normas veiculadoras de direitos sociais:

Penso que o direito ao trabalho, ou o direito à segurança social podem não ser concretizados diretamente pelas normas constitucionais, mas estas normas continuam a ser normas vinculativas e continuam a ser premissas importantes para as políticas legislativas. Portanto, se me pergunta se os direitos sociais devem ser retirados da Constituição, eu respondo que não. De modo algum. O que pode estar em causa são políticas de direitos sociais, mas não a negação dos direitos econômicos, sociais e culturais. (CANOTILHO, 2003, p. 32).

A positivação das chamadas normas programáticas na experiência constitucional brasileira foi uma vitória importante. O caminho, portanto, não perpassa pela desconstitucionalização. A solução, na verdade, está na mudança do contexto político e social, com a ampliação do exercício da cidadania.

É nesse contexto que o Poder Judiciário passa a ter um papel ativo e decisivo na concretização das normas de conteúdo programático. Não podemos nos esquecer que a dimensão simbólica das constituições, “[...] condensam valores que devem gerar unidade e coesão social e que servem de pauta para os movimentos sociais que reivindicam a sua efetivação.” (SARMENTO, 2006, p.53).

Dessa forma, o cenário de insatisfação generalizada da sociedade com a concretização das normas programáticas se revela como um enfático convite à

participação do Poder Judiciário nas arenas públicas, na tentativa de reavivar a esperança coletiva. Em outras palavras, significa dizer que há uma explosão de demandas perante o Poder Judiciário como forma de pressionar o Estado a realizar os programas de fins econômicos ou sociais que fora previsto nas normas.

4.2 A intervenção do Poder Judiciário na conformação ou aplicação de políticas públicas

O controle jurisdicional das políticas públicas segue a mesma lógica da intervenção do Poder Judiciário sobre as normas programáticas.

No constitucionalismo contemporâneo, enquanto não existirem “regras do silêncio” democráticas nem ditatoriais (NEVES, 2007), a luta da sociedade civil pela realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional estará integrada à vida institucional cotidiana. Os conflitos sociais não são negados e mascarados sob o manto de uma liberdade individual idealizada. Ao contrário, ganham lugar privilegiado nas arenas de socialização política, em especial, no Poder Judiciário, onde os embates sociais para a realização de prestações positivas pelo Estado passam a ser constantes.

Nesse sentido, a possibilidade de se submeter uma política pública a controle jurisdicional é inquestionável, diante da garantia ampla, constante do art. 5º, XXXV, da Constituição da República:

“Art. 5º [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; (BRASIL, 1988).

A proposição constitucional centra-se na proteção a direito, sendo esse o elemento de conexão a considerar. O Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressam direta ou indiretamente direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política.

Uma vez compreendido que o controle é viável, resta mencionar os modos de provocar o Poder Judiciário para solucionar conflitos envolvendo os direitos, em especial os direitos fundamentais, sistematizados em políticas públicas.

Para uma perspectiva individualizada, Germano Schwartz (2001) sugere, no campo processual, o *habeas corpus*, o mandado de segurança individual, o mandado de injunção individual e o *habeas data*, dependendo do caso, para obter a garantia desse direito. Além desses meios, o autor cita ainda a representação ao Ministério Público e os institutos de defesa previstos no Código de Defesa do Consumidor, como a inversão do ônus da prova.

Quanto às medidas de caráter coletivo, o que no nosso entender são mais eficazes, vez que repercutem na esfera jurídica de um grupo maior de pessoas, poderíamos citar, de início, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CR/88) para impossibilitar a execução de ameaça contra direito ou anular ato ilegal violador de direito. Nele, são legitimados ativos os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as organizações sindicais, entidades de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Por outro lado, o mandado de injunção coletivo (art. 5º, LXXI, da CR/88)⁶² é o meio de efetivar um direito quando inexistente norma regulamentadora, isto é, a falta da legislação inviabiliza o seu exercício. Pode ser impetrado por sindicatos e entidades de classes. Segundo Cittadino (2000), o objetivo do mandado de injunção “[...] é a aplicabilidade da justiça por equidade, a decisão do juiz como o instrumento de integração entre a omissão pública e o cidadão no caso concreto.” (CITTADINO, 2000, p. 51).

Instrumento processual próximo ao mandado de injunção é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista na Constituição da República, em seu art. 102, I, a, combinado com o art. 103, § 2º⁶³. Sua finalidade é advertir o poder público (Legislativo e Executivo) para que pratique o ato necessário, a fim de dar plena eficácia à norma constitucional. (BRASIL, 1988).

O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são meios judiciais para obrigar o poder público (Legislativo e Executivo) a prestações de cunho normativo. A maior diferença entre os dois institutos

⁶² Art. 5º [...], LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (BRASIL, 1988).

⁶³ Art. 103 [...], § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (BRASIL, 1988).

processuais é que o mandado de injunção possui sentença com efeito *inter partes*. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão opera efeitos *erga omnes*.

Na Assembleia Nacional Constituinte já existia uma enorme preocupação em se efetivar os direitos sociais que seriam expressamente garantidos na Constituição de 1988. Quando o Senador Ruy Barcelar propôs a sugestão de norma constitucional nº 367-1, de 03/04/87, inserindo o mandado de injunção, a justificativa que a acompanhou foi:

Não basta a mera enunciação de direitos na carta constitucional. De que, na realidade, adianta ao cidadão que a lei suprema do País declare, expressamente, o direito, por exemplo, à educação ou à saúde, se o Estado não é compelido a pôr em prática o mandamento constitucional. (CITTADINO, 2000, p. 52-53).

Assim, o mandado de injunção tem por finalidade a concretização do direito, pelo Poder Judiciário, sem a norma regulamentadora, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é apenas uma advertência para que os poderes constituídos tenham ciência de sua mora.

Não podemos deixar de mencionar, dentre os diversos instrumentos de processamento de demandas coletivas, a ação civil pública que, sem dúvida, é o meio mais comum de solução de conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas. Como seus legitimados ativos, podemos citar: Ministério Público (art. 129, III, da CR/88 e Lei nº 7.347/85) (BRASIL, 1985), União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação civil legalmente constituída há pelo menos um ano e que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção aos interesses difusos e coletivos. A partir de 16/01/2007, com a publicação da Lei nº 11.448 (BRASIL, 2007b), que alterou o art. 5º da Lei nº 7.347/85, a Defensoria Pública, que já vinha atuando apenas em prol de direitos coletivos dos consumidores (art. 82, III, da Lei nº 8.078/90) (BRASIL, 1990b), passou também a ter legitimidade ativa para propor qualquer tipo de ação civil pública⁶⁴, o que significou maior acesso à justiça, principalmente, para aqueles cidadãos que apresentam insuficiência de recursos.

⁶⁴ Em que pese a Lei n. 11.448/2007 ter incluído a Defensoria Pública no rol de legitimados ativos para a ação civil pública, essa ainda não é uma questão pacífica. Há quem questione a inconstitucionalidade, principalmente os membros do Ministério Público, da legitimação *ad causam* da Defensoria Pública. Os argumentos levantados para sua inconstitucionalidade são: a) a Defensoria Pública tem por objetivo, conforme a Constituição da República (1988), representar judicialmente os necessitados, não podendo atuar como substituta processual nas hipóteses de interesses ou direitos

Por fim, quando não houver qualquer outro meio de sanar a lesividade (art. 4º, parágrafo primeiro, da Lei nº 9.882/99) (BRASIL, 1999) e algum preceito fundamental⁶⁵ da Constituição estiver em jogo, os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99) poderão propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal. Inclusive, foi através de uma ADPF, a de nº 45/DF, que o STF, em decisão monocrática de autoria do Min. Celso de Mello, reconheceu de um lado, a viabilidade deste instrumento jurisdicional para fins de controle de políticas públicas, e de outro lado, que aquela Corte

[...] não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ, nº 164, p. 158-161, Rel. Min. Celso de Mello) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. (BRASIL, ADPF nº 45 MC, 2004b).

Dito isso, cabe a nós fazermos a seguinte indagação: se existe um fundamento constitucional (art. 5º, XXXV, CR/88) que autoriza o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário; se existem meios processuais na legislação ordinária que permitem à sociedade exigir em juízo o cumprimento das políticas públicas, então, qual é o motivo de tanto furor em torno desse assunto?

A resposta é de ordem institucional, pois, na verdade, o que está em discussão não é a intervenção do Poder Judiciário em si, mas a qualidade desta intervenção, já que a participação dos membros do Judiciário na análise das

coletivos; b) a defesa de direitos cujos titulares não são constitucionalmente qualificados como necessitados, tendo em vista que nos direitos difusos há a indeterminabilidade do titular e quanto aos direitos coletivos há a identificação de um grupo ou categoria, de forma que em ambos prepondera a indivisibilidade de seu objeto. Por outro lado, admitir a inconstitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública por entender que ela estaria ferindo sua missão restrita de defesa dos necessitados, pode ensejar, de fato, uma lesão ao direito dessas pessoas, pois entre o titular dos direitos difusos e coletivos (*todos*) também estão os necessitados. Sobre o assunto cabe destacar que se encontra em tramitação perante o STF, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia, a ADI nº 3.943, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), com a participação, como *amicus curiae*, da Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep), da Associação Nacional de Defensores Públicos da União (ANDPU), do Instituto Brasileiro da Advocacia Pública (IBAP) e da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR).

⁶⁵ A delimitação do conceito de preceito fundamental encontra posições díspares na doutrina, que não possui uniformidade no entendimento do que seriam tais preceitos e quais deles ensejariam a interposição da ADPF. De toda forma, é quase unânime a ideia de que “preceitos fundamentais não é expressão sinônima de princípios fundamentais. É mais ampla, abrange a essas e todas prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especificamente as designativas de direitos e garantias fundamentais (Título II).” (SILVA, 1996, p. 536).

políticas públicas tem se demonstrado mais ampla e intensa, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, principalmente do Poder Executivo, que tem título legal para o plano de governo (art. 84, XI, da CR/88), além de iniciativa legislativa nas matérias em torno das quais se estrutura a realização de políticas públicas, notadamente orçamentária, administrativa e de serviços públicos (art. 61, II, b, da CR/88). (BRASIL, 1988).

Portanto, o problema não está na judicialização da política, mas no ativismo judicial. Segundo Luís Roberto Barroso (2009), apesar de pertencerem à mesma família, os dois termos não possuem a mesma origem, merecendo um tratamento diferenciado.

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte.

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. (BARROSO, 2009, p. 12).

Não restam dúvidas que o Poder Judiciário tem um importante papel nas democracias modernas, no entanto, o modo de participação ampla e intensa dos juízes e membros de tribunais nos espaços de atuação dos outros Poderes exige certa reflexão.

Primeiramente, cumpre mencionar que juízes e membros de tribunais são agentes públicos eleitos que não vieram batizados pela vontade popular. Evidentemente que enquanto intérprete-mor da Constituição, o Poder Judiciário deverá exercer a sua força contramajoritária⁶⁶ sempre que as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais estiverem em risco. No entanto, ressalvadas estas exceções, juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios

⁶⁶ A problemática da coexistência do princípio da soberania popular com um elenco mínimo de instituições não necessariamente submetidas ao crivo da maioria tem sido denominada de “a dificuldade contra-majoritária” (*countermajoritarian difficulty*). Trata-se de famosa expressão utilizada por Alexander Bickel (1986) para endereçar o problema concernente ao *judicial review*, no aspecto que juízes, não-eleitos e vitalícios, controlam os atos de agentes públicos – legisladores e administradores - democraticamente legitimados pelo voto popular.

impondo suas escolhas, preferências e vontades sobre as decisões dos protagonistas da vida política que são quem, legitimamente, receberam os votos do povo.

A respeito disso, Eduardo Appio (2006) alerta:

A principal função do Poder Judiciário brasileiro no contexto político do século XXI será a de permitir a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não têm acesso aos canais de comunicação com o poder político. Neste sentido, não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade política quando do exame das omissões do Estado, mas sim, possibilitar que o jogo político se desenvolva a partir de regras equitativas que considerem com igual respeito os cidadãos. (APPIO, 2006, p. 159).

Ademais, o fato do Poder Judiciário pôr fim aos conflitos não quer dizer que toda e qualquer matéria tenha que ser decidida em um tribunal. Afinal, há determinados assuntos que pela sua própria especificidade técnica ou científica, seriam melhores avaliados pelos Poderes Legislativo ou Executivo. Além disso, os juízes, por vocação e treinamento, normalmente estão preparados para realizarem a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliarem os efeitos que suas decisões podem produzir sobre outros sistemas (econômico, social, político, religioso e cultural).

Há que se acrescentar, ainda, que o caráter proativo de juízes e tribunais pode levar à elitização do debate e à exclusão daquelas pessoas que não dominam a linguagem e os métodos próprios de argumentação jurídica. É bem verdade que institutos como audiências públicas e *amicus curiae* atenuam esse problema, mas não o elimina. Surge, assim, o perigo de se produzir um conformismo social em que os diversos segmentos da sociedade deixam de se engajar na luta política, por saberem de antemão, que juízes e tribunais produzirão decisões providenciais sobre os mais variados assuntos. Por outro lado, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a emoções em um espaço que deve ser orientado pela razão. Ato contínuo, os processos passam a ocupar destaque na imprensa nacional e os membros do Judiciário trocam a racionalidade tranquila da argumentação jurídica por embates calorosos próprios da atividade parlamentar.

Deve-se ficar claro, no entanto, que não temos a intenção de transformar o Poder Judiciário no único vilão desta história. É óbvio que essa postura ativa dos

juízes e tribunais se torna cada vez mais evidente na atualidade porque os outros Poderes Constituídos também permitem.

Ora, um Poder Executivo que adorna suas políticas públicas de uma força simbólica está praticamente pedindo para que a sociedade exija, por meio do Poder Judiciário, providências no sentido de se verem implementados os direitos idealizados nestas políticas.

Premido entre a acusação de não desempenhar a sua função institucional (a saber, a composição do conflito, especialmente aquele que envolva o prestígio aos direitos fundamentais) e os riscos que o ativismo envolve; o que se vê mais recentemente de parte do Poder Judiciário é a opção pela resposta.

Ainda que sem suficiente elaboração teórica, ainda que sem a dimensão integral do problema, ainda que sem alcançar o signo de universalidade que seria de se desejar no campo das políticas públicas, o Judiciário tem optado por abraçar o problema, e chamar a si a possibilidade de intervir na aplicação e conformação das políticas públicas.

Dentre as distintas áreas que envolvem a atuação do Poder Público, com certeza, a saúde é um dos segmentos temáticos específicos que se apresenta como um dos mais férteis à prolação de decisões relacionadas à sindicabilidade jurisdicional de políticas públicas.

Para fins de ilustração e análise, vale o percurso aos precedentes na matéria, construídos junto aos Tribunais Superiores, esclarecendo, desde já, que a opção por este recorte jurisprudencial é meramente para fins didáticos, uma vez que as decisões do STJ e do STF são reflexos de uma vasta e diversificada jurisprudência em produção permanente, em todo o país, nas diversas estruturas do Judiciário.

4.3 O controle jurisdicional das políticas públicas de saúde nos Tribunais Superiores

O tema do direito à saúde se apresenta ao conhecimento dos Tribunais Superiores sob dois ângulos distintos. O primeiro, de *perspectiva coletiva*, ocorre quando se exige do Poder Público uma atuação de cunho universal e equânime em favor de um determinado segmento identificado ou identificável de pessoas; ou ainda, a retificação das ações públicas relacionadas à superação de uma deficiência nas suas estruturas de atendimento a um determinado tipo de serviço. O segundo,

de *perspectiva individual*, ocorre quando se pretende uma prestação individualizada do Poder Público diante da afirmação de inexistência ou insuficiência de políticas públicas de saúde que protejam a vida ou a dignidade daquele que busca o amparo da tutela jurisdicional.

4.3.1 *O controle jurisdicional das políticas públicas de saúde em sua perspectiva coletiva*

No âmbito do STF, o tema das políticas públicas de saúde entendidas na sua perspectiva coletiva se pôs, embora não como questão principal⁶⁷, na já citada ADPF nº 45 MC/DF, DJ de 05/04/2004, cuja ementa pode ser assim transcrita:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (BRASIL, ADPF nº 45, 2004a).

O precedente é interessante, pois, embora a decisão proferida envolvesse, em verdade, o reconhecimento da perda de objeto da demanda, o seu Relator, Min. Celso de Mello, não se sentiu acanhado em manifestar-se sobre a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, são as suas palavras:

⁶⁷ A situação fática que envolvia a ADPF e seu tempo foi rumorosa. Em apertada síntese, por ocasião do envio da proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), o Governo Federal fez incluir cláusula legislativa cujo resultado final seria a redução dos valores de receita pública que funcionam como base de cálculo para a definição dos recursos orçamentários vinculados à saúde, na forma do art. 198, § 2º. O tema foi objeto de sérias reações políticas e da sociedade – dentre elas, o ajuizamento da citada ADPF. A pressão política foi de tal ordem que o Presidente da República culminou por encaminhar nova proposta legislativa que superava a redução tentada empreender, reconduzindo o volume de recursos vinculados à saúde a seus níveis anteriormente praticados. Com a remessa da proposta legislativa, deu-se a perda de objeto da demanda já ajuizada.

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, nesse 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 irredutível 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, ADPF nº 45, 2004b, grifo nosso).

Cabe aqui, ressaltar um dado novo que, até então, não tinha sido abordado neste trabalho. É que de acordo com o trecho acima, verificamos que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas será legítima, na visão do Ministro Celso de Mello, sempre que os Poderes do Estado agirem de modo a comprometer o chamado mínimo existencial.

O mínimo existencial tem sido compreendido como o conjunto de prestações materiais, garantido pelo Estado, indispensáveis para assegurar aos indivíduos uma vida digna. Seu fundamento está nas condições para o exercício da liberdade, pois sem o mínimo necessário à sobrevivência, o homem não tem, sequer, as condições iniciais da liberdade. A saúde, por exemplo, é elemento imprescindível para a dignidade de qualquer ser humano, sem a qual não há como desfrutar do direito de liberdade.

A garantia do mínimo existencial tornou-se objeto de análises dos estudiosos brasileiros há pouco tempo. De acordo com Sarlet (2007), o primeiro ensaio sobre o tema data de 1989, escrito por Ricardo Lobo Torres.

O tema começou a ser discutido na Alemanha, tendo como primeiro nome na doutrina o publicista Otto Bachof, no início da década de 1950. Esse autor sustentou “a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna.” (SARLET, 2007, p. 100). O seu entendimento era no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana necessitava, além da garantia da liberdade, de um mínimo de segurança social, ou seja, recursos materiais para uma existência digna.

Logo após a formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, em decisão de 24/06/1954, reconheceu ao indivíduo carente o direito

subjetivo de auxílio material por parte do Estado. O argumento baseava-se no postulado da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o indivíduo deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que constitui, preliminarmente, a obrigação de manutenção das suas condições de existência. Poucos anos depois o legislador alemão regulamentou em nível infraconstitucional um direito a prestações no âmbito da assistência social. (SARLET, 2007)

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha também consagrou a garantia do mínimo existencial na década de 1970, reconhecendo a obrigação do Estado, como direito fundamental, em garantir condições mínimas para uma existência digna, o que integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito como uma de suas principais tarefas. Sarlet (2007) cita o seguinte trecho da decisão:

Certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais. (SARLET, 2007, p. 101)

Ainda baseada na discussão alemã da garantia estatal do mínimo existencial, a doutrina sustenta que não é possível quantificar a dignidade e que o valor da prestação assistencial dirigida a garantir as condições mínimas de existência está condicionado às flutuações socioeconômicas vigentes, bem como às expectativas e necessidades atuais. Em outras palavras, significa dizer que o direito subjetivo de se exigir prestações materiais do Estado, por esbarrar em questões de cunho financeiro, fica sujeito à disponibilidade de recursos. É a chamada reserva do possível.

Também proveniente do direito alemão, “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.” (BARCELLOS, 2002, p. 236).

A doutrina brasileira classifica a reserva do possível em fática e jurídica. No primeiro caso, estar-se-ia diante da ausência fática de recursos, falta de orçamento

ou exaustão do orçamento. No segundo caso, estar-se-ia diante da ausência de autorização orçamentária para determinado tipo de gasto à satisfação do direito prestacional envolvido.

De acordo com Sarlet (2006),

Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, um limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se dominou "reserva do possível", que, compreendida em sentido amplo, abrange, tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma. (SARLET, 2006, p.300-301).

Feitas estas considerações, cabe retornarmos ao precedente da ADPF nº45 MC/DF para verificarmos que o Ministro Celso de Mello, na contramão do que vinha sendo discutido pela doutrina brasileira, afirmou, categoricamente, que a cláusula de reserva do possível, como limite à concretização do direito à saúde, por falta de recursos financeiros, não pode ser invocada pelo Estado para eximir-se de tal obrigação:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, ADPF nº 45, 2004b).

Apesar das decisões do STF não serem dotadas de imediato efeito vinculante, o precedente gerado pela ADPF nº45 MC/DF passou a ser reiterado e citado incessantemente por todo o Poder Judiciário, causando um forte prejuízo aos Poderes Executivos dos entes federados.

Afinal, conforme já explicado linhas acima, o direito à saúde tem como diretrizes, expressamente trazidas na Constituição da República (arts. 196 e 198), o atendimento integral e o acesso igualitário e universal das ações e serviços de

saúde. Também, conforme já reforçado, a interpretação que mais tem sido aplicada ao art. 196, infelizmente, é a de que toda e qualquer necessidade relativa à saúde, seja a mais simples ou a mais complexa, a menos ou a mais onerosa, pode ser exigida por qualquer cidadão, seja ele pobre ou rico, criança, adulto ou idoso. Luiz Cietto (2003) faz a seguinte referência ao artigo constitucional em análise:

Este generoso e compreensivo conceito estabelece, desde logo, um compromisso com o princípio da universalidade da prestação dos serviços e ações, e mais, sob os auspícios e responsabilidades estatais. No plano discursivo, o Estado assume os riscos em prol da cidadania e do reconhecimento da saúde como direito social. No campo das realidades fáticas, e diante da frieza assustadora do espectro das possibilidades, seria o caso de se indagar: este dispositivo é viável ou constitui mera utopia? (CIETTO, 2003, p. 94-95)

Com efeito, para que o artigo constitucional ora discutido fosse plenamente efetivado, no sentido em que é interpretado, necessário seria um país ideal, sem qualquer desigualdade econômica e social, pois, do contrário, o seu objetivo seria inatingível.

A tal conclusão é possível chegar tendo em vista que o direito à saúde, mesmo como um corolário do direito à vida, sofre limitações sim, que, inclusive, não são apenas de ordem financeira. Outros recursos também são escassos para sua efetividade, tais como órgãos para transplante, pessoal especializado e equipamentos para atendimento a todos.

Críticas à parte, certo é que a ADPF nº45 MC/DF só foi o primeiro de muitos precedentes que ainda viriam a se consolidar no STF. Continuando a análise do repertório jurisprudencial em sua perspectiva coletiva, não podemos nos esquecer de mencionar as decisões da Presidência envolvendo pedidos de suspensão de liminar ou suspensão de tutela antecipada.

De início, devemos citar a STA nº 91/AL, DJ de 05/03/2007 (BRASIL, 2007c) na qual o Estado de Alagoas pedia o sobrestamento de provimento proferido em sede de ação civil pública, que determinava àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados, que na distribuição empreendida pela regulamentação ao SUS se apresentavam como de responsabilidade do Município de Maceió. A importância desse julgado reside no fato de a Min. Ellen Gracie enfatizar que as políticas públicas de saúde possuem uma relação de

interdependência com outras políticas, de modo que uma intervenção jurisdicional que se preze não pode deixar de levar em conta essas implicações.

Nesse sentido, são as suas palavras:

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 saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "[...] e outros medicamentos necessários para o tratamento [...]" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. (BRASIL, STA nº 91, 2007c).

Na sequência temporal, é digna de nota ainda a decisão havida nos autos da STA nº 185/DF, DJ de 14/12/2007 (BRASIL, 2007d) também de relatoria da Min. Presidente Ellen Gracie, que envolvia a pretensão da União, de reforma do acórdão havido no TRF 4º Região, que se determinava à União, pela via da antecipação de tutela, que fossem concretizadas, no prazo de trinta dias, todas as medidas que possibilitassem aos transexuais a realização, pelo SUS, da cirurgia de “transgenitalização”. Nessa oportunidade, a par de destacar uma vez mais a importância da consideração dos efeitos inter-relacionais de uma ordem judicial que interfira nas políticas públicas de saúde, voltou a Ministra a assinalar o risco de “problemas de alocação dos recursos públicos indispensáveis ao financiamento do Sistema Único de Saúde em âmbito nacional.” (BRASIL, STF, STA nº 185, 2007d).

Mas as considerações da Min. Ellen Gracie não se limitaram aos efeitos financeiros no tratamento da questão. Em verdade, aqui, mais uma vez, destaca ela a importância de que, em matéria de direito à saúde, se proceda à análise das particularidades do caso concreto, único critério possível de decisão do delicado conflito entre dever de promoção à saúde e proteção à vida de um lado, e planejamento das ações e reserva do possível de outro. Tal contorno fático, destaca a julgadora, tem se revelado elemento imprescindível à decisão, razão pela qual vem negando o STF as pretensões de caráter genérico, envolvendo obrigações de cunho prestacional: “[...] as decisões proferidas em pedido de suspensão, nesses casos, restringem-se ao caso específico analisado, não se estendendo os seus

efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual [...]” (BRASIL, STA nº 185, 2007d).

Merece ainda referência a decisão proferida nos autos da SL nº 228/CE, *DJ* de 21.10.2008 (BRASIL, 2008) no qual se discutia liminar proferida em face da União, Estado do Ceará e Município de Sobral, determinando a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que dispusessem de tais unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e funcionamento de dez leitos de UTIs adultas, dez leitos de UTIs neonatais e dez leitos de UTIs pediátricas, no prazo máximo de noventa dias. Importantes aspectos se tiveram por estabelecidos nesse particular pronunciamento.

A primeira afirmação relevante que se extrai da decisão proferida nos autos da SL nº 228/CE é a de que “[...] é possível identificar na redação do artigo constitucional (art. 196 CF) tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde [...]” (BRASIL, SL nº 228, 2008). Nesse particular, abre-se caminho para uma nova reflexão em relação ao caráter coletivo de um dos direitos fundamentais sociais (no caso, a saúde) em linha de contraste com a prestigiosa doutrina pátria que, normalmente, só reconhece o caráter coletivo aos direitos fundamentais de terceira dimensão⁶⁸. Destaque-se que, a rigor, essa linha de compreensão guarda harmonia com referências já expressas nas SS nº 3.201/GO e nº 3.274 (BRASIL, 2007e), pela anterior Presidência do STF - Min. Ellen Gracie - que associava igualmente o conteúdo do mencionado art. 196 da Constituição de 1988 a um dever objetivo do Estado de desenvolvimento de uma política pública de saúde, dever esse suscetível de controle judicial.

Segunda afirmação de grande relevância, cunhada ainda na SL nº 228/CE, é a de que

[...] não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (BRASIL, SL nº 228, 2008).

⁶⁸ Nesse sentido, são as palavras de Sarlet (2006) ao estabelecer as distinções entre as diversas dimensões de direitos fundamentais: “Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos da fraternidade ou da solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente como direitos de titularidade coletiva ou difusa.” (SARLET, 2006, p. 58).

O direito subjetivo está sempre ligado ao direito de ação. O interessado provoca o Poder Judiciário para obter uma sentença e, se necessário, a execução forçada contra a parte contrária. Nesse sentido, a decisão acima, ao reconhecer o direito público subjetivo a políticas públicas de saúde, está indiretamente legitimando, novamente, o controle jurisdicional de políticas públicas.

Nos últimos minutos do ano de 2008, consigne-se a decisão havida na STA nº 287/PR, DJ de 03/02/3009 (BRASIL, 2009c), que envolvia a crítica à ordem judicial exarada nos autos de ação civil pública oferecida em face da União, voltada à contratação emergencial de setenta e cinco profissionais de saúde e posterior convocação de concurso público para provimento de vagas destinadas à Unidade de Transplante de Medula Óssea da Universidade Federal do Paraná. Na ocasião, determinou-se de plano a suspensão da multa cominatória originalmente fixada de - multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais) - ao argumento de seu potencial de geração de grave lesão à ordem e economia públicas - restando pendente de decisão o provimento principal, atinente às contratações, que foi objeto de pedido de informações da Presidência, voltado ao Reitor e ao Diretor-Geral do Hospital de Clínicas da Universidade, onde se tem o serviço de transplante reputado como insuficiente no seu atendimento.

O mais interessante neste julgado é a referência, no conteúdo da decisão já proferida, ao depoimento do próprio Diretor da unidade de saúde envolvida, no sentido de que as carências são diversificadas, e de que a escolha apontada pela inicial de favorecer-se ao serviço de transplante de medula óssea possivelmente não se revelaria a providência mais adequada; e mais ainda, não se coadunaria com a escala de prioridades que as instâncias técnicas do mesmo hospital, chamadas a se pronunciar, desenhariam.

Tal depoimento reforça a tese, já ventilada ao longo deste trabalho, de que nem sempre o Poder Judiciário tem os conhecimentos técnicos necessários para obrigar o Poder Executivo a realizar uma determinada prestação na área da saúde.

Já no ano de 2009, tem-se relevante fato novo relacionado à orientação técnica das decisões envolvendo a tutela do direito fundamental à saúde no âmbito

do STF, provocado decerto, pelo número ainda consistente, de provocações à Presidência da Corte envolvendo o tema, como se verifica dos dados abaixo⁶⁹.

Tabela 3 - Evolução dos pedidos protocolados de SL, SS e STA no âmbito da Presidência do STF

ANO	SL	SS	STA	TOTAL
2011	91	203	106	400
2010	77	218	102	397
2009	61	363	107	531
2008	63	242	106	411
2007	70	429	89	588
2006	49	199	40	288
2005	41	250	35	326
TOTAL	452	1904	585	2941

Fonte: Adaptado BRASIL, 2011

O fato novo é a convocação originária da própria Presidência, em despacho datado de 05 de março de 2009, de audiência pública a se realizar nos dias 27 e 28 de abril, destinada à oitiva do “[...] depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde [...]”⁷⁰ (BRASIL, 2009a), com extensão de convites à participação, não só aos Ministros da Corte, mas também a várias autoridades representativas do Governo Federal e ainda da sociedade civil.

⁶⁹ Registre-se que a circunstância de se cuidar de SL, SS ou STA dirigida à Presidência do STF não significa, necessariamente, se cuide de demanda envolvendo direito à saúde, na sua dimensão individual ou coletiva. Todavia, como a articulação dessas providências, com frequência envolve os termos do art. 196 CF, o dado estatístico é relevante à percepção de que a matéria segue sendo submetida, em volume expressivo, à consideração da Presidência da Corte.

⁷⁰ O instrumento convocatório explicita ainda que a referida audiência envolveria questões como: 1) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) obrigação do Estado de fornecer prestações de saúde prescrita por médico não pertencente aos quadros do SUS sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registra dos na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; 6) fraudes ao Sistema Único de Saúde. (BRASIL, 2009a).

Não é ociosa, igualmente, a referência aos termos do Edital de Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº 4⁷¹, datado de 06/03/2009, nos termos da Resolução STF nº 388, que veicula proposta originária da Defensoria Pública Geral da União para que tornem expressas:

1) a “responsabilidade solidária dos Entes Federativos no que concerne ao fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de ilegitimidade passiva corriqueira por parte das Pessoas Jurídicas de Direito Público” e 2) “a possibilidade de bloqueio de valores públicos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, caput e § 2º da Constituição de 1988.”⁷² (BRASIL, 2009b).

Se no STF a discussão do tema das políticas públicas no segmento de saúde se vem sedimentando, com a incorporação da dimensão coletiva – seja pelo enunciado das decisões mais recentes, seja pela abertura a uma maior participação da sociedade em tema que lhe diz de perto, e que em muito se beneficiará dos aportes técnicos que se lhe possam oferecer; diferente não é de se mostrar o quadro no âmbito do STJ.

Reapresentando mais recentemente o debate do tema do controle de políticas públicas de saúde no Superior Tribunal de Justiça a partir de uma perspectiva coletiva, cite-se o REsp. nº 811.608/RS, *DJ* de 04/06/2007, Primeira Turma, relatoria do até então Min. Luiz Fux (BRASIL, 2007i) que envolvia ação civil pública destinada à implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul. A demanda coletiva fora provida pelo Tribunal de origem, interpondo a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), condenada à implantação da política pública discutida, o Recurso Especial, conhecido em parte tão-somente para afastamento da alegação de nulidade do acórdão. No mérito, consignou o STJ que o tema estava a

⁷¹ Cumpre ressaltar que a matéria envolvida na Proposta de Súmula Vinculante nº 4/2009 (BRASIL, 2009b) está sendo discutida nos autos do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN (BRASIL, 2007p) que, inclusive, teve sua repercussão geral reconhecida. Diante disso, a Comissão de Jurisprudência do STF, por cautela, entendeu que esta proposta deveria ser sobrestada, até que o referido apelo extremo fosse definitivamente apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

⁷² Mesmo que ainda não sumulada, a tese da responsabilidade solidária foi reafirmada pelo STF, à unanimidade de votos, nos autos da STA nº 175/CE, *DJ* de 30/04/2010, de relatoria do Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2010). Por sua vez, a possibilidade de bloqueio de valores públicos também encontra guarida no Tribunal, conforme se infere da decisão em Agravo Regimental nos autos do AI nº 700.543/RS, *DJ* de 24/09/2010, de relatoria da Min. Cármen Lúcia (BRASIL, 2010b).

envolver matéria de fundo constitucional, refugindo, portanto, à incidência daquele meio de impugnação⁷³. No entanto, o fato de ser uma decisão terminativa, não impediu o seu relator, a exemplo do ocorrido na já citada ADPF nº 45 MC/DF (BRASIL, 2004c) de tecer longas considerações acerca da questão de fundo, a saber, controle de constitucionalidade de políticas públicas⁷⁴.

Numa zona de fronteira entre o debate de direito individual e o controle de políticas públicas na perspectiva coletiva⁷⁵, assinala-se ainda o REsp. nº 577.836/SC, DJ de 28/02/2005, Primeira Turma, também de relatoria do Min. Luiz Fux (BRASIL, 2005b) que cuidava de decisão que determinara a extinção de ação civil pública ajuizada contra o Estado de Santa Catarina, tendo em vista a violação do direito à saúde de crianças e adolescentes catarinenses; haja vista o atendimento médico-cirúrgico prestado de forma irregular e deficiente pelo Hospital Infantil Joana de Gusmão, que nos termos da inicial, estaria a deixar sem a assistência devida aproximadamente seis mil e seiscentos pacientes infantis, muitos deles há quase um ano e meio, sob a alegação de não se conseguir vencer a procura pelo serviço. Extinta a ação na justiça estadual, por impossibilidade jurídica do pedido (o provimento pretendido pelo Ministério Público na ação civil pública correspondente se reputou por demais genérico, e envolvendo práticas jurisdicionais que careceriam de respaldo constitucional⁷⁶) o recurso especial restou provido, para fins de, reconhecendo-se a possibilidade em tese, de provimento jurisdicional nos termos em que fora requerido, assegurar-se o processamento do feito no juízo estadual originário.

Vale ainda o registro (embora o tema da saúde se apresente aí de forma reflexa) da decisão havida no REsp. nº 575.998/MG, DJ de 16/11/2004, Primeira

⁷³ Na mesma trilha de conclusões, cite-se ainda o REsp. nº 744.592/AM, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 27/11/2007, DJ, p. 1.142, 19/12/2007. (BRASIL, 2007g).

⁷⁴ Remete-se o leitor aos termos do precedente (com ementa extensa) cujo conteúdo se pode aferir, todavia, a partir de seu sumário assim lançado: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. (BRASIL, REsp. nº 811.608, 2007I).

⁷⁵ Diz-se zona de fronteira porque embora, evidentemente, se estivesse para além dos limites do debate individual; fato é que a regularização no atendimento de um único hospital (como se verá adiante, na descrição da hipótese fática cogitada) não compreende, propriamente, uma intervenção na política pública de saúde, mas em uma de suas vias de concretização.

⁷⁶ As providências requeridas, envolvendo atuações concretas da Administração Pública não revestidas da correspondente cobertura orçamentária, estariam a violar a estrutura constitucional de disciplina da concretização de despesas públicas, dentre outros argumentos.

Turma, Relator o Min. Luiz Fux (BRASIL, 2004a) em que o provimento do recurso determinou a restauração de decisão originária que envolvia a refixação da periodicidade e condições em que se verificaria a atividade pública de coleta de lixo no Município de Cambuquira. No tema específico dos limites e possibilidades do controle jurisdicional das políticas públicas, assevera a decisão em causa:

[...] 7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 10. "A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente." Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE." 11. Recurso especial provido. (BRASIL, REsp. nº 575.998/MG, 2004a).

4.3.2 O controle jurisdicional das políticas públicas de saúde em sua perspectiva individual

Não só sob o prisma do direito coletivo a matéria tem se apresentado aos Tribunais Superiores.

Precedente mais remoto no âmbito do STF se identifica no RE nº 271.286/RS, Relator Min. Celso de Mello (BRASIL, 2000c) originalmente decidido em sede monocrática, posteriormente confirmada por acórdão proferido em Agravo Regimental, 2º Turma, DJ de 24/11/2000. Naquela oportunidade, analisando a pretensão de reforma articulada pelo Município de Porto Alegre da decisão originária que lhe determinava a entrega do medicamento correspondente a portador de HIV destituído de recursos financeiros em relação de solidariedade com o Governo do Estado do Rio Grande do Sul, se afirmou o caráter imperativo da cláusula contida no art. 196, da CR/88, e o dever do poder público de formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas à garantia de acesso universal e igualitário à

assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Importante, todavia, sublinhar que nessa hipótese (que veio a se erigir como verdadeiro *leading case*) vários elementos particularizadores se punham, que com o seu evocar repetido, foram se perdendo, numa zona de nebulosidade que culminou por subverter seu real sentido.

Cuidava-se no precedente então construído, de jurisdicionado carente, bem como de política pública já enunciada (com problemas especificamente no que toca à sua implementação); esses elementos que justificavam o conteúdo da decisão, com o tempo e a reiteração do precedente, restaram enevoados. O conjunto expressivo, diga-se de passagem, de decisões monocráticas que sobreveio invocando a esse mesmo caso, afastando-se, todavia, das premissas de sua decisão, culminou por determinar um alargamento das hipóteses de tutela a direito individual, pela via da garantia de entrega de remédios, tratamentos médicos, intervenções cirúrgicas e outras providências⁷⁷.

Importante referir ainda às SS's nº 3.201/GO, *DJ* de 27/06/2007 (BRASIL, 2007e); e ainda nº 3.274/GO (BRASIL, 2007f) *DJ* de 22/08/2007; ambas de relatoria da então Min. Presidente Ellen Gracie, que tinham por objeto provimento jurisdicional relacionado ao fornecimento de medicamentos voltados ao tratamento de infertilidade feminina inespecífica. Inobstante ambas as demandas fossem individuais na origem, o pedido de suspensão de segurança envolvia a pretensão de que tal medida de exceção se aplicasse a esses feitos, e ainda a todos os demais de mesma natureza que se vinham cunhando, em verdadeiro efeito multiplicador, no Estado de Goiás⁷⁸. Na ocasião, a Presidência deferiu a suspensão de segurança pela ausência na espécie da irreversibilidade configuradora do provimento liminar, e negou ainda a extensão da decisão aos demais casos, ao argumento (reiterado) de que as decisões dessa natureza, por seu caráter excepcional, não de ter em conta as especificidades do caso concreto.

⁷⁷ A título de exemplo, podemos mencionar os Recursos Extraordinários nºs. 562.383, *DJ* de 08/10/2007 (BRASIL, 2007h) e 568.073, *DJ* de 21/11/2007 (BRASIL, 2007p); Agravos de Instrumento nºs. 583.067 (BRASIL, 2007o) 647.296 (BRASIL, 2007s) 667.205 (BRASIL, 2007r) *DJ* de 23/10/2007; todos de relatoria do Min. Celso de Mello.

⁷⁸ Os precedentes são bastante ilustrativos da circunstância de que, embora o debate em torno do direito fundamental à saúde se revele sempre sensível e sofrido, ele não contém necessariamente, em todas as hipóteses, o tema da preservação da vida. Mais ainda, como é de conhecimento comum, a escolha pela priorização de uma estratégia de tratamento da infertilidade como política pública prioritária implica numa escolha alocativa de recursos sujeita a sérias críticas, ao menos num país com a configuração do nosso, em que doenças como a tuberculose, malária e dengue, por exemplo, voltam a se apresentar como um problema de saúde pública.

Inobstante o balizamento que se vai conferindo à matéria, as demandas relacionadas à tutela individual de direito à saúde se multiplicam de forma incessante, do que resultou no reconhecimento de que o debate atinente a essa hipótese é revestido de repercussão geral. Tal pronúncia se deu nos autos da questão preliminar de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, Relator Min. Marco Aurélio, *DJ* de 15.11.2007 (BRASIL, 2007q) no sentido de que possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. A demanda se submetia ao STF, por provocação do Estado do Rio Grande do Norte, que vira desprovido no seu Tribunal de Justiça, apelo voltado contra decisão de primeiro grau que determinava a obrigação de fornecimento de medicamento de alto custo. O despacho, consignando a repercussão geral (chancelado à unanimidade pelos demais Ministros, na forma da lei e do Regimento) esclarece qual seja a pauta decisória posta à Corte, a saber:

Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde, ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença⁷⁹. (BRASIL, RE nº 566.471/RN, 2007p).

Na sequência dessa importante decisão de reconhecimento de repercussão geral na matéria, deu-se o requerimento vazado no bojo desse mesmo Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, de vinte pedidos de ingresso como *amicus curiae*, de pessoas jurídicas de direito público e entidades representativas de segmentos da sociedade civil, tendo nove deles sido deferidos pelo Min. Relator Marco Aurélio⁸⁰.

No âmbito do STJ, o tratamento do tema do controle das políticas públicas de saúde a partir da ótica da tutela de situação individual compreende um número

⁷⁹ Interessante observar que não obstante essa relevante decisão - que consigna repercussão geral ao tema, e da qual podem resultar efeitos vinculantes em todo o país (depois de proferida a decisão de mérito do correspondente recurso extraordinário) - fato é que a já citada audiência pública da saúde a esse mesmo caso pendente de apreciação não se reporta. Têm-se então a curiosa situação de convocação, pela Presidência, de um diálogo com a sociedade; e de outro lado, instauração, por provocação das próprias estruturas organizadas dessa mesma sociedade, de uma arena de debate no bojo do julgamento da repercussão geral, por força dos pedidos (deferidos) de ingresso como *amicus curiae*.

⁸⁰ Apesar de apenas nove requerimentos de *amicus curie* terem sido deferidos, o Min. Marco Aurélio Mello, em um único despacho, autorizou a participação de todos os Estados da Federação e do Distrito Federal, uma vez que o julgamento pelo Supremo em relação à causa do Estado do Rio Grande do Norte se mostrará único, repercutindo em um sem-número de relações jurídicas existentes nos outros entes da Federação.

expressivo de precedentes⁸¹ todos eles cunhados a partir da perspectiva ou da tutela do direito à vida, ou ainda do caráter universal à proteção à saúde.

4.4 O decidir simbólico: uma análise a partir do conjunto estabelecido de precedentes

O rápido percurso às decisões acima (que se apresentam emblemáticas no que toca à compreensão, e mais ainda, à estratégia de decisão de cada qual das Cortes Superiores) está a demonstrar claramente o processo de formação, ainda em curso, da delimitação da esfera possível de intervenção das políticas públicas, seja quando o tema se põe de pronto, a partir da sua compreensão global como dever posto ao Estado a partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁸²; seja quando ela se apresenta a partir da repercussão da eventual deficiência ou inexistência dessa mesma política de saúde na esfera dos direitos individuais.

De toda forma, ainda que em construção, a intervenção do Poder Judiciário não pode assumir conotações simbólicas, se equiparando à atuação do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

Ao longo deste trabalho, sustentamos que a legitimidade do Poder Judiciário para intervir em políticas públicas decorre da ineficiência dos outros poderes constituídos que formulam políticas meramente simbólicas, incapazes, portanto, de concretizar os direitos (principalmente os direitos sociais).

Diante desse cenário, a sociedade encontra no Poder Judiciário um forte aliado. Exigir em juízo os direitos sistematizados em políticas públicas passa a ser a tônica de uma sociedade já desacreditada com as ações estratégicas do Poder Público.

⁸¹ Cite-se ilustrativamente: de relatoria do Min. Luiz Fux, Primeira Turma, os Recurso Especiais nºs. 869.843/RS, *DJ*, 25/10/2007 (BRASIL, 2007k); 811.608/RS (BRASIL, 2007i), *DJ*, 15/05/2007; 753.565/MS (BRASIL, 2007l) *DJ*, 27/03/2007; de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, REsp. nº 901.289/RS (BRASIL, 2007m), *DJ*, 1/10/2007; e ainda, de relatoria do Min. José Delgado, REsp. nº 948.579/RS (BRASIL, 2007n), *DJ*, 13/09/2007; Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 485.969/SP (BRASIL, 2006c) *DJ*, 23/08/2006.

⁸² A perspectiva jurídica objetiva dos direitos fundamentais foi impulsionada com a lei fundamental de 1949 na Alemanha, sendo evocada pela doutrina e jurisprudência a emblemática decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional no caso Lüth. A partir daí, consignou-se que os direitos fundamentais não se limitavam à dimensão subjetiva de defesa do indivíduo face ao Estado, mas, para além disso, constituíam verdadeiras decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, possuindo dimensão axiológica representada pelos valores de toda comunidade, com eficácia em todo o sistema jurídico.

Dentro do código binário que rege o sistema jurídico (jurídico/antijurídico), a atuação do Poder Judiciário não é só legítima, como também legal. Afinal, políticas públicas visam direitos e se os direitos são ameaçados ou violados pela própria ineficiência da política, então, tem o Poder Judiciário possibilidade de intervir, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

O grande problema da intervenção judicial, portanto, não é a intervenção em si, mas a qualidade que o Poder Judiciário pretende imprimir ao seu agir interventivo. Dependendo de como o julgador se posiciona perante o caso concreto, o resultado poderá ser simbólico, já que se vende para os litigantes envolvidos no processo a falsa imagem de que se está realizando e reafirmando um direito relacionado à inclusão jurídica, quando, na verdade, está-se encobrendo uma situação jurídica de carência de direitos.

No caso específico das políticas públicas de saúde, as decisões tornam-se simbólicas pela aproximação que o julgador estabelece entre o direito à saúde (art. 196, da CR/88) e o direito à vida (art. 5º, *caput*, da CR/88) ⁸³.

A vida perante o julgador assume um caráter sagrado. Para o juiz e para as pessoas, de um modo geral, a preservação e a prosperidade da nossa espécie é algo de capital porque acreditamos que nossa espécie é o mais grandioso resultado da criação divina - se somos convencionalmente religiosos -, ou da evolução - se não somos religiosos - (DWORKIN, 2009).

Ao tratar a vida como uma responsabilidade sagrada, o peso sobre os ombros do juiz aumenta. Negar um remédio ou uma cirurgia reflete a iminência da morte. É como se ele assumisse a postura de um carrasco que leva o condenado para a forca. Julgar improcedente o pedido do doente é o mesmo que acelerar o seu processo em direção à cova.

A santidade da vida humana pode ser percebida na posição dos Tribunais Superiores. Muito embora o fornecimento de medicamentos tenha sido objeto de audiências públicas no STF, com vistas a uma decisão em regime de repercussão geral, a partir do *leading case*, o RE nº 566.471/RN (BRASIL, 2007p) há uma firme

⁸³ Para os gregos, o conceito de vida apresenta duas conotações: *zoe* que significa vida física ou biológica, e *bios*, que para eles designava a vida como processo *vivido*, formado pela totalidade de ações, decisões, motivos e acontecimentos que compõem o que hoje chamamos de biografia (DWORKIN, 2009). Como vimos no item 2.6.1 deste trabalho, o direito à saúde está ligado à noção de cidadania e não se resume aos serviços e ações médicas voltadas à manutenção da *zoe*. Na verdade, o conceito de saúde é mais amplo e requer um conjunto articulado de políticas sociais que promovam melhorias na *bios* de cada um dos indivíduos.

orientação no Tribunal, desde a ADPF nº 45 MC/DF (BRASIL, 2004b) até os dias atuais, de que o direito à vida é um direito superior, incapaz de ser contrastado com questões menores, como as finanças públicas e o orçamento.

Wang (2007), em trabalho apresentado na XI Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia, traz ótimo levantamento da jurisprudência do STF acerca da escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível.

Segundo o autor, quando estão em apreciação pedidos de fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, a escassez de recursos e a reserva do possível

[...] raramente são abordadas nas decisões, e nas poucas vezes em que aparecem, são tratadas de forma muito superficial, como se elas não pudessem trazer qualquer consequência mais relevante. Em nenhum voto as consequências econômicas das decisões foram elementos importantes na análise jurídica dos ministros, dando a entender que o direito à saúde não tem nos seus custos e na limitação de recursos do Estado um limite fático à sua plena concretização. (WANG, 2007, p. 13).

Por outro lado, em casos de ações coletivas e prestações que não parecem envolver direta e imediatamente riscos de morte, o STF vem considerando os limites orçamentários. É a situação, por exemplo, da já citada STA nº 185/DF, *DJ* de 14/12/2007 (BRASIL, 2007d) que suspendeu a decisão em ação civil pública que determinava à União que fossem tomadas todas as medidas necessárias para que fossem realizadas cirurgias de mudança de sexo pelo SUS.

Outro exemplo é a também citada STA nº 287/PR (BRASIL, 2009c), *DJ* de 03/02/2009, em que se determinou de plano a suspensão da multa cominatória (ao argumento de seu potencial de geração de grave lesão à ordem e economias públicas) imposta à União por decisão de tutela antecipada voltada à contratação temporária emergencial de setenta e cinco profissionais de saúde para uma unidade de Transplante de Medula Óssea⁸⁴.

⁸⁴ Fugindo da área da saúde, poderíamos citar os pedidos de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios. Segundo Wang (2010), “com exceção dos posicionamentos do Ministro Marco Aurélio, do Ministro Carlos Ayres Britto, e de alguns votos do Ministro Ilmar Galvão, todos os outros ministros mostram não só levar em consideração a escassez de recursos nos seus votos, como também fazem dela um dos argumentos principais para a fundamentação da decisão.” (WANG, 2010, p. 23).

O caráter sagrado dado ao direito à vida pelos Tribunais Superiores pode ser resumido nas palavras do Min. Celso de Mello, ao proferir o voto em Agravo Regimental nos autos do RE nº 393.175/RS, *DJ* de 16/02/2006:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. (BRASIL, RE nº 393.175/RS, 2006b).

Neste mesmo sentido vem decidindo o STJ. Confira-se exemplificativamente o julgado:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO.

1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes.

2. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.

3. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

(BRASIL, STJ. REsp nº 827.133/RS, 2006c).

O STJ se alinha ao STF não apenas na eficácia desse direito, mas também na (in) delimitação de seu conteúdo. Como restou afirmado no REsp. nº 904.443/RS:

[...] 3. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja

medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e consequências que possam acarretar a não realização. [...] (BRASIL, STJ. REsp. nº 904.443/RS, 2007j).

Os acórdãos acima demonstram que ambas as Cortes tratam o direito à vida como uma responsabilidade sagrada, não passível, portanto, de limitações do seu conteúdo⁸⁵.

No entanto, desconsiderar a escassez de recursos⁸⁶ na área da saúde, é o mesmo que abrir espaço para o simbolismo, pois na eminência de se salvar uma vida, pode-se matar tantas outras.

Wang (2006) bem destaca:

Este tipo de decisão ignora as suas próprias consequências distributivas, de decisão de alocação de recursos, pois decide que alguns ganharão sem pensar em quem perderá. Afinal, se os recursos são escassos, nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Portanto, tratar estes direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e esquece da realidade. (WANG, 2006, p. 24).

Ao desconsiderar a realidade, o Judiciário se mostra contraditório. Afinal, ele santifica a vida no âmbito das políticas públicas de saúde, mas se esquece de que outras políticas, quando ineficientes, também podem servir de ameaça à vida. Morre-se pela violência urbana, pelo caos aéreo e pela má conservação de estradas e rodovias. No entanto, nestes pontos, a intervenção do Poder Judiciário tem se mostrado tímida e de pouco efeito concreto.

⁸⁵ Não obstante a posição dos Tribunais Superiores, há acórdãos em sentido contrário nos Estados-Membros. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), por exemplo, em alguns julgados, mesmo que a questão de fundo seja de ordem processual (ausência de direito líquido e certo em sede de mandado de segurança), os Desembargadores têm se manifestado contrários ao fornecimento indiscriminado de remédios. A 7ª Câmara Cível daquele Tribunal, nos autos da Apelação Cível nº 1.0324.09.083381-9/001, Rel. Belizário de Lacerda, afirmou no final da ementa que: “Conquanto seja o Estado obrigado a prover a saúde de seus cidadãos esta obrigação encontra limites também na Constituição da República. Deve se haver com prudência a decisão que condena o Município a fornecer medicamento específico e de alto custo a paciente do SUS, sob pena de vulnerar o princípio de que todos são iguais perante a lei.” Não se trata de decisão isolada. Em consulta ao sítio do TJMG é possível encontrar vários precedentes em sentidos similares, muito embora alguns tenham por fundamento aparente a separação de poderes, no sentido de que “A competência para decidir sobre a alocação dos recursos públicos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes.” (MINAS GERAIS, Apelação Cível nº 1.0607.08.046815-2/003, 2010).

⁸⁶ Segundo Gustavo Amaral (2010), “dizer que um bem é escasso significa que não é suficiente para satisfazer a todos.” (AMARAL, 2010, p. 143). No caso da saúde a escassez pode ser financeira, mas também pode ser de outras montas tais como: falta de funcionários, falta de remédios, falta de órgãos para transplante, falta de instalações adequadas, falta de profissionais qualificados que aceitem a baixa remuneração paga pelo Poder Público, falta de particulares que aceitem prestar os serviços pelos valores pagos pelo SUS. (AMARAL, 2014).

Ademais, se a escassez de recursos na área da saúde não é levada em consideração no momento de aplicação do direito, então, qual a finalidade de se promover uma abertura dialógica das Cortes? O STF, por exemplo, ao convocar uma audiência pública para colher informações técnicas relativas às ações de prestação de saúde ou ao admitir a participação da sociedade no RE nº 566.471/RN, por meio do procedimento de *amicus curiae*, demonstra ter consciência de que suas pronúncias geram implicações sociais, econômicas e políticas, notadamente no campo da saúde, onde a conclusão estará a depender muitas vezes de uma *expertise* que não é própria daquele Tribunal.

Porém, eventos como estes não passam de uma mera *mise en scène*. A participação popular é apenas formal, posto que o convencimento dos ministros, no fundo, já se encontra formado. Isto é, a vida tem um valor supremo que não permite relativização frente a outros elementos da realidade, como, por exemplo, a escassez de recursos.

Tal afirmação faz mais sentido quando a confrontamos com a pesquisa de opinião apresentada por Marco Antônio Rezende Teixeira e Gustavo Magalhães (2008). Segundo os autores, durante o XIX Congresso da Associação dos Magistrados Brasileiros, foi perguntado aos julgadores qual era o poder de influência dos interesses do Estado sobre suas decisões. Para mais de 70% dos magistrados ali presentes, ao tomarem suas decisões ante o objeto da lide em julgamento, a capacidade financeira, operacional e orçamentária do Estado tem pouca ou nenhuma importância. Incluem-se aí 38,9% dos magistrados que “não consideram importantes os impactos orçamentários” ao proferir uma decisão.

Diante de tais dados, Marco Antônio Rezende Teixeira e Gustavo Magalhães (2008) ainda zombam de tais juízes, equiparando-os a Getúlio Vargas, durante o período do Estado Novo:

Diz-se que a história não se repete, a não ser como farsa. Mas houve no Brasil um caudilho – seu nome: Getúlio Vargas – que ante a polêmica de conflito entre fatos e legislação, saiu-se em tom de deboche: “A LEI, ORA A LEI”.

A ironia do líder do Estado Novo, não deveria se repetir na boca de magistrados que poderiam dizer no mesmo tom: A REALIDADE, ORA A REALIDADE. (TEIXEIRA; MAGALHÃES, 2008, p. 161).

A influência dos elementos que compõem a realidade, de fato, não pode ser tamanha a ponto de retirar a salubridade do código binário do direito. Álvaro Ricardo

Souza Cruz (2011) afirma que se os imperativos da economia de mercado (lucro/prejuízo) passarem, por exemplo, a guiar a conduta judicial, o direito tenderia a desaparecer com todos os riscos evidentes para a estabilização de uma sociedade e para a democracia. No entanto, nenhum juiz pode se dar ao luxo de ignorar, por completo, as consequências de uma decisão judicial. Para o autor,

[...] qualquer decisão deve observar as condições de possibilidade que a realidade impõe ao Direito, pois, em caso contrário, os juízes poderiam pensar também em declarar a inconstitucionalidade da “lei da gravidade”. Decisões trágicas são tomadas diante da escassez de recursos e exigem um exame mais apurado desse problema. (CRUZ, 2011, p. 220).

A dificuldade do julgador em lidar com elementos extrajurídicos encontra-se na própria interpretação que o Poder Judiciário constrói para os direitos fundamentais de cunho social.

Os direitos sociais têm por fim compensar as desigualdades sociais, ou seja, “não configuram um direito de igualdade [...], são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades.” (FARIA, 2002, p. 105). Nesse sentido, as normas que regulam direitos fundamentais sociais não podem ser interpretadas da mesma forma que as normas que regulam direitos fundamentais de cunho individual. José Eduardo Faria (2002) alerta para o fato de que o Judiciário está preparado para lidar somente com questões rotineiras, tratando “o sistema jurídico com um rigor lógico-formal tão intenso que inibe os magistrados de adotar soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva [...]” (FARIA, 2002, p. 99).

Assim, segundo Faria (2002), há uma hesitação dos magistrados em relação à interpretação e aplicação dos direitos sociais, ao terem que se posicionar sobre o sentido e o conteúdo das normas que expressam tais direitos. Para o autor, o Poder Judiciário, é uma “Justiça burocraticamente inepta, administrativa e processualmente superada” (FARIA, 2002, p. 99), já que ele não consegue processar satisfatoriamente os “conflitos de caráter intergrupais, intercomunitários e interclassistas” (FARIA, 2002, p. 99). Para resolver esses conflitos é necessário mediar os diferentes interesses coletivos, o que se torna inviável dado ao caráter formalista das leis e do pensamento jurídico pátrio, voltado, ainda, para o sistema jurídico-positivo qualificado pelo individualismo do Estado Liberal clássico.

Lidar com os diversos interesses coletivos requer uma flexibilidade e uma adaptabilidade às mudanças socioeconômicas que o magistrado ainda não está

preparado para enfrentar, pois lhes falta o conhecimento técnico e a experiência para compreender os novos institutos jurídicos e a complexa situação sócio-econômica-política sobre a qual o Executivo é obrigado a atuar. Neste sentido, Sarlet (2006), baseando-se no publicista suíço J. P. Müller, explica:

Falta aos Juízes a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, na medida em que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica. (SARLET, 2006, p. 325).

A efetivação dos direitos sociais requer uma mensuração dos interesses coletivos, o que implica “uma ‘sociologização’ da interpretação e aplicação das leis e dos códigos” (FARIA, 2002, p. 107). Essa interpretação já é uma realidade que pode ser vista no plano do direito contratual e do direito de propriedade, institutos típicos do direito privado que foram flexibilizados pelo pensamento de solidariedade.

No campo do direito social à saúde, a sociologização da interpretação ainda é acanhada e de pouca expressividade, principalmente, quando o espectro de visão se abre para todo o Poder Judiciário. Se o quadro aqui apresentado já determina alguma desarmonia no que toca às duas Cortes Superiores, quando se analisa a intervenção judicial nas instâncias inferiores, as distorções passam a ser gritantes. Desprezar a escassez de recursos para, por exemplo, obrigar o Poder Público a fornecer medicamentos contra a impotência ou a calvície é o cúmulo do absurdo! Não queremos minimizar os dramas humanos, mas pedidos desta monta não podem ser tratados como violações ao direito fundamental à saúde.

Também não é incomum na casuística do primeiro e do segundo grau de jurisdição, as narrativas de medicamentos deferidos *sine die*, que com o correr do tempo, não mais se apresentando como indispensáveis ao beneficiário da prestação jurisdicional, são destinados a um “mercado negro” de revenda de remédios. Também já se identifica a “indústria” de demandas tendo por objeto o fornecimento de medicamentos não incluídos nas listas oficiais de dispensação, com o que se objetiva gerar a (falsa) impressão de que sua inclusão nas respectivas listagens deva ser procedida pela estrutura do SUS.

Fato é que a multiplicação de hipóteses tem oferecido ao Judiciário a riqueza de dados que só a realidade da vida pode assegurar. No entanto, a visão de mundo

liberal clássica ainda impede que os magistrados se deixem influenciar, ao menos um pouco, pelos outros códigos binários que regem os demais sistemas parciais da sociedade. Julga-se procedente os pedidos de prestações e serviços de saúde simplesmente porque o fato de não fornecê-los é interpretado como uma violação ao texto constitucional.

Ora, o sentido dos direitos fundamentais é diferente em cada Constituição e em cada época. Dessa forma, os participantes do discurso, incluindo o juiz, precisam interpretar os direitos fundamentais de acordo com a realidade brasileira concretamente existente, buscando harmonizar a “tensão entre a validade do direito e a faticidade do real” (MELLO, 2001, p. 272), caso contrário, a sociedade livre, justa e solidária, tal como objetivada pela Constituição (art. 3º, I, da CR/88), jamais se concretizará.

5 CONCLUSÃO

A partir da abordagem histórica das políticas públicas de saúde no Brasil, verificamos que o sistema do previdencialismo, que vigorou da década de 1920 até a Constituição de 1988, ajudou a reforçar as desigualdades sociais e econômicas no país, uma vez que os trabalhadores urbanos do mercado formal, que pagavam contribuição previdenciária, eram beneficiados com o atendimento médico do setor privado, enquanto os trabalhadores rurais e do mercado informal ficavam na dependência do serviço de saúde pública.

Diante dessa clara divisão de tarefas e clientela, começam a surgir no Brasil movimentos pela universalização do sistema sanitário, a fim de que todos possam ser atendidos, sem preferências, pelo sistema público de saúde. O marco deste movimento foi a VIII Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, cujos eixos fundamentais de discussão foram *a saúde como direito, reformulação do sistema de saúde e financiamento do setor*.

O resultado dessa conferência foi um consenso político, permitindo a elaboração do projeto da reforma sanitária, caracterizado por três eixos principais: o conceito abrangente de saúde; saúde como direito de cidadania e dever do Estado; a instituição de um sistema único de saúde. Ainda foram estabelecidos como princípios do direito à saúde: universalização, integralidade, regionalização e hierarquização, descentralização, democratização das instâncias gestoras.

O relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde serviu de base para a elaboração do capítulo da saúde na Constituição de 1988, a primeira a contemplar expressamente esse direito.

Não há dúvida de que essa foi uma grande conquista para a sociedade na área da saúde. Entretanto, outros entraves surgiram, e, vinte três anos após a promulgação da Constituição de 1988, o direito à saúde, garantido a todos como dever do Estado de forma universal, não é realmente acessível a todos que dele dependem.

As políticas públicas que, teoricamente, deveriam efetivar o direito à saúde, são engendradas pelo Poder Público de forma simbólica, servindo à manipulação política e ao acobertamento de um contexto de carência de direitos.

Os exemplos apresentados ao longo deste trabalho, amparados, inclusive, em dados estatísticos e institucionais, demonstram que o simbolismo das políticas públicas de saúde não se encerra em uma mera afirmação especulativa.

A Política Nacional de Medicamentos, apesar de ter sido instituída, sob as bases da cooperação intergovernamental, se estabelece, na prática, como uma associação competitiva ou não cooperativa, onde o Município é o ente federado mais prejudicado, já que, ao longo dos tempos, ele vem assumindo encargos dos Estados-Membros e da União que teoricamente não lhe pertencem. Se o Município ainda for um polo de serviços dentro da sua região metropolitana, suas obrigações aumentam ainda mais, com a absorção de demandas que, em tese, pertenceriam aos Municípios vizinhos.

Pôde-se constatar, ainda, que no âmbito federal, predomina a formulação de políticas de governo ao invés de políticas de Estado. Afinal, políticas de governo produzem resultados imediatos e, quando bem executadas, conquistam a lealdade das massas. É bem verdade que em longo prazo uma política de governo pode levar à “descrença” no próprio sistema político. Porém, como restou demonstrado, ao menos, até o presente momento, as políticas de saúde do governo federal têm conseguido convencer o público das suas “boas intenções”.

Foi observado, também, que a estrutura da Administração Pública dificulta a elaboração de um planejamento integrado na área da saúde. Sua organização tradicional, com modificações geralmente realizadas de improviso, impede o pleno desenvolvimento das políticas públicas, o que chega a ser um contrassenso. Afinal, diante de um cenário de recursos escassos, se faz mais do que necessária a elaboração de um planejamento integrado entre as diversas secretarias e ministérios a fim de se possibilitar a concretização de um maior número de direitos.

Como último exemplo de simbolismo, examinou-se a realidade dos conselhos de saúde. Ali, no entanto, a democracia sanitária ainda não chegou. Mesmo que a participação popular seja formalmente garantida pelo texto constitucional, percebe-se que a sociedade tem se mostrado apática e pouco interessada em se envolver com os canais de participação e diálogo que lhe são ofertados.

Inclusive, a intervenção do Poder Judiciário, a cada dia que passa, ganha maior destaque exatamente porque, em uma sociedade imediatista, é muito mais prático, rápido e eficiente cobrar ações dos Poderes Públicos em juízo, do que

passar horas e horas discutindo políticas públicas que sequer sabemos se serão implementadas.

Diante desse quadro, exigir em juízo os direitos sistematizados em políticas públicas passa a ser a tônica de uma sociedade já desacreditada com as ações estratégicas do Poder Público.

Dentro do código binário que rege o sistema jurídico (jurídico/antijurídico), a atuação do Poder Judiciário não é só legítima, como também legal. Afinal, políticas públicas visam direitos e se os direitos são ameaçados ou violados pela própria ineficiência da política, então, tem o Poder Judiciário possibilidade de intervir, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

O grande problema, no entanto, é que o Poder Judiciário, ao intervir nas políticas públicas de saúde, também assume uma postura simbólica, pois a pretexto de se tentar mudar o cenário de carência de direitos a um só golpe, ele ignora a realidade fática, desprezando outros tipos de carência (falta de dinheiro, funcionários, equipamentos, instalações) que assolam os Poderes Públicos.

Apesar dos Poderes Executivo e Judiciário contribuírem para uma realidade simbólica, não encerramos este trabalho com uma visão pessimista. Agir de tal forma seria o mesmo que aceitar o conformismo que rege a sociedade moderna. Nesse sentido, não podemos nos esquecer de que a força simbólica das políticas públicas é ambivalente. Se hoje prepondera seu lado negativo, nada impede que, no futuro, ocorra uma inversão dos seus polos, prevalecendo o lado positivo.

Afinal, mesmo em uma sociedade conformada, grupos dissidentes, que se recusam a repetir o comportamento das grandes massas, podem existir. Ainda que pequenos e limitados, tais grupos podem se envolver criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, na luta política pela ampliação da cidadania. Se não é uma solução pronta e acabada, ao menos, é uma luz no fim do túnel. Através desta luta, talvez, um dia, tenhamos um Estado mais preocupado em concretizar os direitos sistematizados em políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Mônica. Política urbana e governança: o perfil da participação social na Região Metropolitana de Belo Horizonte. In: MENDONÇA, Jupira Gomes de; GODINHO, Maria Helena de Lacerda (Org.). **População, espaço e gestão na metrópole: novas configurações, velhas desigualdades**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2003, p. 265-288.

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os barões da federação**. São Paulo: Hucitec, 1998. 253p.

ABRUCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. **Reforma do Estado e o contexto federativo brasileiro**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999. 187p.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Trad. de Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 116p.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 200p.

ANDRADE, Eli Iôla Gurgel. Estado e Previdência no Brasil: uma breve história. In: MARQUES, Rosa Maria et al.(Org.). **A previdência social no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. 167p. (Cadernos da Fundação Perseu Abramo ; 2)

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 207, item n. 05.

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006. 304p.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. 176p.

ARAÚJO, Marinella Machado. Fundamentação jurídico-legal e financiamento da cooperação interinstitucional: construindo administrações públicas dialógicas. In: CASTRO, Erika de; WOJCIECHOWSKI, Maciej John (Org.). **Inclusão, colaboração e governança urbana: perspectivas brasileiras**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2010, p. 141-154.

AROUCA, Antônio Sérgio da Silva. Democracia é saúde. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8, 1986. Brasília-DF, **Anais...** Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2011.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 95p.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 340p.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 327p.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 363p.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, abr./maio/jun., 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BARTOLOMEI, Carlos Emmanuel Fontes. CARVALHO, Mariana Siqueira de. DELDUQUE, Maria Célia. A saúde é um direito! **Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v. 27, nº 65, p. 184-191, set-dez. 2003.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Ed. da UNESP, 1997. 264p.

BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Saúde. **Relatório de gestão 2007**. Belo Horizonte: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, 2008. Disponível em: <http://www.pbh.gov.br/smsa/arquivos/relatorio_de_gestao_final_24-04-2008.pdf>. Acesso em: 25 de jan. 2012.

BELO HORIZONTE, Secretaria Municipal de Saúde. **Plano municipal de saúde 2010-2013**. Belo Horizonte: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, 2010. Disponível em: <http://www.pbh.gov.br/smsa/arquivos/plano_municipal_de_saude_de_belo_horizonte_2010_2013.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. 190p.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Federação e federalismo**: uma análise com base na superação do Estado nacional e no contexto do Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010 386p.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 1996. 71p.

BICKEL, Alexander Mordecai. **The least dangerous branch**: The Supreme Court at the bar of politics. Connecticut: Yale Press University, 1986. 306p.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 337p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2004. 232p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806p.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. Norma Operacional Básica do SUS – NOB/SUS 01/96. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 nov. 1996. 1996c. Disponível em: <http://www.esp.rs.gov.br/esp2/img2/NOB%20SUS%2001_96.pdf> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 204, de 29 de janeiro de 2007. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. **Diário do Senado Federal**, Brasília, 5 mar. 2007a. Disponível em: <<http://www.sbrafh.org.br/biblioteca/Manual%20Ass%20Farm%20no%20SUS%20CFF%20CRF%20PR.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Norma Operacional Básica do SUS – NOB/SUS 01/96. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 nov. 1996. 1996a. Disponível em: <http://www.esp.rs.gov.br/esp2/img2/NOB%20SUS%2001_96.pdf> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923. (Lei Eloy Chaves). **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 jan. 1923. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1923/4682.htm>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>> Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Constituição. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 1990. 1990b. Disponível em: <portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. 1990c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990. 1990d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999: Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde**, 1986. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 nov.1998. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 24 de jan. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 648, de 28 de março de 2006. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica para o Programa Saúde da Família (PSF) e o Programa Agentes Comunitários de Saúde (PACS). **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 mar. 2006. 2006a. Disponível em: <dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-648.htm>. Acesso em: 07 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Emenda constitucional nº 14, de 14 de setembro de 1996: Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 set. 1996. 1996b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc14.htm>. Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Emenda constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000: Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 set. 2000. 2000a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000: Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2000. 2000b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm>. Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981: Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras

providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005: Institui o Programa Universidade para Todos - ProUni, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jan. 2005. 2005a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm>. Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. 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 União**, Brasília, 31 dez. 1990. 1990a. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1990/8142.htm>>. Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.656 - de 3 de junho de 1998: Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 7.347 - de 24 de julho de 1985: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 6 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 11.448 de 15 de janeiro de 2007: Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jan. 2007b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11448.htm>. Acesso em: 6 fev. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 11.448 de 15 de janeiro de 2007: Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jan. 2007b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11448.htm>. Acesso em: 6 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 577.836/SC. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 28 fev. 2005. 2005b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=

ATC&sSeq=1570218&sReg=200301454392&sData=20050228&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 7 fev. 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 485.969/SP. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 11 set. 2006. 2006c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2589479&sReg=200501521631&sData=20060911&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 7 fev. 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 904.443/RS. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 26 fev. 2007. 2007j. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2901552&num_registro=200602573973&data=20070226&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 869.843/RS. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 15 out. 2007. 2007k. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3400909&sReg=200601525703&sData=20071015&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 8 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 753.565/MS. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 28 maio 2007. 2007l. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=681335&sReg=200500865852&sData=20070528&formato=PDF> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 901.289/RS. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 1 out. 2007. 2007m. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3370912&sReg=200602448308&sData=20071001&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 8 fev. 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 948.579/RS. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 13 set. 2007. 2007n. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3345551&sReg=200700998210&sData=20070913&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 8 fev. 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 827.133/RS. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 4 jun. 2006. 2006c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2901552&num_registro=200602573973&data=20070226&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 811.608/RS. Relator. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 4 jun. 2007i. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=3126765&num_registro=200600123528&data=20070604&tipo=5&formato=HTML> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 575.998/MG. Relator. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 16 nov. 2004. 2004a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1463207&num_registro=200301350748&data=20041116&tipo=5&formato=HTML> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 744.592/AM. Relator. Min. Denise Arruda. Primeira Turma. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 19 dez. 2007g. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3543129&sReg=200500631250&sData=20071219&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 91/AL. Rel. Min. Ellen Gracie. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 5 mar. 2007. 2007c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2466232>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 MC. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 5 abr. 2004. 2004b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>> Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 185. Rel. Min. Ellen Gracie. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 14 dez. 2007d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2579141>> Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 3.201/GO. Rel. Min. Ellen Gracie. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 27 jun. 2007. 2007e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2512021>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 3.274/GO. Rel. Min. Ellen Gracie. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 27 ago. 2007. 2007f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2533649>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 287/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 3 fev. 2009c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644876>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 562.383/PR. Rel. Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 8 out. 2007h. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2555746>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 228/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 21 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>

portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2604891> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 175/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 30 abr. 2010. 2010a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>> Acesso em: 7 fev. 2012.

RASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informações gerenciais do STF: processos protocolados, distribuídos e julgados por classe processual - 1990 a 2011**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 14 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 393.175/RS. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 16 fev. 2006. 2006b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 583.067/RS. Rel. Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 23 out. 2007o. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2361378>> Acesso em: 8 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 700.543/RS. Rel. Carmen Lúcia. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 24 set. 2010b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2591422>> Acesso em: 8 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 271.286/RS. Rel. Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 24 nov. 2000. 2000c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1820623>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em RE nº 566.471/RN. Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 7 dez. 2007p. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>> Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 568.073/RN. Rel. Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 21 nov. 2007q. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2569477>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 667.205/PE. Rel. Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 23 out. 2007r. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2530387>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 647.296/SC. Rel. Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 23 out. 2007s. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2493241>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho de Convocação de Audiência Pública. Presidente Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 5 mar. 2009a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf> Acesso em: 7 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Edital de Proposta de Súmula Vinculante nº 4. Secretaria Judiciária do Supremo Tribunal Federal. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 mar. 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2652147>> Acesso em: 7 fev. 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Instituto Pólis, 2001, v. 2, p. 5-16.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006a. 344p.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006b, p. 1-49.

CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense; HOFMEISTER, Wilhelm (Org.). **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Parte I, p. 69-94.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. 1352p.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Resposta J. J. Gomes Canotilho. In: JACINTO, Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33-36.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n.3, maio 1999. p. 473-486.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 1056p.

CAZUZA; FREJAT, Roberto. Maior abandonado. In: VERMELHO, Barão. **Maior abandonado**. Rio de Janeiro: Som Livre, 1984. Faixa 1. Compact Disc.

CEFOP. **Breve história das políticas de saúde no Brasil**. São Paulo, [19 --]. Mimeografado.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2008. 440p.

CIETTO, Luiz. Considerações sobre princípios e regras constitucionais e o direito à saúde: normas programáticas ou operativas? **Revista Jurídica**, Campinas, v. 19, n. 1, p. 59-78, 2003.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. 246p.

COHN, Amélia. Mudanças econômicas e políticas de saúde no Brasil. In: LAURELL, Asa Cristina (Org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. São Paulo, Cortez, 1997, p. 225-244.

COHN, Amélia et al. **A saúde como direito e como serviço**. São Paulo: Cortez, 1991. 164p. (Pensamento social e saúde; 7)

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Pesquisa CNI – IBOPE**: retratos da sociedade brasileira: saúde pública. Brasília: CNI, jan. 2012. 67 p.

CLARK, Giovani. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 266p.

CLARK, Giovani. Política econômica e estado. In: GALUPPO, Marcelo Campos. (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, v. 1, p. 239-248.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan.-mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2, p. 343-359.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. 214p.

CRIVELLA, Marcelo. PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 51 de 2008: Institui a Política Nacional de Abastecimento. **Diário do Senado Federal**, Brasília, 4 mar. 2008. Disponível em: <
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=84102>.
Acesso em: 07 fev. 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O discurso científico na modernidade**: o conceito de paradigma é aplicável ao direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 232p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 195-248.

CUNHA, João Paulo Pinto da; CUNHA, Rosani Evangelista da. Sistema Único de Saúde: princípios. In: CASTRO, Janete Lima de; SANTOS NETO, Pedro Miguel dos. BELISÁRIO, Soraia Almeida (Org.). **Gestão municipal de saúde: textos básicos**. Rio de Janeiro: Brasil. Ministério da Saúde, 2001, p. 285-304.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A participação popular na vigilância sanitária para a garantia do direito à saúde. **Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v. 27, nº 65, p. 364-375, set-dez. 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 247-266.

DIAS, Hélio Pereira. Saúde como direito de todos e dever do Estado. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8, 1986. Brasília-DF, **Anais...** Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004. 751p.

DRAIBE, Sônia Miriam. A construção institucional da política brasileira de combate à pobreza: perfis, processos e agenda. **Cadernos de Pesquisa**, Campinas, nº 34, p. 13-42. 1998.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 362p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.

ESCOREL, Sarah; TEIXEIRA, Luís Antônio. História das políticas de saúde no Brasil de 1822 a 1963: do império ao desenvolvimentismo populista. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (Org.), **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008, p. 333-384.

ESCOREL, Sarah. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (Org.), **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2008, p. 385-434.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 521p.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 95-112.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. Pacto federativo e políticas públicas de saúde: quem paga o pato? In: CICLO DE DEBATES, 2010, Belo Horizonte, MG. **Pacto federativo, questão tributária e políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2010. Disponível em: <www.ammp.org.br/smmaster/inst/artigo/Artigo-27.doc> Acesso em: 8 ago. 2011.

FERRARI, Celson. **Curso de planejamento municipal integrado: urbanismo**. 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1991. 631p.

FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 47-66, jan./fev./mar. 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa. **Folha de São Paulo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [1995]. 687p.

FREIRE, Paulo. **Ação cultural para a liberdade e outros escritos**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. 149p.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. 196p.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991. 177p.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do Pensamento Jurídico: um exemplo a partir da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos. (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, v. 1, p. 515-530.

GALUPPO, Marcelo Campos. A hora de brilhar: direitos fundamentais na trilha da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 263-276.

GOLDEBERG, Daniel Krepel. O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa (Org.), **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: Ipea, 2007, p. 43-82.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 336p.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002. 279p.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. 262p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. 55p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. nv. (Biblioteca tempo universitário ; 101/102)

HIGGINBOTHAM, Peter. **The workhouse**: the story of an institution. Disponível em: <<http://www.workhouses.org.uk/>>. Acesso em: 4 out. 2011.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999. 256p.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**: versão 3.0. Rio de Janeiro: Objetiva, [2009]. 1 CD-ROM

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

KUGELMAS, Eduardo. A evolução recente do regime federativo no Brasil. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense; HOFMEISTER, Wilhelm (Org.). **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Parte I, p.29- 49.

LAFER, Celso. **JK e o programa de metas (1956-1961)**: processo de planejamento e sistema político no Brasil, Rio de Janeiro: FGV, 2002. 256p.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades. **Interesse público**, Sapucaia do Sul, v.8, n. 38, p.63-76, jul./ago. 2006.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. 219p.

LUZ, Madel Therezinha. Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de “transição democrática” - anos 80. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 77-96, 1991.

MAGALHÃES, José Luis Quadros de. O poder local no Brasil: a alternativa da democracia participativa. **Revista katálysis**, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 85-98, jan./jun. 2004.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006b, p. 51-74.

MÉDICI, André. A seguridade social e a saúde. In: BRASIL, Ministério da Previdência Social. **A previdência social e a revisão constitucional**. Debates. Brasília: CEPAL, 1994, p. 219-241. v,2

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002. 790p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. 1102p.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 239-284, abr.-jun. 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Reexame necessário. Mandado de segurança. Fornecimento de medicamento. Legitimidade passiva. Cláusula da reserva do possível. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Apelação Cível nº 1.0607.08.046815-2/003, Rel. Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 9 set. 2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=607&ano=8&txt_processo=46815&complemento=3&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>> Acesso em: 7 fev. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Mandado de segurança. Estado. Tratamento médico. Fornecimento de tratamento alternativo e eficaz. Prova pré-constituída. Ausência. Denegação da ordem. Apelação Cível nº 1.0324.09.083381-9/001, Rel. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 14 out. 2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=324&ano=9&txt_processo=83381&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>> Acesso em: 7 fev. 2012.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999. 207p.

MORAND, Charles-Albert. **Le droit néo-moderne des politiques publiques**. Paris: LGDJ, 1999. 224p.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 320 p.

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **A análise das políticas públicas**. Pelotas: Educat, 2004. 157p.

NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./nov./dez., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 08 jan. 2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 263p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 208p.

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. Participação, saúde e direito na assembléia nacional constituinte: um resgate do debate. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14, 2005. Fortaleza-CE. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/conpedi_fortaleza.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constitution of the world health organization**: basic documents. Genebra: OMS, 1946. Disponível em: <whqlibdoc.who.int (pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2011.

PAIM, Jairnilson Silva. Direito à saúde, cidadania e Estado. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8, 1986, Brasília-DF. **Anais...** Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf>. Acesso em: 23 out. 2011.

PEDRALVA, Bruno. **O movimento da reforma sanitária**. 2006. Disponível em: <<http://www.daab.org.br/texto.asp?registro=105>>. Acesso em: 06 nov. 2011.

PERFIL dos Conselhos Municipais da Região Metropolitana de Belo Horizonte - 2000/2001 volume 1: relatório estatístico. Belo Horizonte: OPUR/RMBH-PUC Minas, 2001. s.p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000. 458p.

PUTNAM, Robert D.; LEONARDI, Robert; NANETTI, Raffaella. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Comunidade e democracia**: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1996. 257p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil São Paulo: Saraiva, 2004. 391p.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Serviço público de saúde. Fornecimento de medicamento. Relação nacional. Lista do gestor estadual do SUS. AI nº 70021991948. 22ª Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. **Diário de Justiça**, Porto Alegre, 19 dez. 2007. 2007a. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70021991948&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>> Acesso em: 07 fev. 2012.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. A reforma sanitária e o Sistema Único de Saúde: suas origens, suas propostas, sua implantação, suas dificuldades e suas perspectivas. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. NESP. **Incentivo a participação popular e controle social no SUS**: textos técnicos para Conselheiros de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 1998. p.7-17.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde**: promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003. 260p.

ROSENMAN, Marcos Roitman. **El pensamiento sistémico**: los orígenes del social conformismo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2003, 136p.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**: romance. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 310p.

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, jan. 2002. Disponível em: Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, p. 121-168, 2004.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 493p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do consumidor**, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 90-124, jan. - mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben Alcântara (Org.). **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto da Saúde, 2009, p. 25-62.

SARMENTO, Daniel. **Direito fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. 364p.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 224p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996. 818p

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2004. 277p.

SILVA, Pedro Luiz Barros; MELO, Marcos André Barreto de. O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características e determinantes da avaliação de programas e projetos. **Cadernos de Pesquisa**, Campinas, n.48, p. 1-17, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. 280p.

SOMARRIBA, Mercês (Coord.). **Descentralização e governança no setor saúde em Belo Horizonte**. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1998. 144p.

SOUZA, Nelson Mello e. O planejamento econômico no Brasil: considerações críticas. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 18, nº 4, p. 25-71, out./dez. 1984.

SPAHN, Paul Bernd. Da controvérsia sobre a compensação financeira na Alemanha. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense; HOFMEISTER, Wilhelm (Org.). **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Parte IV, p. 147-172.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 264p.

TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. Cidadania, direitos sociais e Estado. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8, 1986. Brasília-DF, **Anais...** Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2011.

TEIXEIRA, Marco Antônio Rezende; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. A judicialização das políticas públicas. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 141-161, jul./dez. 2008.

VILANI, Maria Cristina Seixas. Cidadania moderna: fundamentos doutrinários e desdobramentos históricos. **Cadernos de Ciências Sociais: [Belo Horizonte]**, Belo Horizonte, v. 8, n. 11, p. 47-64, dez. 2002.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DA ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA E CARIBE DE DIREITO E ECONOMIA (ALACDE), XI, 2007, Brasília-DF. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE)**: annual papers. Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007, p. 01-26. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alcde/050207-16>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 405p.