



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO

Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

Mestrado em Direito

**ORIENTAÇÕES E CRITÉRIOS NA CONCESSÃO DE
MEDICAMENTOS: A QUESTÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS**

RAFAEL MEIRELES SALDANHA

RIO DE JANEIRO

2014

RAFAEL MEIRELES SALDANHA

ORIENTAÇÕES E CRITÉRIOS NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS: A
QUESTÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

RIO DE JANEIRO
2014

RAFAEL MEIRELES SALDANHA

Esta dissertação foi julgada adequada para à obtenção do grau Mestre em Direito e Políticas públicas e aprovada em sua forma final pelo Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.

Rio de Janeiro, 14 de abril de 2014

Professor Dr. André Ricardo Cruz Fontes

Professor Orientador

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Professor Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça

Professor Coorientador

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Professora Dra. Aricia Fernandes Correia

Professora convidada

Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação ao meu pai Carlos Saldanha Filho, minha mãe Maria Gracinda Meireles Saldanha e minha namorada Fernanda Barreto Alves, que me apoiam incondicionalmente em todas as minhas escolhas, me enriquecem de sabedoria a cada conselho, e alegam minha vida em cada sorriso. Vocês tornaram a caminhada possível e me inspiram a seguir sempre em frente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a *Deus*, por todas as graças concedidas, sobretudo me dando saúde e me confortando nos momentos difíceis.

Agradeço aos meus pais, *Carlos Saldanha Filho* e *Maria Gracinda Meireles Saldanha*, por terem me proporcionado tudo o que podiam para o meu desenvolvimento intelectual e emocional, sempre me colocando em primeiro lugar em suas vidas.

Agradeço a minha namorada, *Fernanda Barreto Alves* por todo o apoio na elaboração desta dissertação, discutindo ideias e revisando o texto, e principalmente, por carinhosamente me estimular nos momentos de fraqueza.

Agradeço ao meu Professor Orientador, *André Ricardo Cruz Fontes*, por aceitar o desafio de me orientar, dividindo muito do seu conhecimento acadêmico por meio de suas ricas colaborações, além de sempre se colocar à disposição para a solução de qualquer dificuldade.

Agradeço ao meu Professor Coorientador, *Paulo Roberto Soares Mendonça*, por acompanhar meu desenvolvimento acadêmico desde o primeiro período na Faculdade de Direito, sempre me aconselhando e guiando nesta longa jornada até aqui, e ainda compartilhar, pacientemente, seu rico conhecimento.

Agradeço à Professora *Aricia Fernandes Correia*, por, gentilmente, ter aceitado o convite para participar da minha banca examinadora para obtenção do grau de Mestre.

“Para saber o quanto a nossa felicidade depende da jovialidade do ânimo e este do estado de saúde, é preciso comparar a impressão que as mesmas situações ou eventos exteriores provocam em nós nos dias de saúde e vigor com aquela produzida por eles quando a doença nos deixa aborrecidos e angustiados.

O que nos torna felizes ou infelizes não é o que as coisas são objetiva e realmente, mas o que são para nós, na nossa concepção.

É o que anuncia Epicteto: O que comove os homens não são as coisas, mas a opinião sobre elas. Em geral, 9/10 da nossa felicidade repousam exclusivamente sobre a saúde.

Com esta, tudo se torna fonte de deleite.

Pelo contrário, sem ela, nenhum bem exterior é fruível, seja ele qual for, e mesmo os bens subjetivos restantes, os atributos do espírito, do coração, do temperamento, tornam-se indisponíveis e atrofiados pela doença.

Sendo assim, não é sem fundamento o fato de as pessoas se perguntarem umas às outras, antes de qualquer coisa, pelo estado de saúde e desejarem mutuamente o bem-estar.

Pois realmente a saúde é, de longe, o elemento principal para a felicidade humana.

Por conta disso, resulta que a maior de todas as tolices é sacrificá-la, seja pelo que for: ganho, promoção, erudição, fama, sem falar da volúpia e dos gozos fugazes.

Na verdade, deve-se pospor tudo à saúde.”

(Arthur Schopenhauer, 1851)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar o controle judicial na concessão de medicamentos no Brasil. Inicialmente, analisamos os direitos sociais prestacionais à luz das Declarações de Direitos do Homem. A pesquisa busca observar a evolução dos direitos fundamentais utilizando a doutrina de Robert Alexy com o intuito de examinar se a ausência de uma prestação prevista na constituição pode gerar um direito subjetivo ao indivíduo de exigí-la judicialmente. Em um segundo momento, são realizados estudos sobre o conceito, tipo de abordagem e ciclo de elaboração das políticas públicas. A pesquisa evidencia o Poder Judiciário como ator estatal envolvido no processo de tomada de decisão de políticas públicas na área da saúde, dando ênfase na relação entre a intervenção dos juízes e a democracia. O arcabouço teórico que fundamenta as análises parte do estudo das concepções contemporâneas sobre o conteúdo das constituições e atividade jurisdicional, observando o debate entre procedimentalistas e substancialistas. No intuito de analisar o controle judicial de políticas públicas para a concessão de medicamentos no Brasil, a pesquisa parte do movimento sanitarista brasileiro ao longo do século XX e evidencia sua relação com o desenvolvimento do Direito Social à Saúde. Além disso, analisa o atual estado da judicialização na concessão de medicamentos para que, a partir do exame deste panorama acerca da judicialização das políticas públicas da saúde, seja estudada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito social à saúde; controle judicial das políticas públicas; concessão judicial de medicamentos.

ABSTRACT

This work aims to analyze judicial review in granting medicines in Brazil. Initially, we analyzed the prestacional social rights in the Declarations of Human Rights. The research aims to observe the evolution of fundamental rights using the doctrine of Robert Alexy in order to examine whether the absence of a benefit provided for in the constitution can generate a subjective individual right to demand it in court. In a second step, studies on the concept, approach and the cycle of elaboration of public policies will be object of scrutiny. The research highlights the judiciary as state actor involved in the decision making of public policies in health, with emphasis on the relationship between the intervention of judges and democracy. The theoretical framework underlying the analysis will be oriented by the contemporary conceptions of the content of constitutions and judicial activity, observing the debate between proceduralists and substantialists. In order to analyze the judicial control of public policies for the provision of medicines in Brazil, the research addresses the Brazilian health movement throughout the twentieth century and shows its relationship to the development of the Social Right to Health. Furthermore, it analyzes the current process of judicialization in granting medicines to – from an examination of this overview on the judicialization of public health policies – study the jurisprudence of the Supreme Court on the subject.

KEYWORDS: Social right to health; judicial control of public policies ; court granting medicines.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 OS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS À LUZ DAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM.....	15
1.1 As declarações de Direitos do Homem.....	15
1.2 As dimensões dos direitos fundamentais	19
1.3 A subjetivação do direito à prestação	25
2 O PROCESSO DE CRIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	31
2.1 A abordagem multicêntrica das políticas públicas.....	31
2.2 O ciclo de criação das políticas públicas	35
2.3 A relação entre as fases das políticas públicas e os momentos distintos da intervenção judicial.....	40
3 OS LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O DEBATE ENTRE PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS SOBRE O MODELO CONTEMPORÂNEO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	45
3.1 Os limites da atividade judicial e a concepção de democracia para John Ely: as correntes interpretativista e não-interpretativista	45
3.2 A teoria da ação comunicativa de Habermas	49
3.3 A perspectiva de Ronald Dworkin sobre as balizes da intervenção judicial ...	53
3.4 O controle judicial na criação e na implementação das políticas públicas e sua relação com os conceitos de democracia procedimental e substancial	57
4 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL.....	59
4.1 O movimento sanitário no Brasil e o Direito Social à Saúde.....	59

4.2	A atual conjuntura da judicialização da concessão de medicamentos	74
4.3	A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45: a reserva do possível e o mínimo existencial	81
4.4	Parâmetros para solução judicial no que tange a concessão de medicamentos definidos no julgado do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco (SL-AgR 47)	86
4.5	Os instrumentos de democracia participativa referentes ao direito social à saúde presentes na Constituição brasileira de 1988.....	94
CONCLUSÃO.....		101
REFERÊNCIAS		108

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 tem o caráter de vinculação dos direitos fundamentais por meio da força normativa dos princípios constitucionais. Dessa forma, ao assegurar em seu artigo 196 que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, o direito à saúde é reconhecido como um direito social e impõe aos poderes públicos a implementação de políticas públicas capazes de realizar esse direito.

É neste cenário que esta dissertação está inserida, buscando analisar o controle judicial das políticas públicas e os seus limites. Dentre os argumentos desfavoráveis à intervenção judicial se pode destacar que alguns direitos sociais estão previstos em normas de eficácia limitada e essas normas poderiam apenas invalidar a legislação infraconstitucional contrária, mas não seriam capazes de criar direitos subjetivos, ou seja, não poderiam ser aplicadas diretamente ao caso concreto.

Outro argumento nesse sentido seria que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas é contrária à democracia, pois os poderes Legislativo e Executivo são eleitos pelo povo periodicamente para criar e implementar as políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais. A intervenção judicial nesses casos seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

Do lado favorável ao controle judicial das políticas públicas, argumenta-se que a ausência de uma prestação prevista na constituição, ainda que por norma programática, pode gerar um direito subjetivo ao indivíduo de exigí-la, pois o Poder Judiciário não pode se eximir de apreciar qualquer lesão a um direito.

Por outro lado, a judicialização da saúde, especificamente na concessão de medicamentos, - ou seja, a utilização da justiça como meio para a efetivação da assistência farmacêutica -, acabou ocasionando concessões desordenadas de medicamentos. Os direitos sociais implicam, inevitavelmente, escolhas trágicas. O Judiciário, ao alocar um recurso para a concessão da prestação devida, necessariamente, retira de outros a possibilidade de receberem um direito que também dependa de uma ação positiva do Estado.

Nesse contexto, resta claro a necessidade de se estabelecer limites a esta intervenção, de maneira que sejam respeitados os princípios constitucionais que garantem a democracia. Além disso, é necessário reconhecer que a concessão sem critérios da prestação pode inviabilizar a máquina estatal. Portanto, se faz necessário estabelecer critérios para a concessão de medicamentos quando requeridos judicialmente, racionalizando os recursos Estatais de modo a propiciarem uma isonômica distribuição para todos os indivíduos em situação similar.

O objetivo principal desta dissertação será demonstrar que a intervenção judicial se mostra adequada quando possui diferentes graus de intensidade para cada fase do ciclo de formação das políticas públicas. Para tanto, dar-se-á enfoque na relação entre a judicialização de políticas públicas com as teorias de interpretação constitucional à luz dos conceitos de democracia.

Inicialmente, serão analisados os direitos sociais prestacionais à luz das Declarações de Direitos do Homem. Buscaremos observar a evolução dos direitos fundamentais utilizando a teoria das dimensões dos direitos fundamentais com o intuito de examinar se a ausência de uma prestação prevista na constituição pode gerar um direito subjetivo ao indivíduo de exigí-la judicialmente.

Em um segundo momento, buscar-se-á analisar as políticas públicas na área da saúde e a atuação do poder judiciário frente ao debate dos diversos atores envolvidos no processo sob a ótica de redes de políticas públicas, procurando, assim, aperfeiçoar os resultados. Dessa forma, será estudado o processo de criação das políticas públicas objetivando dar enfoque no conceito, tipo de abordagem e, principalmente, no seu ciclo de formulação.

Cumprе esclarecer que este estudo não se aprofundará no exame da fase de avaliação de políticas públicas e sim na atuação do Poder Judiciário frente às fases de criação e implementação de políticas públicas, pois é justamente neste ponto que a intervenção judicial ocasiona a substituição da vontade dos poderes eleitos por um ato de vontade de juízes não-eleitos.

Procurar-se-á estudar, mais especificamente, o Poder Judiciário como ator estatal envolvido no processo de tomada de decisão de políticas públicas na área da saúde, dando ênfase na relação entre a intervenção dos juízes e a democracia.

Para isso, será dada ênfase ao estudo das concepções contemporâneas sobre o conteúdo das constituições e atividade jurisdicional, observando o debate entre procedimentalistas e substancialistas. Cumpre ressaltar que foram privilegiadas neste trabalho as contribuições de John Hart Ely, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin para o exame do tema.

Em seguida, será observado o controle judicial de políticas públicas para a concessão de medicamentos no Brasil. Primeiramente, será analisado o movimento sanitário brasileiro ao longo do século XX e sua relação com o desenvolvimento do Direito Social à Saúde.

Buscar-se-á observar o atual estado da judicialização na concessão de medicamentos. Com este intuito, será examinada uma pesquisa composta pela análise de 160 processos com pedidos de medicamentos com sentenças proferidas por juízes federais.

Para melhor estudar o planejamento técnico e grande investimento em ciência e tecnologia que necessitam as políticas públicas para a sua implementação, foi realizada pesquisa junto à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) buscando esclarecimentos na criação dessas complexas políticas públicas. Será também analisada entrevista concedida por Antoine Matten, assistente no Grupo Inovação em Saúde da Fiocruz, ligado à Secretária de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) do Ministério da Saúde, tendo como objetivo elucidar sobre a atual conjuntura da criação das políticas públicas na área de saúde no Brasil; as principais dificuldades enfrentadas para o seu desenvolvimento; e os objetivos e metas para contornar os problemas apresentados.

A partir do exame deste panorama acerca da judicialização das políticas públicas da saúde, será estudada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Primeiramente, buscar-se-á analisar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45. A escolha deste julgado se deve ao fato deste ser considerado um marco no tratamento jurisprudencial sobre a efetividade dos direitos fundamentais, sendo amplamente discutida pela corte constitucional a realização dos direitos fundamentais frente à chamada cláusula da reserva do possível e o mínimo existencial.

Em um segundo momento, serão examinados os parâmetros judiciais para a concessão de medicamentos definidos no julgado do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco (SL-AgR 47). Este julgamento realizado em 17 de março de 2010, que resultou em uma decisão unânime do Tribunal Constitucional, também é considerado paradigmático.

Esta foi a primeira decisão subsidiada pelo relatório elaborado pela Audiência Pública nº 4, que teve o intuito de promover o diálogo entre os diversos atores envolvidos na formulação de políticas públicas na saúde, objetivando o esclarecimento das questões técnicas e políticas que envolvem este direito prestacional.

Além disso, o voto do relator Gilmar Mendes enfrentou diversas questões sobre o tema, procurando limitar a atuação do Poder Judiciário ao tratar da concessão de medicamentos pela via judicial.

Por fim, pretende-se tecer breves comentários sobre os benefícios do diálogo institucional para maximizar o alcance das deliberações constitucionais. Será salientada, para o presente estudo, a ideia de que é possível a participação do Poder Judiciário no processo de formulação de políticas públicas, abrindo os canais de comunicação entre os diversos atores envolvidos no processo, por meio de instrumentos específicos, ampliando assim o debate constitucional.

Nesse sentido, observar-se-á os instrumentos de democracia participativa referentes ao direito social à saúde presentes na Constituição brasileira de 1988. Do mesmo modo, será examinado o papel do ator Ministério Público como fiscal das políticas públicas da saúde, e ainda os Conselhos de Saúde como canal de interlocução dos atores não estatais envolvidos no processo.

1 OS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS À LUZ DAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM

“Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “sem-direitos”. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados)”.

(Norberto Bobbio, 1990)

1.1 As declarações de Direitos do Homem

O surgimento dos direitos fundamentais advém da história política da Inglaterra, Estados Unidos e França. No decorrer da evolução dos direitos fundamentais vários antecedentes da declaração de direitos foram elaborados até a sua positivação e posterior constitucionalização¹.

Na Inglaterra foram criados cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta em 1215, que tinha como finalidade garantir alguns privilégios aos nobres ingleses. Em seguida, no século XVII, foram criados outros documentos, como: *a Petition of Rights* em 1628, *o Habeas Corpus Amendment Act* em 1679 e *o Bill of Rights* em 1688.

A Teoria do Direito Natural dos séculos XVI e XVII teve grande influência na origem dos direitos fundamentais, conceituando-os como direitos inalienáveis, inatos, inerentes à pessoa humana. Nos séculos XVII e XVIII, o jusnaturalismo chegou ao seu ponto culminante de desenvolvimento, atingido seu ápice no Iluminismo. Ressalta-se a

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44.

contribuição da obra de John Locke, que reconheceu os direitos naturais e inalienáveis do homem com uma eficácia oponível aos que possuíam o poder².

Entretanto, o Direito Natural tornou-se insuficiente, pois era necessário o reconhecimento por meio de normas jurídicas de Direito Positivo. Dessa maneira, os direitos fundamentais foram primeiramente adotados em enunciados explícitos nas declarações de direitos e posteriormente positivados, mediante sua constitucionalização.

Norberto Bobbio³ leciona que esta insuficiência do jusnaturalismo ocorre pelo fato de que somente após o reconhecimento desses direitos fundamentais por normas jurídicas positivas é que estes passam a ter força normativa:

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência.

No sentido moderno, as cartas e estatutos não são declarações de direitos, pois seus textos não possuíam força coercitiva, apenas condicionavam a formação de regras de mais ampla proteção dos direitos fundamentais.

A primeira declaração de direitos fundamentais foi a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia*, em 1776. Este documento estruturava um governo democrático com um sistema de limitação de poderes. Guilherme Peña de Moraes ressalta que esta declaração é uma prova da influência jusnaturalista⁴ nos direitos fundamentais, como se pode concluir com a leitura do art. 1º da declaração:

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, tem direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, provar nem despojar sua posteridade(...)

A Assembleia Constituinte francesa aprovou, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A declaração proclamou os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias liberais que se encontram

² *Ibidem*, p. 45.

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p.51.

⁴ MORAES, Guilherme Peña de. **Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria**. São Paulo: LTr, 1997, p. 47.

nas constituições atuais. Podemos observar também uma tendência jusnaturalista em seu texto⁵:

Os representantes do Povo Francês constituídos em Assembleia Nacional (...) resolvem expor em uma declaração solene os direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem (...)

Bobbio⁶ destaca que, em relação ao conteúdo das declarações, tanto a norte-americana quanto a francesa tiveram grande influência no direito natural, no entanto, a declaração francesa faz referência à “vontade geral” como titular do poder legislativo. Além disso, o art. 2º os define como imprescritíveis, determinando que não haja limitação temporal a esses direitos:

Com relação ao conteúdo dos dois textos, apesar das diferenças muitas vezes assinaladas — a mais evidente das quais é a referência da declaração francesa à “vontade geral” como titular do poder legislativo (art. 6º), de nítida derivação rousseauísta não se pode deixar de reconhecer que ambos têm sua origem comum na tradição do direito natural, a qual, em minha opinião, é bem mais determinante, mesmo na declaração francesa, do que a tradição do autor do Contrato social. O ponto de partida comum é a afirmação de que o homem tem direitos naturais que, enquanto naturais, são anteriores à instituição do poder civil e, por conseguinte, devem ser reconhecidos, respeitados e protegidos por esse poder. O art. 2º os define como “imprescritíveis”, querendo com isso dizer que — à diferença dos direitos surgidos historicamente e reconhecidos pelas leis civis — não foram perdidos nem mesmo pelos povos que não os exerceram durante um longo período de tempo, *ab imemorabili*. O primeiro crítico severo da Revolução Francesa, Edmund Burke, afirmará — tão logo chegam à Inglaterra as notícias da sublevação parisiense — a célebre tese da prescrição histórica, segundo a qual os direitos dos ingleses recebem sua força não do fato de serem naturais, mas de se terem afirmado através de um hábito de liberdade, desconhecido pela maior parte dos demais povos. Ao contrário da teoria da prescrição histórica, a tese da imprescritibilidade tem — consciente e intencionalmente — um valor revolucionário.

Dessa forma, a declaração francesa tem um caráter universalista pelo fato de que os direitos fundamentais são imprescritíveis e não possuem limitação espacial, sendo válidos para toda humanidade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948. Logo no seu preâmbulo é reconhecida a dignidade

⁵ *Ibidem*, 53.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 50.

da pessoa humana como base para a liberdade, justiça e paz. Entretanto, Bobbio alerta sobre a importância, sobretudo, de como serão garantidos os direitos fundamentais de modo que os mesmos não sejam violados:

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é 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 das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. De resto, quando a Assembleia Geral da ONU, em sua última sessão, acolheu a proposta de que a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, decidida na sessão do ano anterior, fosse realizada em Teerã na primavera de 1968, fazia votos de que a conferência assinalasse “um notável passo à frente na ação empreendida no sentido de encorajar e ampliar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais”? Entende-se que a exigência do respeito” aos direitos humanos e às liberdades fundamentais nasce da convicção, partilhada universalmente, de que eles possuem fundamento: o problema do fundamento é ineludível⁷.

Bobbio entende que um modo que pode ser factualmente comprovado na história, e que dá justificativa aos valores, é aquele apoiado no consenso. E este consenso geral como fundamento dos valores do direito ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Dessa forma, esses valores passaram a ser universais e compartilhados entre a maioria:

Mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como — em certo sentido — resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar. Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, por tanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade⁸.

O autor estabelece importante crítica ao jusnaturalismo presente no artigo 1º da declaração, que estabelece que “*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”. Para Bobbio, a liberdade e igualdade não são um dado de fato e sim um ideal a perseguir:

⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁸ *Ibidem*, p. 17.

Ainda que a hipótese do estado de natureza tenha sido abandonada, as primeiras palavras com as quais se abre a Declaração Universal dos Direitos do Homem conservam um claro eco de tal hipótese: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” O que é uma maneira diferente de dizer que os homens são livres e iguais por natureza. E como não recordar as primeiras célebres palavras com que se inicia o Contrato social de Rousseau, ou seja: “O homem nasceu livre e por toda a parte encontra-se a ferros”? A Declaração conserva apenas um eco porque os homens, de fato, não nascem nem livres nem iguais. São livres e iguais com relação a um nascimento ou natureza ideais, que era precisamente a que tinham em mente os jusnaturalistas quando falavam em estado de natureza. A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser⁹.

A percepção dos direitos como fundamentais foi fruto da evolução da própria sociedade. Para Bobbio, estes direitos são derivados de um homem cuja natureza é circunstancial, histórica e mutável. A Declaração Universal representa a consciência que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais frutos de conquistas sociais ao longo da história. Na próxima seção examinaremos como se deram essas conquistas, analisando a teoria das gerações (ou dimensões¹⁰) dos direitos fundamentais.

1.2 As dimensões dos direitos fundamentais

Inicialmente, cumpre examinar a Teoria do Status de Jellinek que nos permite compreender a posição jurídica das dimensões dos direitos fundamentais. Esta teoria ensina que estes direitos garantem aos indivíduos determinadas posições jurídicas, denominada *status*, em face do Estado¹¹.

O *status negativus* refere-se à esfera de liberdade, nos quais as ações são livres porque não são proibidas. O *status positivus* atribui ao indivíduo capacidades jurídicas para exigir do Estado prestações positivas. O *status passivus* é aquele em que o

⁹ *Ibidem*, p. 18.

¹⁰ O termo geração é mais conhecido e usual, contudo a doutrina tem caminhado para o entendimento que a nomenclatura mais correta seria dimensão. A teoria das gerações está ligada ao surgimento dos direitos fundamentais, de forma que cada geração não substitui a anterior e sim a complementa, por isso a ideia de dimensão seria mais adequada. Ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 40.

¹¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 2003, p. 135.

indivíduo está sujeito à posição de cumprir obrigações impostas pelo Estado. Enquanto que o *status activus* confere ao indivíduo competências para participar do Estado, como exemplo, por meio dos direitos políticos.

Robert Alexy¹², embora reconheça a relevância da teoria de Jellinek para o estudo dos direitos fundamentais, ressalta as deficiências desta teoria que necessitam ser superadas:

Sua debilidade reside no fato de que nem sempre são claras as relações entre as posições elementares e os status nem as que se dão entre as diferentes posições elementares nem sempre são claras. Contudo, esta debilidade pode ser superada se fundamenta a teoria do status sobre uma teoria das posições jurídicas fundamentais.

Para Alexy, os direitos fundamentais, no primeiro momento, buscam proteger o indivíduo do Estado, sendo direitos de defesa do cidadão. Exigem, portanto, uma ação negativa do Estado (abstenções), ou seja, limitam o poder do Estado.

Conforme argumenta Alexy:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado¹³.

Já no segundo momento, os direitos fundamentais passam a exigir do Estado uma ação positiva para que haja a promoção da dignidade da pessoa humana. O referido autor então classifica essa faceta dos direitos fundamentais como direito à prestação Estatal.

O autor prossegue:

Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem aos status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 262.

¹³ *Ibidem*, p. 433.

prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação¹⁴.

Os direitos fundamentais, ditos de primeira dimensão, têm como fator histórico a origem das chamadas revoluções liberais, ocorridas no final do século XVIII, que buscavam o fim do Absolutismo. Um dos objetivos da burguesia na Revolução Francesa era limitar o poder estatal, exigindo um limite na atuação do Estado garantindo precipuamente a liberdade dos indivíduos. É, portanto, na classificação de Robert Alexy um direito de defesa, que objetiva a abstenção do Estado.

Os direitos fundamentais de primeira geração, também conhecidos como as liberdades públicas, ou direitos de defesa, têm como exemplos mais importantes o direito à liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, liberdade de reunião e direito à propriedade privada.

A segunda geração dos direitos fundamentais está ligada à igualdade material, pois a igualdade formal - que garante a igualdade de tratamento - já havia sido conquistada na primeira geração. Esta igualdade material busca uma atuação estatal que promova a igualdade, de forma a reduzir as desigualdades sociais existentes. São chamados, portanto, de direitos sociais. Seu fator histórico preponderante foi a Revolução Industrial, com a luta do proletariado por direitos sociais, já que a liberdade sem igualdade não teria serventia. Para Alexy, esta geração consagra os direitos a prestações, que exigem uma ação positiva do Estado.

Os direitos fundamentais de terceira geração estão ligados à fraternidade, ou à solidariedade. São direitos transindividuais, alguns coletivos outros difusos, sendo uma categoria heterogênea. São marcados pelas mudanças na conjuntura mundial nas relações econômicas e sociais, como a noção do direito das gerações futuras a um meio ambiente preservado.

Nesse sentido, Norberto Bobbio também entende que os direitos de primeira dimensão exigem um “não-agir” do Estado, enquanto que os direitos de segunda dimensão demandam uma ação positiva estatal:

¹⁴ *Ibidem*, p. 433.

Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie¹⁵.

Além disso, o autor ressalta que a igualdade tratada no artigo 1º da Declaração Universal de Direitos do Homem assegura aos indivíduos uma “igual liberdade”, objetivando com isso excluir as discriminações entre homens:

Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais, onde por “igualdade” se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. Esse tipo de igualdade é o que aparece enunciado, por exemplo, no art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que “todos os homens nascem iguais em liberdade e direitos”, afirmação cujo significado é que todos os homens nascem iguais na liberdade, no duplo sentido da expressão: “os homens têm igual direito à liberdade”, “os homens têm direito a uma igual liberdade”. São todas formulações do mesmo princípio, segundo o qual deve ser excluída toda discriminação fundada em diferenças específicas entre homem e homem, entre grupos e grupos, como se lê no art. 3º da Constituição italiana, o qual, depois de ter dito que os homens têm “igual dignidade social” — acrescenta, especificando e precisando, que são iguais diante da lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condições pessoais ou sociais. O mesmo princípio é ainda mais explícito no art. 2º, I, da Declaração Universal, no qual se diz que “cabe a cada indivíduo todos os direitos e todas as liberdades enunciadas na presente Declaração, sem nenhuma distinção por razões de cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, por origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou outra consideração”¹⁶.

Entretanto, não basta que os direitos fundamentais sejam adotados mediante documentos escritos, é necessários que sejam efetivos e desfrutados pela sociedade.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁶ *Ibidem*, p. 34.

José Afonso da Silva¹⁷ distingue eficácia social de eficácia jurídica da norma. A primeira se refere a sua aplicação no plano dos fatos (efetividade), já a segunda se relaciona com a capacidade de aplicabilidade jurídica (exigibilidade):

A eficácia social da norma significa a sua efetiva obediência e aplicação no plano dos fatos, correspondendo ao que tecnicamente se chama efetividade. Já a eficácia jurídica designa a qualidade de produzi, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nele indicados; nesse sentido a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade, ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

As normas constitucionais, quanto à eficácia jurídica, podem ser divididas em: eficácia plena; de eficácia contida e de eficácia limitada¹⁸. As normas de eficácia plena são dotadas de aplicabilidade direta, imediata. As normas de eficácia contida possuem aplicabilidade direta e imediata, mas pode ter o seu alcance restringido em razão da existência na própria norma de uma cláusula expressa de redutibilidade ou em razão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Enquanto não materializado o fator de restrição, a norma tem eficácia plena. E por último, as normas de eficácia limitada são aquelas que necessitam de regulamentação para se tornarem aplicáveis.

Os direitos à prestação impõem uma ação positiva estatal, o que dificulta a aplicabilidade imediata destas normas. Bobbio¹⁹ alerta sobre a diferença de se proclamar os direitos fundamentais e de fato desfrutá-los efetivamente:

Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “sem-direitos”. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados).

¹⁷ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 65-66.

¹⁸ *Ibidem*, p. 91 e ss.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 11.

A Constituição brasileira possui o caráter de vinculação dos direitos fundamentais por meio da força normativa dos princípios constitucionais. Nesse contexto, ao garantir que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado em seu artigo 196, reconhece o direito à saúde como um direito social e impõe aos poderes públicos a implementação de políticas públicas capazes de satisfazer esse direito.

É nesse panorama que esta pesquisa se insere, buscando a analisar o controle judicial das políticas públicas e os seus limites. Dentre os argumentos contrários à intervenção judicial²⁰, pode-se ressaltar que alguns direitos sociais estão previstos em normas de eficácia limitada e essas normas teriam apenas uma eficácia negativa, ou seja, podem apenas invalidar a legislação infraconstitucional contrária, mas não poderiam ser aplicadas diretamente ao caso concreto, não sendo, portanto, capazes de direitos subjetivos.

Além disso, outro argumento nesse sentido seria que a intervenção do Judiciário nas políticas públicas é contrária à democracia, já que os poderes Legislativo e Executivo são eleitos pelo povo periodicamente para definir as prioridades na implementação dos direitos sociais, pois estes requerem um custo, e o orçamento público é limitado. A intervenção judicial seria, então, uma afronta ao princípio da separação dos poderes²¹.

Dentre os argumentos favoráveis, cabe ressaltar que apesar do Judiciário não possuir a função de definir as prioridades na implementação das políticas públicas, também não pode escusar-se de apreciar qualquer lesão a um direito, conforme defendido por Luís Roberto Barroso²².

Na próxima seção será analisada a possibilidade de subjetivação dos direitos prestacionais, utilizando-se, para tanto, a teoria de sopesamento de princípios desenvolvida por Robert Alexy.

²⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário No Estado Social de Direito.** (In Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. Org. José Eduardo Faria). São Paulo: Malheiros, 1998.

²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado.** Para, Renovar, n. 3, julho/setembro, 17-54, 2006.

²² BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

1.3 A subjetivação do direito à prestação

Os direitos sociais, ou direitos às prestações estatais, segundo Robert Alexy²³, são aqueles que efetivam a liberdade dos indivíduos. O autor sustenta em sua obra, que a fundamentação do direito à prestação remonta as origens do modelo de Estado Clássico contratualista:

Sua fundamentação no âmbito do modelo de Estado clássico contratualista, que nos últimos tempos tem experimentado um vigoroso renascimento, é praticamente inevitável. A ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva. Que essa ideia tem “assento na realidade” não é, portanto, uma simples construção hipotética, é algo que é possível perceber por meio do fato de que, onde o Estado deixa de ter iniciativa ou força para a satisfação do direito a proteção, não raramente formam-se organizações privadas de proteção, com o intuito de fazer valer direitos individuais.²⁴

A problemática gira em torno de a Constituição ter conferido aos poderes Legislativo e Executivo a competência para estabelecer as prioridades nas prestações, já que são eleitos para esse fim. O Poder Judiciário não poderia entrar no mérito do ato sob pena de violar o princípio da separação dos poderes.

Contudo, Alexy argumenta que a ausência de uma prestação prevista na constituição, ainda que por norma programática, pode gerar um direito subjetivo ao indivíduo de exigí-la. Sendo assim, mesmo quando um direito à prestação é assegurado em nível de princípio e não em uma norma de eficácia plena, existe a possibilidade de, no caso concreto, gerar a obrigatoriedade da prestação:

Se às normas que conferem um direito *prima facie* é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização – que ocorre por meio de sopesamentos-, garantem direitos definitivos. Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. Natureza de princípio e

²³ Cumpre ressaltar que a escolha de Robert Alexy como o autor base nesta seção se deu precisamente pela sua concepção de Direito em recorrer a um meta-critério para solução de conflitos entre duas regras constitucionais, fundado na regra de precedência entre os princípios, levando-se em consideração as situações concretas dos casos. Observa-se que a relação elaborada pelo autor entre regras e princípios se mostra adequada a responder a complexidade do Estado contemporâneo.

²⁴ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 455.

exigibilidade perfeita são, portanto, compatíveis. Isso vale tanto para os direitos de defesa quanto para os direitos a prestações.”²⁵

Ainda que nem todo direito social seja um direito subjetivo, o artigo 5º, § 1º da CRFB consagrou princípio da máxima efetividade: “§ 1º - *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Este artigo habilita todos os direitos sociais candidatos a se tornarem um direito subjetivo, analisado o caso concreto. Para Alexy, as normas definidoras de direitos sociais possuem natureza de princípio:

Não é totalmente excluída a possibilidade de se atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais, por meio de interpretação, direitos morais até então não reconhecidamente de nível constitucional, e também no fato de que toda norma objetiva que seja vantajosa para um sujeito de direito é, em princípio, uma candidata a uma subjetivação.

Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestação são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, *em relação a a*, o dever de realizar *h*. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito. Isso é assim em razão do direito constitucional positivo, por força do art. 19, §4º, 1, da Constituição alemã. Essa exigibilidade, caracterizada por Wolff como “perfeita”, é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um *caráter prima facie*, ou seja, natureza de princípios(...)

(...) Se se deixa de lado, em um primeiro momento, a cláusula “em princípio”, que sugere uma vinculação mais ampla, então, no que diz respeito à vinculação do legislador, dessas duas citações decorrem duas proposições: (1) o Estado tem que adotar ao menos uma medida efetiva; e (2) caso há apenas uma medida efetiva, o Estado tem que adota - lá.”(...)²⁶

Dessa maneira, se seguirmos a teoria de Alexy, fica claro que o indivíduo pode recorrer, em determinadas situações, ao Judiciário para exigir do Estado um direito à prestação consagrado na Constituição. Nesse sentido, sua teoria se mostra de essencial importância para conceituar as constituições contemporâneas, pois neste sistema constitucional não se admite a colisão direta de regras, uma vez que estas possuem idêntica hierarquia. Entretanto, entre princípios se admite a colisão no caso concreto.

²⁵ *Ibidem*, p. 446.

²⁶ *Ibidem*, p. 445-446.

Neste ponto, Alexy se aproxima de um conceito de princípio muito próximo ao de Dworkin, pois para ambos os princípios possuem diferentes graus dependendo de cada situação apresentada.

Para Alexy, os princípios determinam que alguma coisa seja concretizada no maior grau possível, dentre as possibilidades reais e jurídicas existentes. Por isso, o autor classifica os princípios como norma de otimização (*Optimierungsgebot*). A diferença entre regra e princípio reside na qualidade especial que os princípios possuem:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são ‘mandatos de otimização’, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das condições reais como das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos. Em sentido diverso, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio²⁷.

Alexy salienta que no caso de colisões de princípios, estas devem ser solucionadas a partir de uma metodologia própria. Muito embora um princípio deva ceder ao outro, isto não significa que este deva ser declarado inválido, e sim que um precedeu ao outro nesta circunstância. O princípio que deve prevalecer é aquele que possui maior peso no caso concreto. Já as regras não permitem este tipo de dimensão baseada em peso:

As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos dois princípios tem de ceder ao outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio afastado nem que o princípio afastado tenha de introduzir uma cláusula de exceção. O que sucede em verdade é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira diversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de

²⁷ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 86.

princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão de peso.²⁸

O autor desenvolve seu argumento de que toda norma é assentada em um princípio, portanto, quando ocorrem os casos de colisão entre regras constitucionais, é possível que se estabeleça uma ponderação entre os princípios que envolvem o caso concreto. Da obrigação de otimização dos princípios percebe-se que, no caso de colisão entre eles, quanto maior o grau de descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

No Brasil, seguindo essa mesma linha de entendimento se encontra Barroso²⁹, que classifica o direito à saúde como integrantes do direito social baseado em normas constitucionais definidoras de direitos. Dessa forma, estas normas criam para seus beneficiários situações de eficácia imediata, que devem ser materializadas por prestações positivas pelo Estado e, caso não sejam satisfeitas, surge a possibilidade de o cidadão postular seu cumprimento pela via judicial.

O autor salienta ainda que, embora exista o direito subjetivo à saúde, a sua previsão está em normas de natureza programática. Dessa forma, a pronta verificação de seu cumprimento é complexa e se depara com limites de caráter econômico e político.

Ingo Sarlet³⁰ também ressalta a característica programática das normas definidoras de direitos sociais, contudo, avalia também que o cunho programático deste tipo de norma constitucional não impede que delas se retirem direitos subjetivos, inclusive os de natureza prestacional. Para o autor, o artigo 196 enuncia axiologicamente que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e daí deriva a imposição ao poder público de concretização deste direito por meio de uma série de tarefas e diretrizes.

Assim, ratifica-se a subjetividade do direito à saúde, ou seja, o poder de ação de exigir a satisfação de um benefício. Contudo, como salientado por Barroso, é de uma natureza complexa a verificação do cumprimento ou não deste direito social.

²⁸ *Ibidem*, p. 89

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op.Cit.*, p 39.

³⁰ SARLET, Ingo. A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde. In **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 99-116, 2012.

Alexy traz um fundamental avanço para a teoria constitucional na medida em que recorre a um meta-critério para solucionar o problema de colisões entre regras e princípios. Neste modelo de Direito, Alexy classifica as normas constitucionais em três níveis: procedimentos, regras e princípios, por meio dos quais busca racionalizar a prática jurídica dentro do Estado Constitucional de Direito:

É, onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados. A resposta a estas perguntas é de grande significado teórico e prático. Dela, no mínimo, depende a decisão sobre o caráter científico da jurisprudência. Ela tem um grande peso para o problema da legitimidade da regularização dos conflitos sociais através das sentenças judiciais. Pois se os julgamentos têm como base julgamentos de valor e esses julgamentos de valor não são racionalmente fundamentados, então, no mínimo, em muitos casos as convicções normativas, respectivamente as decisões de um grupo profissional formam a base para essa regularização de conflitos, uma base que não pode nem tem mais nenhuma justificação³¹.

Nesta passagem da obra de Alexy, observamos sua preocupação com os limites da intervenção judicial, salientando ainda sua apreensão com uma exagerada valoração na metodologia da interpretação jurídica. Para o autor, o caráter científico da jurisprudência possui grande importância para legitimar racionalmente as decisões.

Pretende-se, neste trabalho, demonstrar que os limites do controle judicial das políticas públicas se relacionam diretamente com os conceitos de democracia. Nesse sentido, esta qualificação de regras e princípios de Robert Alexy se mostra muito importante para atender às complexidades do Estado Contemporâneo, pois em um sistema onde só existissem regras os juízes não poderiam atender as peculiaridades do caso concreto. Por outro lado, um sistema apenas de princípios levaria ao subjetivismo completo, o que acarretaria uma afronta à democracia representativa, pois os juízes se afastariam da vontade do legislador.

Entretanto, antes de adentrarmos no debate que permeia a intervenção judicial nesses casos, se faz necessário primeiramente tecer algumas considerações no que tange ao processo de formulação de políticas públicas e suas idiosincrasias, para melhor

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 20.

indicar o tipo e o momento adequado de atuação do Poder Judiciário em cada caso concreto.

2 O PROCESSO DE CRIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

“A definição das alternativas é o instrumento supremo de poder, porque a definição de alternativas é a escolha dos conflitos, e a escolha dos conflitos aloca poder”.

(Elmer Eric Schattschneider, 1960).

2.1 A abordagem multicêntrica das políticas públicas

Sob o ponto de vista jurídico, as políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas. Cumpre salientar que o conceito de políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci³²:

É o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

No entanto, ressalta-se que os processos juridicamente regulados são apenas alguns dos fatores que interferem no processo de decisão política, pois geralmente esta depende também de uma série complexa e desordenada de protagonistas e eventos históricos. Dessa maneira, frisa-se que a observância de todos os processos na formulação e execução de uma política pública não garante seu efetivo sucesso. Do mesmo modo, a interferência do poder judiciário na formulação de políticas públicas igualmente não assegura o seu sucesso.

Devido à diversidade de fatores intrínsecos na formulação das políticas públicas, por vezes não sistematizados, optou-se no presente trabalho pelo conceito de Charles Lindblom³³:

³² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Idem (org.) **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29.

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.³⁴

Nesse sentido, também é necessário tecer alguns esclarecimentos acerca do termo política. Na língua portuguesa esta palavra possui duas acepções. A primeira diz respeito à política como a ciência do governo das nações. Já a outra dimensão de política está relacionada com orientações para tomada de uma decisão, podendo, inclusive, se referir até mesmo às escolhas feitas por particulares. Política no sentido da arte de governar é expresso na língua inglesa pelo termo “*politics*”, já para a ideia da tomada de uma decisão é utilizado o termo “*policy*”.

Utilizou-se neste trabalho a palavra política no sentido de “*policy*”, ou seja, vinculada ao segundo aspecto do termo, referindo-se à análise das orientações e critérios para a tomada de uma decisão. Leonardo Vecci ressalta que a expressão política pública vincula-se justamente a esta ideia de Política:

O termo **política pública** (public policy) está vinculado a esse segundo sentido da palavra “política”. Políticas públicas tratam do conteúdo concreto e do conteúdo simbólico de decisões políticas, e do processo de construção e atuação dessas decisões. Exemplos do uso do termo “política” com esse sentido estão presentes nas frases “temos de rever a política de educação superior no Brasil”, “a política ambiental da Amazônia é influenciada por ONGs nacionais, grupos de interesse locais e a mídia internacional”, “percebe-se um recuo nas políticas sociais de países escandinavos nos últimos anos”.³⁵

Cabe ainda conceituar como ponto central para análise das políticas públicas o problema público. Percebe-se que para defini-las é crucial que as soluções almejadas tenham abrangência capaz de servir à comunidade. Para que o problema seja público

³³ O intuito é utilizar um conceito de política pública menos restrito visto que, dada a sua complexidade, não se pode conceitualizá-lo de maneira definitiva. A opção por um conceito advindo do campo da Ciência Política faz-se necessária por dar embasamento ao argumento aqui defendido de que as políticas públicas não são precisas e objetivas, com início e fim claros; não se busca argumentar em favor de um modelo aplicável a qualquer contexto, mas enfatizar precisamente seu caráter relacional e contingente.

³⁴ LINDBLOM, Charles E. **O processo de decisão política**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1981, p.: 37

³⁵ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 1.

este deve se aproximar mais de uma ideia coletiva do que individual. Por exemplo: um cano de água de uma rua que ocasiona a falta de água para os moradores exige uma solução por parte do Estado, mas este seria, de fato, um problema público? Entretanto, uma campanha organizada por uma organização civil, que abrange uma cidade, com a proposta de racionamento do uso da água para evitar o desperdício, fomentando assim um crescimento sustentável, seria um bom exemplo de problema público.

Dessa forma, observa-se que a questão central não é identificar qual ator, estatal ou não, será o provedor da política pública, e sim se o problema identificado é público ou não. E é justamente deste termo público que resulta a expressão política pública. Não obstante, se reconhece que o Estado tem maior autonomia, poder e discricionariedade para implementar as políticas públicas, sendo certo que a Constituição Federal de 1988³⁶ estabeleceu três poderes que, de forma harmônica, são a composição deste governo.

As políticas públicas desempenhadas por um dos poderes estatais são chamadas de ações governamentais. Estas são um subgrupo do conjunto maior que compõe as políticas públicas.

No entanto, na literatura especializada existe grande divergência doutrinária para a definição do que é considerado política pública. Para a abordagem estatista, apenas aquelas ações protagonizadas pelos agentes estatais são levadas em consideração.

Dentre os defensores dessa linha de argumentação, por exemplo, se encontra Maria Paula Dallari Bucci³⁷. Entretanto, até mesmo os que compartilham deste entendimento, reconhecem outros agentes como peças importantes na formulação das políticas públicas, na medida em que expõem seus interesses de forma a influenciar o próprio processo. Mas a tomada de decisão ocorre sempre verticalmente, sendo sua característica principal a governança por meio de ordens, o que não permite uma interação entre todos os agentes afetados pela medida.

No Brasil, a interferência do judiciário na formulação e execução de políticas públicas é apenas um dos fatores que influenciam o processo de decisão política, que depende de uma série desordenada de atores e eventos históricos, como sustenta Charles

³⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³⁷BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. Cit.*, p. 39.

Lindblom³⁸, por isso não há garantias que a interferência irá assegurar o sucesso do processo.

Dessa maneira, percebe-se ser mais adequada uma abordagem multicêntrica para a tomada de decisões. O Estado, ao estabelecer a política pública, nem sempre a faz conscientemente e ainda, a política pública não precisa ser necessariamente eficaz. Portanto, se se almeja uma otimização do modelo, é necessário uma perspectiva mais plural para a análise.

Desde meados da década de 1980 estudos buscaram oferecer uma visão geral da participação dos diferentes agentes e a suas relações de interesses entre eles, a chamada análise das redes de políticas (*policy networks*). Volker Schneider ressalta que a rede de políticas públicas foge ao modelo vertical, e se aproxima de uma cooperação entre organizações tanto públicas quanto privadas:

A “produção de políticas públicas”, a problematização e o processamento político de um problema social não é mais um assunto exclusivo de uma hierarquia governamental e administrativa integrada, senão que se encontra em redes, nas quais estão envolvidas organizações tanto públicas quanto privadas³⁹.

O referido autor prossegue identificando que para o modelo centrado no estado de governança, as políticas públicas ou são determinadas por um único ator ou são espontaneamente não planejadas, entretanto, nas redes, existe uma interação entre estes dois extremos:

Para efeitos de síntese, a especificidade das relações organizadas de produção de políticas através de redes de políticas públicas pode ser localizada em um eixo bidimensional, que se divide ao longo dos eixos “forma de coordenação e “status social” dos atores envolvidos. O eixo forma de coordenação e condução contém, por um lado, o ponto extremo de uma configuração na qual uma política específica é determinada por um único ator (principal) e formulado e convertido em relações de autoridade (hierarquia) De outro lado, encontra-se o ponto extremo em que a política se forma a partir da ação espontânea, não planejada e inconsciente de muitos atores persistentes e dispersos (mercado). Redes, ao contrário, estão entre esses dois pontos extremos onde se encontram os contextos de interação, nos quais o número de atores envolvidos em uma política fica visível e em que os atores estão

³⁸ LINDBLUM, Charles E. *Op. Cit.*.

³⁹ SCHNEIDER, Volker. **Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas**. *Civitas*. Revista de Ciências Sociais, v. 5. N1, jan-jun. 2005, p. 37.

informados sobre seus respectivos interesses, ajustam ou negociam sua ação conjunta, e também podem por fim estabelecer cooperação de longo prazo.⁴⁰

Destaca-se que o Estado, ao promover políticas públicas por meio de redes, não fica fragilizado em seu poder ou prisioneiro em suas decisões. As mudanças tecnológicas, o grande fluxo de informações, a globalização, dentre outros fatores, torna a sociedade cada vez mais dinâmica. O Estado deve adaptar-se a essa realidade e dividir uma parcela de sua responsabilidade na implementação de políticas públicas. Hermílio Santos⁴¹ ressalta essa possibilidade:

Trata-se de um Estado que perdeu suas pretensões de dirigismo, mas que não abdicou de seu papel de formulador e implementador de políticas. Entretanto, este papel tradicional passa a ser combinado com uma nova maneira de processar as demandas, a saber, quando atores não-estatais passam a estar incluídos *ex ante* na identificação de problemas e na proposição de soluções, inclusive com alguns desses atores assumindo parcela da responsabilidade em sua implementação. (...) No Brasil, estaríamos nos afastando de maneira consistente daquela realidade em que o Estado cria, organiza e regula as sociedades, enfim, o Estado deixa de ser o centro da sociedade.

Dessa forma, observa-se que entre o Estado e o mercado, encontram-se as demais instituições da comunidade societária que cumprem o papel de tornar as políticas públicas menos centradas no Estado. Além disso, o fato relevante a ser considerado, consiste nos movimentos sociais que propõem uma ampliação dos direitos fundamentais e como, por muitas vezes, estão em oposição aos grupos de interesse dominante, acabam por tornar mais ampla a agenda estatal (aqui entendida com um conjunto de problemas ou temas relevantes a serem solucionados pelo Estado⁴²).

2.2 O ciclo de criação das políticas públicas

A elaboração das políticas públicas é conhecida como ciclo de políticas públicas. Neste ciclo de políticas é possível visualizar as diferentes etapas do processo, auxiliando

⁴⁰ *Ibidem*, p. 40-41.

⁴¹ SANTOS, Hermílio. **Perspectivas contemporâneas para a constituição de redes de políticas públicas**. Civitas. Revista de Ciências Sociais, v. 5. N1, jan-jun. 2005, p. 62-63.

⁴² SECCHI, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 36.

a melhor compreensão do objeto de estudo. Leonardo Secchi⁴³ restringe o modelo as sete momentos distintos e independentes: 1) identificação do problema, 2) formação da agenda, 3) formulação de alternativas, 4) tomada de decisão, 5) implementação, 6) avaliação, 7) extinção.

Embora estejam em forma sequencial, as fases podem se alternar. Como sustenta Wildavsky⁴⁴, em alguns contextos, a identificação do problema acontece no final do processo e as fases de avaliação da política pública, por vezes, ocorre antes da resolução do problema.

Para Sjoblom⁴⁵ a identificação do problema público envolve a percepção do problema, a definição ou delimitação do problema, a avaliação da possibilidade de resolução. Os partidos políticos, os agentes políticos e as organizações não governamentais são alguns dos agentes que buscam identificar o problema público.

Quando um ator com poder decisório democrático possui interesse na resolução de algum problema identificado por ele, ou por outro ator político, então este problema pode entrar na lista de prioridades de atuação e essa lista é chamada de agenda.

A agenda é constituída por vários problemas postos como relevantes e que seguem uma lista de prioridades. Cabe ressaltar que os problemas identificados podem entrar e sair da agenda, ou ainda, podem ganhar notoriedade e subir posições nas prioridades ou diminuir sua relevância na agenda.

Após ser identificado o problema, e sua inserção na agenda, faz-se necessário enfrentar as dificuldades para a implementação da solução, formulando alternativas para que seja possível a resolução do problema. Esta fase é crucial para entender a temática das políticas públicas, pois é nesse momento que o poder estatal é exercido. Schattschneider⁴⁶ alerta que: *“a definição das alternativas é o instrumento supremo de poder, porque a definição de alternativas é a escolha dos conflitos, e a escolha dos conflitos aloca poder”*.

⁴³ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁴ WILDAVSKY, A.B. **Speaking truth to power: the art and craft of policy analysis**. Boston: Little Brown, 1979, p. 45.

⁴⁵ SJÖBLOM, G. Problemi e soluzioni in politica. **Revista Italiana di Scienza Politica**, v. 14, n. 1, p. 41-85, 1984, p. 79.

⁴⁶ SCHATTSCHEIDER, Elmer Eric. **The semisovereign people: a realist's view of democracy in America**. Nova York: Holt, Rinehart and Winston, 1960, p. 68.

A formulação de alternativas se desenvolve analisando os custos e benefícios de cada alternativa possível. Além disso, se estabelece também os objetos da alternativa, ou seja, o que se espera após sua implementação. Secchi⁴⁷ observa que os objetivos podem ser menos ou mais específicos. Isso ocorre porque quanto mais concretos forem os objetivos, mais fácil será verificar a sua eficácia, entretanto, a fixação de metas é tecnicamente dificultosa e, portanto, nem sempre será possível:

O estabelecimento de objetivos é o momento em que políticos, analistas de políticas públicas e demais atores envolvidos no processo resumem o que esperam que sejam os resultados da política pública. Os objetivos podem ser estabelecidos de maneira mais frouxa (por exemplo, melhorar a assistência social do município, diminuir o nível de desemprego) ou de maneira mais concreta (por exemplo, reduzir em 20% o número de sequestros, no município X, nos próximos seis meses). Quanto mais concretos forem os objetivos, mais fácil será verificar a eficácia da política pública. No entanto, sabemos que em muitas ocasiões o estabelecimento de metas é tecnicamente dificultoso, como nos casos em que resultados quantitativos da política pública não conseguem mensurar elementos qualitativos mais importantes. O estabelecimento de metas também pode ser politicamente indesejável, como nos casos em que as probabilidades de sucesso são baixas e a frustração de metas traria prejuízos administrativos e políticos insuportáveis. Não obstante, o estabelecimento de objetivos é importante para nortear a construção de alternativas e as posteriores fases de tomada de decisão, implementação e avaliação de eficácia das políticas públicas.

A fase de tomada de decisão vem logo após a fase de formulação de alternativas no processo de elaboração de uma política pública. A tomada de decisão é justamente o momento que prevalece alguns dos interesses dos diversos agentes envolvidos em todo o processo.

Lindblom⁴⁸ propõe que a tomada de decisão obedeça a um modelo inspirado no incrementalismo. Este modelo tem como principal característica o fato de que as decisões são consideradas dependentes dos atores envolvidos no processo de criação da política pública, e fazendo com que, muitas vezes, a decisão tomada não seja necessariamente a melhor opção, e sim o resultado de um jogo de interesse que foi lapidado pela arena política.

Para esse modelo, a identificação do problema depende da percepção do que é público e a solução depende da atuação na arena política dos atores que possuem

⁴⁷ SECCHI, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 37.

⁴⁸ LINDBLOM, Charles E. *Op. Cit.*, p. 37.

interesse em ver suas soluções implementadas. Todo esse processo depende, necessariamente, de diversos eventos que nem sempre estão coordenados especificamente para a formulação de uma política pública, como a aprovação do orçamento público, eleições, substituição de membros do poder Executivo, criação de leis pelo Poder Legislativo. Em resumo, dependem do processo democrático definido pela Constituição vigente. A convergência de todos os fatores que influenciam o processo cria uma *janela de oportunidade*, ou seja, um momento propício para a implementação de soluções políticas favoráveis.

A fase que se segue, a implementação da política pública, surge após as alternativas viáveis já estarem definidas e a tomada de decisão cristalizada pelo debate que se seguiu. Nesta fase, as regras e rotinas deliberadas se transformam em ações que serão realizadas pelo poder público. Portanto, neste momento, pode-se dizer que as “regras do jogo” já foram estabelecidas e deverão ser cumpridas. Este momento de análise ganha bastante destaque, pois é possível observar os variados obstáculos enfrentados e as falhas que podem surgir, além de ser perceptível também estudar erros anteriores à tomada de decisão, identificando outros problemas e objetivos mal definidos.

A avaliação da política pública é o momento em se delibera o desempenho da implementação com a intenção de melhor visualizar o estado da política e o nível de eficácia da medida. Secchi⁴⁹ identifica como os principais critérios usados para avaliações a economicidade, eficiência econômica, eficiência administrativa, eficácia, equidade:

A avaliação de uma política pública compreende a definição de critérios indicadores e padrões (*performance standards*).

Os critérios são mecanismos lógicos que servem como base para escolhas ou julgamentos. Os critérios se fundamentam em entendimentos valorativos da realidade e abastecem o avaliador de parâmetros para julgar se uma política pública funcionou bem ou mal.

Os principais critérios são:

- Economicidade: refere-se ao nível de utilização de recursos (*inputs*).
- Eficiência econômica: trata da relação entre *inputs* (recursos utilizados) e *outputs* (produtividade).
- Eficiência administrativa: trata do seguimento das prescrições, ou seja, do nível de conformação da execução a métodos preestabelecidos.
- Eficácia: corresponde ao nível de alcance de metas ou objetivos preestabelecidos

⁴⁹ SECCHI, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 50.

- Equidade: trata da homogeneidade de distribuição de benefícios (ou punições) entre os destinatários de uma política pública.

Subirats⁵⁰ identifica ainda que a avaliação de uma política pode possuir diversas conotações, podendo ser jurídica, técnica ou política. A avaliação jurídica deve se voltar aos aspectos legais, sob a ótica do princípio da legalidade, probidade administrativa e equidade. Já uma avaliação voltada aos aspectos técnicos privilegiará a eficácia e a economicidade para melhor utilização dos recursos. Enquanto que uma avaliação política utilizará a percepção dos diversos atores envolvidos no processo de formulação, bem como o grau de satisfação e importância aos interesses dominantes para a criação da medida.

Por fim, a última fase do ciclo das políticas públicas é a extinção. Estes estudos tiveram especial destaque por volta de 1970, quando nos países desenvolvidos as diversas políticas sociais derivadas do Estado de bem-estar social são confrontadas por um modelo de menor intervenção estatal. Para Giuliani⁵¹, são os motivos da extinção de uma política pública. Primeiro, se o problema que originou a política está resolvido, segundo, se os programas, as leis ou ações que proporcionaram a medida são ineficazes, e terceiro, embora não resolvido o problema, se este perdeu importância na agenda.

No entanto, o autor ressalta ainda que a extinção das políticas públicas é difícil, sobretudo quando há relutância por um grande número de beneficiários que desencadeiam o novo processo de debate na arena política, resultando em um novo conflito de interesses entre os agentes envolvidos.

Neste trabalho, buscar-se-á analisar as políticas públicas na área da saúde e a atuação do poder judiciário frente ao debate dos diversos atores envolvidos no processo sob a ótica de redes de políticas públicas, buscando, assim, aperfeiçoar os resultados. Antes se faz necessário identificar estes diversos atores envolvidos.

Para isso, utilizou-se como referência os atores envolvidos na área da saúde identificados por Leonardo Secchi⁵². O referido autor observa seis grandes grupos: atores sociais interessados em saúde, atores financeiros do setor saúde, outros atores

⁵⁰ SUBIRATS, J. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Madri: Inap, 1989, p. 56.

⁵¹ GIULIANI, M. Policy termination. In: CAPANO, G.: GIULIANI, M. **Dizionario di Politiche Pubbliche**. Roma: Carocci, 2005, p. 137.

⁵² SECCHI, Leonardo. *Op. cit.*, p. 79.

prestando serviços de saúde, atores dedicados a ciência & tecnologia em saúde, atores provendo insumos para o setor saúde, atores do estado envolvidos com a saúde e ainda o espaço de interação entre eles.

Procurar-se-á analisar, mais especificamente, o Poder Judiciário como agente estatal envolvido no processo de tomada de decisão de políticas públicas na área da saúde, enfocando a relação entre a intervenção dos juízes e a democracia.

Além disso, também será examinado o papel do ator Ministério Público como fiscal dessas políticas e ainda os Conselhos de Saúde como canal de interlocução dos atores não estatais envolvidos no processo.

2.3 A relação entre as fases das políticas públicas e os momentos distintos da intervenção judicial

A intervenção dos juízes no controle de políticas públicas no Brasil é apenas um dos diversos fatores envolvidos no processo de decisão política. Bucci⁵³ ressalta que, especialmente a fase de criação de políticas públicas não é própria da atividade jurisdicional, dada a alta complexidade destes instrumentos. Dessa forma, questiona-se até que ponto a intervenção judicial possui validade para tanto:

A exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. Isto se reflete em dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas – o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam – e quanto à justiciabilidade dessas mesmas políticas, isto é, a possibilidade de exigir seu cumprimento em juízo.

Além disso, a autora complementa que as políticas públicas dependem sempre de uma conotação valorativa. Por um lado o governo implementador da medida busca racionalizar a ação governamental expondo as metas e objetivos, e por outro lado, os opositores desta ação questionam a eficiência da medida, fazendo parte, portanto, do processo democrático:

⁵³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 257.

Envolveriam sempre uma conotação valorativa; de um lado, do ponto de vista de quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental, apontando os vetores que a orientam; de outro lado, da perspectiva de seus opositores, cujo questionamento estará voltado à coerência ou eficiência da ação governamental. Essa dimensão axiológica das políticas públicas aparece nos fins de ação governamental, os quais se detalham e concretizam em metas e objetivos⁵⁴.

Dessa maneira, a criação, implementação e avaliação de políticas públicas unilateralmente pelo poder judiciário fere o princípio democrático, pois a tomada de decisão política não reflete a vontade da maioria, ainda que seja realizada seguindo os princípios norteadores da ação judicial. Na realidade, é contraditório juízes não-eleitos limitarem a vontade de representantes eleitos pela sociedade por meio de um processo democrático previsto pela constituição vigente.

Entretanto, também é assegurado ao cidadão a possibilidade de recorrer à justiça caso haja violação a algum direito seu, pois a Constituição deixa claro como direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV que o Poder Judiciário não pode se escusar de apreciar qualquer lesão a direito. Por este motivo, cresce tanto a judicialização de políticas públicas objetivando a apreciação do seu conteúdo.

Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Portanto, se faz necessário estabelecer limites a esta intervenção, de maneira que sejam respeitados os princípios constitucionais que asseguram a democracia. Por isso, pretende-se dar enfoque a relação da judicialização de políticas públicas com a democracia, argumentando que a intervenção judicial se mostrará diferentemente adequada para os momentos distintos do ciclo de políticas públicas.

Para tanto, observa-se que o controle judicial de políticas públicas pode ser anterior, simultâneo ou posterior à medida, se relacionando assim com as diferentes fases do ciclo, qual seja, criação, implementação ou avaliação.

Deve-se primeiramente identificar que as fases do ciclo que se relacionam com a criação ou extinção de políticas públicas são: (1) identificação do problema, 2) formação da agenda, 3) formulação de alternativas, 4) tomada de decisão, 7) extinção. E

⁵⁴ *Ibidem*, p. 252.

estas demandam uma intervenção judicial de caráter anterior à própria política pública ou pretendem uma modificação da mesma, o que acarreta, de qualquer maneira, o descumprimento daquilo que foi acordado pelo “jogo de interesses” (inerente ao processo democrático) que se estabeleceu até a sua implementação.

Pretende-se, nas seções seguintes, a partir da identificação desta relação entre as fases do ciclo e do momento que se dá essa intervenção, examinar os limites impostos pela própria Constituição para que o controle seja de forma democrática. Percebe-se que não é possível, pelo processo democrático, a formulação de políticas públicas pelo próprio Poder Judiciário, na medida em que se substituiria, indiscriminadamente, a vontade da maioria pela vontade judicial.

Especificamente, no que tange o direito à saúde, se o direito pleiteado pelo cidadão se funda, por exemplo, no fornecimento de medicamento experimental não fornecido pelo SUS, a ingerência pelo Poder Judiciário estaria ferindo o princípio da separação dos poderes, na medida em que seria retirada a discricionariedade da Administração Pública em analisar, pelo órgão técnico responsável, o custo-benefício (e os riscos) de adotar a medida pleiteada.

Daniel Sarmiento⁵⁵ destaca que há atualmente uma elevada produção acadêmica, especialmente de origem anglo-saxônica, sobre modelos teóricos que estimulam o diálogo entre instituições. Privilegiaram-se aqui algumas das ideias formuladas por Rosalind Dixon⁵⁶, principalmente acerca das vantagens de decisões co-participadas.

O diálogo institucional procura maximizar o alcance das deliberações constitucionais. Para o presente estudo traz-se a ideia de que não se deve afastar completamente a intervenção do judiciário na criação e implementação de políticas públicas. Segundo Dixon⁵⁷, os tribunais devem servir de palco para o diálogo, por vezes intervindo para comunicar falhas neste diálogo, abrindo os canais, e nos casos extremos, quando relacionados à implementação, agindo coercitivamente. O que se ressalta da teoria do diálogo é que a atuação do poder judiciário não seja somente dotada de uma postura repressiva, ou seja, de máxima intensidade (*strong form*).

⁵⁵ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade**. In: Marcelo Novelino. (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. , p. 31-68.

⁵⁶ DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. Weak-form judicial review revisited*. Center For Human Rights And Global Justice Working Paper. **Economic, Social And Cultural Rights Series** n.3, p. 11-52, 2006.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 40.

Este tipo de abordagem, por exemplo, estimula a participação da comunidade, como no caso das Audiências Públicas, que aprofundam a discussão em torno do processo político de formulação de políticas públicas, e dessa maneira, tendem a otimizar o impacto das decisões políticas⁵⁸.

Além disso, a autora ressalta que estes mecanismos de diálogo entre as instituições e a comunidade permitem a superação da falta de conhecimento técnico, por parte dos magistrados, de uma determinada política pública.

Portanto, a intervenção judicial na fase de criação de políticas públicas deve se dar em menor intensidade, pois se afasta em muito da característica revisora e de inércia deste poder. A intervenção deve ocorrer somente para proteger a própria democracia, utilizando-se de mecanismos que propiciem o diálogo e a participação da comunidade neste processo de formulação.

Dessa maneira, observa-se que este momento de controle judicial de políticas públicas se aproxima do modelo de democracia procedimental sugerida por John Hart Ely⁵⁹ e Jürgen Habermas⁶⁰, bem como também está inserida no debate entre democracia representativa e participativa.

Já o segundo momento de controle judicial de políticas públicas se dá na fase de implementação da medida, ou seja, as regulamentações para a execução do direito já foram determinadas e a administração tem o dever de cumprir o que foi estabelecido. Neste momento, a lesão ao direito pleiteado pelo cidadão está fundamentada, sobretudo, na eficácia da medida e no princípio da isonomia.

Embora o Estado alegue dificuldades orçamentárias para implementar uma política pública, o que justificaria a sua ineficácia, invocando para tanto o princípio da reserva do possível, autores como Ronald Dworkin⁶¹ e Robert Alexy⁶² sustentam que a Administração Pública deve escolher ao menos uma das alternativas possíveis que estão a sua disposição para execução de uma política pública, residindo justamente nesta escolha a discricionariedade administrativa. Contudo, esta alternativa deve ser eficaz.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 39-40.

⁵⁹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010, p. 5.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 141.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 19.

⁶² ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 445-446

Para os referidos autores, não se pode alegar o princípio da reserva do possível ao ser confrontado com questões que envolvam o mínimo existencial, uma vez que este é assegurado pela proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Observa-se que este momento de atuação do Poder Judiciário na fase de implementação de políticas públicas deve ser mais intenso que o momento anterior, analisando o caso concreto para determinar sua atuação. Optou-se neste trabalho pelo entendimento de que os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes, desenvolvida na teoria de Robert Alexy. No caso de colisões entre princípios, deve-se recorrer ao sopesamento dos mesmos, o que varia dependendo de cada caso analisado.

Este tipo de intervenção judicial na fase de implementação de políticas públicas, como visto, se aproxima de uma concepção substancial de democracia, e assim, demandam mecanismos de intervenção específicos, como defendido por Dworkin.

A intervenção judicial, posterior à implementação da medida, se dá na fase de avaliação presente no ciclo de políticas públicas. Esta atuação judicial não se mostra inovadora no Brasil, já que o Poder Judiciário faz o controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos. Por exemplo, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) determina como deve ser realizada a atuação do administrador público, responsabilizando-o nas esferas administrativa, civil e penal. Neste caso, a intervenção tem maior intensidade, pois está determinado na própria lei o limite da atuação do judiciário, aplicando a sanção correspondente ao caso específico determinado na norma.

Buscar-se-á dar ênfase a atuação do poder judiciário frente às fases de criação e implementação de políticas públicas, pois é precisamente nestes momentos que estas ingerências substituem um ato de vontade de poderes eleitos por um ato de vontade de juízes não-eleitos. Portanto, se faz necessário observar os limites constitucionais para esta atuação de forma a não comprometer o processo democrático, ressaltando ainda que as diferentes fases do ciclo de políticas públicas necessitam de intervenções distintas.

3 OS LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O DEBATE ENTRE PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS SOBRE O MODELO CONTEMPORÂNEO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

“A pergunta é onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados”.

(Robert Alexy, 1983)

3.1 Os limites da atividade judicial e a concepção de democracia para John Ely: as correntes interpretativista e não-interpretativista

O debate entre procedimentalistas⁶³ e substancialistas⁶⁴ se encontra, atualmente, no foco de estudo dos teóricos da Constituição, principalmente com relação às concepções contemporâneas sobre o conteúdo das constituições e a atividade jurisdicional.

A interpretação constitucional, pelo viés substancialista, deve objetivar ser um instrumento de defesa dos direitos fundamentais. Esta teoria defende que determinados valores são socialmente relevantes e, portanto, devem ser utilizados para justificar as decisões judiciais. Por outro lado, os procedimentalistas entendem que a jurisdição constitucional deve ser um instrumento de defesa do procedimento democrático.⁶⁵

⁶³ Entre os defensores desta corrente se encontram: John Hart Ely, Jürgen Habermas, Cláudio Pereira de Souza, Marcelo Cattoni e Rogério Gesta Leal.

⁶⁴ Destacam-se: Ronald Dworkin, Fábio Konder Comparato, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Paulo Bonavides e Mauro Cappelletti.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1178.

John Hart Ely, em sua obra “Democracia e Desconfiança: uma teoria da revisão judicial”, apresenta comentários sobre o debate entre os interpretativistas e não-interpretativistas acerca dos limites da intervenção judicial nos Estados Unidos.

A corrente interpretativista não busca a literalidade da lei, e sim a investigação da vontade do legislador. O interpretativismo pretende que os magistrados não extingam a vontade do poder político eleito democraticamente ao retirar valores fora do estabelecido pelo poder legislativo (a pretexto de defenderem a própria constituição). Jane Pereira⁶⁶ ressalta que o essencial para este método hermenêutico é o pressuposto que “*as leis só podem ser declaradas inválidas mediante um processo dedutivo que tenha como premissa norma claramente identificável na Constituição*”. Nesta esteira, Canotilho⁶⁷ avalia que esta corrente fixa parâmetros para que seja aplicada a Constituição:

As corrente interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou pelo menos, nela claramente implícitos.

Já a corrente não-interpretativista sustenta uma postura hermenêutica que busca o sentido substancial da constituição com a finalidade de justificar uma atuação judiciária embasada em valores “maiores”. Essa denominação, não-interpretativismo, se justifica pelo fato desta corrente recorrer a certos valores que não foram resultados de uma interpretação direta do texto constitucional. De acordo com Canotilho⁶⁸:

As correntes não-interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ – princípios da liberdade e da justiça – contra atos de responsabilidade do legislativo em conformidade com o ‘projecto’ da constituição.

Em sua obra, Ely⁶⁹ argumenta que não é compatível com o processo democrático um sistema judicial em que os juízes busquem, fora da própria constituição, valores

⁶⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais** – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006, p. 64.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1179.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 1180.

⁶⁹ ELY, John Hart. *Op. Cit.*, p. 4.

substanciais (não-interpretativista), como solidariedade e justiça, para se combater ou exigir determinados atos dos representantes eleitos. Para esta corrente, por meio da utilização deste tipo de hermenêutica, forma-se um sentido substancial da constituição, permitindo-se uma atuação judicial baseada em valores, e não apenas ao princípio democrático.

O autor desenvolve sua argumentação descrevendo a função histórica desempenhada pela Suprema Corte norte-americana e chega a uma conclusão que o problema central da revisão judicial americana é o fato que os juízes que não são eleitos não podem ser responsabilizados politicamente pelos seus atos:

Um corpo que não é eleito ou de outra forma, politicamente responsável em qualquer significado estará dizendo aos representantes eleitos pela população que eles não podem governar como gostariam⁷⁰.

Ely⁷¹ analisa que o pilar do constitucionalismo norte-americano está baseado no poder que o povo outorga aos seus legisladores. Avalia ainda, que para o sistema representativo ser possível, embora tenha que ser respeitada a vontade da maioria, a minoria não pode ser completamente suprimida, pois somente quando há efetiva participação de todos no sistema representativo e a percepção dos benefícios sociais assegura o equilíbrio necessário entre a representatividade da vontade das maiorias no Poder Legislativo e a efetiva proteção das minorias.

No entanto, para o autor, uma concepção substancial dos valores da Constituição pelos juízes (não-interpretativistas) não dá legitimidade às decisões judiciais, pois axiologicamente não há diferença dos valores escolhidos pelos membros do Poder Legislativo daqueles buscados pelos juízes no próprio texto da constituição (interpretativistas).

A grande questão, portanto, é a legitimidade dos juízes não-eleitos definirem sobre políticas públicas que foram deliberadas pelos representantes do povo. O autor levanta importante questão ao ressaltar que, interpretar a constituição somente com valores inseridos dentro dela própria seria o mesmo que a sociedade do presente ser governado por legisladores do passado. E, por outro lado, não interpretando a

⁷⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁷¹ *Ibidem*, p. 19.

constituição os juízes estariam utilizando um método próprio para definir a moralidade da nação, e este não é mais adequado se compararmos com os definidos pelos membros do Poder Legislativo.

Por meio de uma concepção histórica da Constituição norte-americana, ao adotar a corrente interpretativista do modo como foi utilizada esta hermenêutica de interpretação constitucional ao longo do tempo, foram permitidas situações em que os direitos das minorias foram desconsiderados, especialmente a participação das minorias no processo democrático, como o direito ao sufrágio universal e o direito a tratamento isonômico em favor das minorias raciais.

No entanto, o autor também vê severos problemas na corrente antagônica, pois repudia veementemente que os valores da Constituição dependem da benevolência dos juízes, realizando forte crítica ao uso que os não-interpretativistas fazem do direito natural, que, em sua concepção, pode ser usado como argumento para qualquer coisa, sob qualquer pretexto⁷².

Por isso, Ely⁷³ sustenta que o sistema representativo deve possuir duas premissas fundamentais: (1) a participação de todos no processo democrático e (2) e a participação de todos nos benefícios sociais decorrentes deste processo. A combinação entre o sistema de representação a participação popular se mostra como um mecanismo compatível com a democracia contemporânea, pois garante um equilíbrio entre a vontade da maioria parlamentar sem desconsiderar a proteção das minorias.

A regra da maioria no sistema representativo se impõe justamente para assegurar o respeito da vontade de todos os cidadãos, mas, ao mesmo tempo, esta regra também gera um efeito colateral indesejado, as minorias restam facilmente desprotegidas.

E é por esta razão que o autor acredita que as minorias devem receber proteção judicial específica, garantindo o direito de participação no processo democrático. Ely⁷⁴ defende que a existência deste direito substancial de participação é decorrente da própria constituição, e este é o mecanismo por meio do qual será discutido de que maneira os bens sociais serão distribuídos pela sociedade, concluindo, assim, que um sistema que se pretende dar igualdade de oportunidade a todos os cidadãos deve ter como permissa básica a distribuição estatal de bens sociais fundamentais. E, por isso, a

⁷² *Ibidem*, p. 57.

⁷³ *Ibidem*, p. 97.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 181.

intervenção judicial norte-americana se legitima nos casos em que atua para corrigir as deficiências do sistema de democracia representativa.

Portanto, Ely⁷⁵ defende uma concepção procedimental da Constituição como mais adequada a enfrentar o debate que se segue com a ingerência do judiciário nas políticas públicas, pois a interferência direta dos juízes, a partir de uma particularidade de valoração, conduziria à tirania do poder judiciário.

No Brasil, entretanto, o debate ganha especial destaque nos limites judiciais frente à omissão da Administração Pública. Se seguirmos a linha de pensamento de Ely, só seria possível a criação de uma política pública pelo poder judiciário se esta fosse imprescindível para a garantia da participação de todos os cidadãos no processo democrático e para assegurar o tratamento isonômico aos bens sociais distribuídos pelo poder público.

Além disso, estas suas duas posições, como veremos adiante, não conflitam com os argumentos utilizados por autores que defendem uma concepção de democracia substancial, como Dworkin⁷⁶.

Esta concepção procedimental de Ely possui diversos pontos de contato com a desenvolvida por Habermas⁷⁷. Muito embora, para o primeiro, o controle democrático seja realizado pelo próprio Estado por meio da intervenção judicial nos casos que o sistema democrático não esteja funcionando perfeitamente, casos esses em que os juízes deverão rejeitar o “*produto do mal-funcionamento e começar de novo*”⁷⁸. Já para o segundo, será a própria sociedade que definirá e regulará a atividade do Estado.

3.2 A teoria da ação comunicativa de Habermas

Habermas, em sua obra “Direito e Democracia: entre a facticidade e validade”, funda sua teoria pretendendo solucionar o problema da ordem jurídica e as tensões entre facticidade e validade, sob um aspecto sociológico.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 243.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*.

⁷⁸ ELY, John Hart, *Op. Cit.*, p. 137.

O autor faz uso da concepção de Kant sobre as diferenças entre a moralidade e a legalidade, argumentando que só é possível a vinculação dos cidadãos ao Direito se a legitimidade advier do consenso da sociedade. Para o autor, muito embora o direito e moral se aproximem, ressalta que a moral representa apenas uma forma do saber cultural, enquanto que o direito exige a obrigatoriedade também em níveis institucionais:

“Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no níveis institucionais. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação⁷⁹.”

O autor prossegue salientando que a ordem jurídica não é necessariamente uma cópia de uma norma moral que se tornou autônoma e, por essa razão, não se pode interpretar os direitos fundamentais que são positivados em normas constitucionais como idênticos às normas morais que os originaram, tampouco a política como simples cópia da moral:

“A concepção empiricamente informada, segundo a qual as ordens jurídicas completam-se co-originariamente uma moral que se tornou autônoma, não suporta por muito mais tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral – como se tratasse de uma mesma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes. Por isso, não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral. Isso é devido ao fato de que normas de ação gerais se ramificam em regras morais e jurídicas⁸⁰.”

Nesta esteira, avalia que ocorre na sociedade, com o passar dos anos, uma transformação da moral que será essencial para se compreender o direito. Por isso, o autor vale-se da perspectiva de Kant de que as decisões políticas devem ser tomadas nos espaços públicos que permitam o consenso entre os cidadãos. Para o autor, essa interlocução, por meio das instâncias públicas se torna um importante instrumento para combater a distância que existe entre o Poder público e a massa de eleitores.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 141.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 142.

Habermas critica a democracia representativa, pois os partidos políticos fazem uma “seleção” do que é relevante para a sociedade dentro do debate político que não é, necessariamente, derivada das expectativas populares. Para o autor, as políticas públicas decorrem muito mais da necessidade de se enfrentar crises do que de planejamento social:

Há evidências de que o sistema administrativo só pode operar num espaço muito estreito; parece que ele age mais no nível reativo de uma política que tenta contornar crises do que uma política que planeja.

Dessa maneira, seria possível buscar a legitimidade das normas positivadas por meio de um amplo debate, fornecendo mecanismos procedimentais para uma melhor compreensão da racional da democracia, construindo uma nova cultura política.

Esta tese tem como finalidade legitimar a atuação do Estado contemporâneo por meio de uma lógica consensual, envolvendo o maior número possível de cidadãos, e a legitimidade das normas jurídicas e validade pela participação destes cidadãos.

Este conceito procedimental de democracia amplia o grau de abertura do sistema, apresentando uma alternativa a um positivismo jurídico pautado em uma validade formal e absoluta. Além disso, essa ótica democrática se afasta da proposta de sopesamento de princípios de Alexy, onde se busca dimensionar valores individualmente considerados no caso concreto.

No mesmo entendimento, Gesta Leal⁸¹ ressalta ainda que o uso destes mecanismos de democracia participativa não é avesso ao modelo de democracia representativa adotada no Brasil. Ao contrário, ampliam a capacidade representativa na medida em que aproxima as decisões políticas dos interesses populares:

Um processo deliberativo que funcione sob o fundamento da inclusão intersubjetiva dos seus operadores, não precisa negar ou mesmo afastar a experiência da representação política, mas ampliá-la a extensões cada vez maiores, fazendo com que os resultados políticos de ações cotidianas respondam aos desejos e aspirações populares e massivas.

⁸¹ GESTA LEAL, Rogério. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: GESTA LEAL, Rogério (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. 3 v. Tomo 3, p. 819-865, p. 836.

Lenio Streck salienta ainda que a teoria proposta por Habermas, ao depositar na sociedade a legitimidade e validade das normas jurídicas, traz importante contribuição no sentido de restringir a atuação dos juízes no tocante às políticas públicas, pois, segundo a argumentação proposta pela teoria da comunicação, elas deveriam ser formuladas pela própria sociedade, seja pela representatividade, seja pela ampliação dos canais de participação popular:

Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitado a proteger um processo de criação democrática do Direito⁸².

Ainda que seja claro o potencial democratizante proposto por Habermas, poderia ser argumentado que no Brasil sua aplicação seria dificultada por diversos fatores, como o baixo envolvimento político dos cidadãos. Outra crítica a ser feita a esse modelo procedimentalista se refere ao fato de que a própria constituição brasileira incumbiu ao intérprete constitucional, e não à sociedade, a fixação de valores que norteiam a proteção das garantias individuais.

Ainda sim, esta teoria traz sensível contribuição na medida em que alerta os juízes do perigo do ativismo judicial sem observar os argumentos democráticos que permitam o controle judicial das políticas públicas.

Além disso, a própria Constituição brasileira de 1988 traz em seu bojo mecanismos de ampliação do debate democrático sem ferir o modelo representativo, a exemplo das audiências públicas e dos Conselhos Municipais de Saúde, o que se mostra bastante válido na medida em que se poderão ampliar os canais de comunicação, incluindo agentes sociais até então afastados da administração pública.

No que tange especificamente ao momento de formulação das políticas públicas, a teoria proposta se mostra adequada no sentido de: 1) não permitir que os juízes interfiram na criação das políticas públicas, sob pena de estarem substituindo a vontade dos representantes eleitos pelo povo, a menos que esta intervenção seja para assegurar o processo democrático; 2) garantir uma aproximação maior da população nos processos de formulação de políticas públicas.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 138.

Cumpra ressaltar que Habermas se aproxima de Dworkin pelo fato de ambos considerarem de grande importância a soberania popular para a democracia. Entretanto, enquanto para o primeiro a vontade popular é alcançada por um conceito de democracia participativa procedimentalista, para o segundo a soberania é alcançada pelo direito a um tratamento igualitário entre os cidadãos, habilitando os juízes a exarar a única resposta correta, por meio da tradição e pela força normativa dos princípios constitucionais.

3.3 A perspectiva de Ronald Dworkin sobre as balizas da intervenção judicial

Ronald Dworkin, em suas obras, produz sua própria concepção de Direito, na medida em que busca examinar o que os juízes entendem como Direito. A importância desta análise reside no fato que as decisões judiciais podem determinar o destino de uma comunidade:

Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica.⁸³

A preocupação de como a racionalização da justificação da decisão se relaciona com a proteção da democracia também foi alvo de estudo de outros autores, a exemplo de Alexy, que questiona os limites aceitáveis de valoração para a interpretação jurídica:

A pergunta é onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados⁸⁴

⁸³ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 19.

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 12.

Dworkin procura relacionar a democracia com a Teoria do Direito, analisando a atividade judicial nos Estados Unidos. Argumenta que somente com a adoção de uma concepção substancial de democracia é possível justificar o controle judicial amplo, como no caso norte-americano (*judicial review*) e respeitar, ao mesmo tempo, o modelo de democracia representativa, e a autonomia dos Estados da Federação.

Para o autor, existe uma sensível diferença entre a concepção majoritária de democracia, onde não seria permitido a intervenção de juízes para defesa de uma posição contra-majoritária, e uma concepção constitucional de democracia, onde os juízes estariam legitimados a limitar a vontade da maioria parlamentar sempre que o direito de cada cidadão a um tratamento justo e igualitário estiver sendo violado.

Cumprido salientar que o sentido de igualdade adotado por Dworkin se refere à igualdade formal, um instrumento de acesso a bens e serviços fornecidos pelo Estado, se afastando assim da ideia de igualdade material⁸⁵.

Para o autor, a intervenção judicial se mostra necessária sempre que o processo legislativo não tratar os cidadãos com igualdade. Sua argumentação consiste no fato que as decisões majoritárias só devem ser reputadas como legítimas quando todos os membros da comunidade em questão são considerados “membros morais”, ou seja, cada membro deve se sentir parte integrante da mesma com capacidade de participação.

Dworkin sustenta que a palavra final sobre a limitação da atuação da maioria parlamentar é do juiz constitucional que a realiza por meio de uma leitura moral da constituição e da sociedade em que vive. Para que seja possível essa valoração, o autor mostra como essencial estabelecer uma diferença entre princípios e políticas. Os princípios são os norteadores da atuação judicial, que não devem receber influência do jogo político.

Para ele, os princípios são um *standard*, que têm de ser alcançados porque é uma exigência moral de igualdade ou outro aspecto da justiça, e não porque favorece a uma situação econômica, política, ou social. Luiz Henrique Cademartori⁸⁶ ressalta a importância dos princípios na obra de Dworkin, na medida em que este contém as ferramentas que necessitam os juízes para julgar de um modo ou de outro, dependendo do caso concreto, pois é neles que se encontra o conteúdo moral a ser seguido:

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

⁸⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique U. **Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito**. 1 ed., 4. Tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 101.

Se, no caso das normas comuns ou regras, estas se aplicam ou não aos casos concretos dentro de uma perspectiva de ‘tudo ou nada’ (an all or nothing), os princípios estabelecem as razões para decidir de uma forma determinada e, ao contrário das outras normas comuns, o seu enunciado não determina as condições de sua aplicação, mas sim, o seu conteúdo material ou peso específico, ou seja, o valor que encerram e que definem quando eles serão aplicados ou não.

Para o autor, as decisões judiciais devem ser realizadas na estrita observância dos princípios constitucionais, não havendo espaço dentro da integralidade do Direito para criação de novos direitos. A atuação do juiz deve ser pautada na procura de direitos que já se encontram na ordem jurídica, mas de maneira implícita. Pois, só dessa forma, será possível uma atuação sem que seja ferido o princípio democrático. Dworkin⁸⁷ defende, de forma sistemática, que sempre existe uma resposta correta que deve encontrada a partir da prática interpretativa dos juízes, utilizando como guias os princípios (*standards*) que contêm o conteúdo moral que intencionaram a vontade do legislador. Sobre Dworkin, Klaus Günther⁸⁸ ressalta:

O descobrimento ou a busca por normas implícitas não ocorre de modo arbitrário. Dworkin insiste para que os juízes não criem novos direitos, mas descubram os direitos que sempre existiram, ainda que frequentemente de modo implícito. Esta argumentação de Dworkin é consequente, porque, no âmbito, direitos são de natureza moral, portanto inacessíveis à intenção positivadora. Eles não são derivados de um ato legiferante ou judicativo, mas do direito ao respeito e considerações iguais, enraizado nos fundamentais princípios legitimadores de uma comunidade.

Günther⁸⁹ prossegue:

A exigência de justificar decisões legislativas e judiciais, segundo uma teoria política coerente, estabelece uma ponte entre argumentos principiológicos morais e decisões a respeito de normas jurídicas.

⁸⁷DWORKIN, Ronald. Juízes e democracia. **O Estado de S. Paulo**, Espaço Aberto, 26 abril, 1997.

⁸⁸GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 410.

⁸⁹*Ibidem*, p.: 411.

Resta claro que Dworkin se afasta de uma concepção jusnaturalista do Direito na medida em que não admite criação discricionária do direito pelo juiz, pois confrontaria o princípio democrático e a integralidade do sistema jurídico. Sua argumentação consiste no fato de que toda satisfação jurídica corresponde a uma ideia que já se encontra dentro do próprio Direito.

Aí reside a importante contribuição deste autor para a análise das políticas públicas. Os juízes não podem ser tentados ao ativismo judicial e a consequente interferência nas políticas públicas sem se levar em consideração o princípio democrático. O juiz não deve criar o direito, e sim encontrá-lo sempre que a isonomia na distribuição de recursos não estiver sendo assegurada, utilizando-se para isso dos princípios constitucionais (*standards*).

Além disso, o autor salienta a importante percepção de que os juízes não devem ser influenciados, e nem intervir, sobre questões de cunho político. Por isso estabelece uma diferenciação entre decisões políticas. A primeira, as decisões sobre questões sensíveis à eleição, devem estar submetidas somente a vontade da maioria parlamentar, não permitindo assim a ingerência do poder judiciário. Já o segundo tipo de decisão política se refere às questões não sensíveis às eleições, o que permitiriam a regulação por parte do poder judiciário. Dworkin utiliza como exemplo que a criação de um centro esportivo seria uma política sensível à eleição, já a questão que envolvesse discriminação racial seria uma política não sensível às eleições:

A decisão de usar ou não os fundos públicos disponíveis para construir um novo centro de esportes ou um novo sistema de estradas é normalmente sensível à eleição. (...) a decisão de matar ou não os assassinos convictos ou de proibir a discriminação racial no trabalho parece, por outro lado, insensível à eleição⁹⁰.

A democracia substantiva defendida por Dworkin nos permite firmar o entendimento que o autor estabelece capital importância na preservação do sistema democrático, limitando a intervenção judicial somente nos casos em que a distribuição dos recursos sociais não esteja sendo feita com base no princípio da igualdade. Transportando este argumento para o caso brasileiro, pode-se observar que a criação de

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Virtud soberana**: la teoría y la práctica de la igualdad. Traducción de Fernando Aguiar y de Maria Julia Bertomeu. Barcelona: Paidós, 2000, p. 224.

políticas públicas pelo poder judiciário não deve ser estimulada, sob pena de afronta ao princípio democrático.

Portanto, pode-se extrair da argumentação deste autor que o momento da implementação das políticas públicas deve ser pautado pelo princípio da isonomia, e que o poder judiciário pode realizar o controle judicial na execução destas medidas. Para tanto, os juízes devem buscar nos princípios constitucionais (*standards*) a resposta certa para o problema.

3.4 O controle judicial na criação e na implementação das políticas públicas e sua relação com os conceitos de democracia procedimental e substancial

A criação de uma política pública decorre de uma avaliação sobre como serão distribuídos os bens do Estado entre os cidadãos de uma comunidade específica. O conteúdo da política pública dependerá assim de uma ação política que é vinculada, na democracia representativa, aos Poderes Executivo e Legislativo.

A concepção procedimental de democracia é adequada ao debate da formulação da política pública, pois esta depende de um amplo processo de comunicação entre os membros da comunidade que serão afetados pela medida formulada, e da preservação do princípio democrático. Portanto, a criação de uma política pública é uma opção política segundo a qual as preferências e interesses de toda a sociedade devem ser levados em consideração. A intervenção judicial deve ser pautada na preservação da democracia representativa e na promoção da democracia participativa.

Já a implementação de uma política pública depende da execução da medida pelos órgãos do poder público, se configurando, portanto, uma ação administrativa. O poder judiciário já realiza o controle dos atos administrativos pautado no princípio da legalidade. Contudo, tratando-se de direitos sociais realizados por meio de políticas públicas, os juízes estão autorizados ao controle judicial das políticas públicas, especialmente no que tange ao princípio da isonomia. Deve-se utilizar o sopesamento de princípios de Robert Alexy para que se examinem todos os aspectos particulares da situação do caso concreto.

Na realidade, este tipo de controle judicial realiza um exame de retrospectiva da política pública, pois se busca verificar se os cidadãos possuem o direito de sua implantação. Esta conjectura é adequada a um conceito substancial de democracia. A visão substancialista dos valores constitucionais é compatível com a democracia brasileira, já que a própria Constituição brasileira de 1988 impõe ao Estado a proteção e promoção das garantias fundamentais por meio de análise das especificidades encontradas em cada caso. Esta atuação do Poder Judiciário não afronta ao princípio democrático da separação de poderes, pois é sua incumbência constitucional controlar a atividade dos outros poderes.

Neste contexto, é de grande importância a diferenciação feita por Dworkin entre as políticas sensíveis à eleição e aquelas não sensíveis à eleição, bem como sua argumentação no sentido da possibilidade da intervenção judicial nos casos em que a distribuição de recursos fere o princípio da isonomia.

As concepções de Ely e de Habermas sobre democracia procedimental se mostram aptas a delimitarem a atuação do poder judiciário no caso de criação das políticas públicas, expondo as situações excepcionais em que ela se faz presente.

Para o primeiro autor, a interferência do Poder Judiciário se dará unicamente nos casos em que esteja ocorrendo uma afronta ao próprio processo democrático. Já para o segundo autor, a intervenção judicial poderia se dar em menor intensidade, utilizando mecanismos constitucionais de participação popular de maneira que incluísse todos os atores sociais envolvidos no processo da criação da política pública. Estes instrumentos se encontram, inclusive, na própria Constituição brasileira de 1988.

Ressalta-se, portanto, que não há nenhuma incompatibilidade entre os argumentos de Ely, Habermas e Dworkin, podendo coexistir no mesmo modelo constitucional argumentos procedimentais e substanciais de democracia. Contudo, se faz necessário ainda examinar a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e os argumentos utilizados para o controle judicial de políticas públicas na concessão de medicamentos.

4 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL

“Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas públicas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.”

(SL 47-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 30-4-2010)

4.1 O movimento sanitário no Brasil e o Direito Social à Saúde

Inicialmente, o direito à saúde não estava relacionado ao direito social ou ao valor supremo da dignidade da pessoa humana. Na transição do Brasil do século XIX para o XX era do interesse da elite econômica do país manter o trabalhador sadio, tendência que ecoou em todo o mundo após a Revolução Industrial. No contexto brasileiro, era imperativo que o trabalhador do campo fosse capaz de produzir, já que a economia se baseava principalmente na exportação agrária.

Com o processo de urbanização e modernização das cidades, que durou até meados do século XX, e as diversas mazelas presentes na sociedade brasileira, tornou-se imprescindível criar políticas públicas que promovessem a saúde para a população, juntamente com o saneamento adequado, de forma a não prejudicar o crescimento econômico e o desenvolvimento da nação. A medicina empenhou-se a combater tais males, influenciadas pelas inovações científicas e pelo processo de modernização dos centros urbanos europeus, justificaram medidas intervencionistas e autoritárias que marcaram a República Velha.

Esse período foi marcado por medidas de reforma urbana e higienização da cidade do Rio de Janeiro, bem como as campanhas de vacinação da população.

Entretanto, o caráter autoritário destas ações governamentais tiveram consequências negativas, a exemplo da Revolta da Vacina que ocorreu no ano de 1904.⁹¹

Entretanto, o ideal de modernização se contrapunha com a realidade do Brasil naquele momento. O país era marcado pelo regime agrário exportador. Predominava características sociais do homem do campo, estereotipado na figura de Jeca Tatu, criado por Monteiro Lobato, que demonstrava um homem leigo, doente e preguiçoso, que não ajudava em nada no desenvolvimento nacional. Observa-se que a implementação do direito social à saúde, de maneira ampla e de abrangência nacional, inicia-se com o movimento sanitarista brasileiro, que tinha inicialmente como principal medida combater as doenças que assolavam a população da época por falta de cuidados básicos como o saneamento, tendo como alvo, sobretudo, o interior do país. Como se percebe no texto de Lima e Hochman⁹²:

A segunda representação do Brasil, contestada pelo movimento, caracteriza-se pela imagem negativa do povo, especialmente da população do interior. Por sua expressividade simbólica e importância para a campanha do saneamento, podemos exemplificá-la através do personagem Jeca Tatu, criado pelo escritor paulista Monteiro Lobato. Em dois artigos publicados no jornal O Estado de São Paulo, em 1914, Lobato defende ser o caboclo a principal praga nacional e o descreve com palavras fortes: “funesto parasita da terra (...) homem baldio, inadaptável à civilização”. (Lobato, 1957a:271) O autor observa, numa crítica à literatura romântica e regionalista, que o indianismo estaria mudando de nome, transformado em caboclisto e sertanismo e, a partir de sua experiência pessoal como fazendeiro, afirma retratar o verdadeiro homem do interior, resumindo sua posição em frases de efeito, tais como: “Pobre Jeca. Como és bonito no romance e feio na realidade” (Lobato, 1957a:292). É curioso pensar como uma representação

⁹¹Para erradicar a varíola, o sanitarista Oswaldo Cruz convenceu o Congresso a aprovar a Lei da Vacina Obrigatória (31 de Outubro de 1904), que permitia que brigadas sanitárias, acompanhadas por policiais, entrassem nas casas para aplicar a vacina à força. A campanha de vacinação obrigatória é colocada em prática em novembro de 1904. Embora seu objetivo fosse positivo, ela foi aplicada de forma autoritária e violenta. Em alguns casos, os agentes sanitários invadiam as casas e vacinavam as pessoas à força, provocando revolta nas pessoas. Essa recusa em ser vacinado acontecia, pois grande parte das pessoas não conhecia o que era uma vacina e tinham medo de seus efeitos. A aprovação da Lei da Vacina foi o estopim da revolta: no dia 5 de novembro, a oposição criava a Liga contra a Vacina Obrigatória. Entre os dias 10 e 16 de novembro, a cidade virou um campo de guerra. A população exaltada depredou lojas, virou e incendiou bondes, fez barricadas, arrancou trilhos, quebrou postes e atacou as forças da polícia com pedras, paus e pedaços de ferro. No dia 14, os cadetes da Escola Militar da Praia Vermelha também se sublevaram contra as medidas baixadas pelo Governo Federal. A reação popular levou o governo a suspender a obrigatoriedade da vacina e a declarar estado de sítio (16 de Novembro). A rebelião foi contida, deixando 30 mortos e 110 feridos. Centenas de pessoas foram presas e, muitas delas, deportadas para o Acre. Ao reassumir o controle da situação, o processo de vacinação foi reiniciado, tendo a varíola, em pouco tempo, sido erradicada da capital. Ver BERTOLLI FILHO, Claudio. **A gripe espanhola em São Paulo**. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 48.

⁹² LIMA, Nísia Trindade, HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitarista da primeira república. **Raça, ciência e sociedade**. Organizado por Marcos Chor Maio, Ricardo Ventura Santos, - Rio de Janeiro: FIOCRUZ/CCBB, 1996, p. 23.

particular, baseada no trabalhador rural da lavoura decadente do café, transforma-se num novo símbolo de brasilidade.

Pode-se dizer que o movimento sanitarista brasileiro teve início durante a Primeira República (1899-1930). Internacionalmente, a Primeira Guerra Mundial trazia um grande sentimento de nacionalismo e questões sobre educação, imigrantes, racismo e convocação militar de novos soldados. No momento em que ecoavam discursos ufanistas pelo Brasil, a comunidade intelectual e científica, como Miguel da Silva Pereira⁹³, criticava a grande problemática referente ao saneamento básico. Simone Petraglia Kropf, em artigo publicado no site da Fundação Oswaldo Cruz, reproduz o discurso de Pereira realizado na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro em uma solenidade em homenagem a seu diretor Aloísio de Castro, publicado no *Jornal do Commercio*⁹⁴ (1916), que é considerado pela historicidade como um marco do movimento sanitarista:

É bem que se organizem milícias, que se armem legiões, que se cerrem fileiras em torno da bandeira, mas melhor seria que se não esquecessem nesse paroxismo do entusiasmo que, fora do Rio ou de S. Paulo, capitais mais ou menos saneadas, e de algumas outras cidades em que a providência superintende a higiene, o Brasil ainda é um vasto hospital. [...] Em chegando a tal extremo de zelo patriótico uma grande decepção acolheria sua generosa e nobre iniciativa. Parte, e parte ponderável, dessa brava gente não se levantaria; inválidos, exangues, esgotados pela ancilostomíase e pela malária; estropiados e arrasados pela moléstia de Chagas; corroídos pela sífilis e pela lepra; [...] Não carrego as cores ao quadro. É isso sem exagero a nossa população do interior. Uma legião de doentes e de imprestáveis.⁹⁵

A expressão utilizada pelo sanitarista, “O Brasil ainda é um vasto hospital”, refletia a campanha de um movimento político e intelectual pelo saneamento que de 1916 a 1920 reconhecia a saúde como maior problema do país e o principal obstáculo ao seu desenvolvimento. O discurso predominante até então era de que apenas os centros urbanos, as cidades, revelavam-se perigosos, um espaço de doenças e vícios, causados, sobretudo, pelo seu crescimento desordenado. Com isto, quebrava-se o

⁹³ Miguel da Silva Pereira, foi um médico sanitarista e professor brasileiro, membro da Academia Nacional de Medicina. Ver BERTOLLI FILHO, Claudio, *Op. Cit.*, p. 110.

⁹⁴ O *Jornal do Commercio* é um jornal econômico brasileiro. É um dos mais antigos jornais em circulação na América Latina. Teve origem no *Diário Mercantil* em 1824, teve o seu nome mudado para *Jornal do Commercio* em 31 de Agosto de 1827.

⁹⁵ Disponível em: <http://www.fiocruz.br/chagas/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=57>. Acesso em 18/10/2013.

paradigma que a vida no campo e nos sertões era propícia a uma vida saudável e harmoniosa. Todo o Brasil sofria com a falta de saúde, tanto no campo como na cidade.

Miguel Pereira pretendia com seu discurso discordar de um pronunciamento nacionalista que declarava que os militares poderiam ir aos sertões para convocar caboclos para defender o Brasil em caso de invasão estrangeira. Este mesmo discurso foi reiterado novamente pelo sanitarista na homenagem a Carlos Chagas⁹⁶ pelo êxito da delegação brasileira em um congresso em Buenos Aires, acrescentando ainda a importância da descoberta da doença tripanossomíase americana⁹⁷, mais conhecida como mal de Chagas, que caracterizava a endemia rural vivida naquela época.

O debate nacionalista fomentado pela Primeira Guerra Mundial e o importante papel do Instituto Oswaldo Cruz⁹⁸ na descoberta científica na área da saúde formavam a conjuntura vivenciada no Brasil no início do século XX: a crise gerada pela falta de saneamento e suas consequências que, tanto assolavam a população com epidemias, como acarretava a preocupação militar das dificuldades de recrutamento em caso de invasão estrangeira.

⁹⁶ Carlos Justiniano Ribeiro Chagas foi um médico sanitarista, cientista e bacteriologista brasileiro, que trabalhou como clínico e pesquisador. Atuante na saúde pública do Brasil, iniciou sua carreira no combate à malária. Destacou-se ao descobrir o protozoário *Trypanosoma cruzi* (cujo nome foi uma homenagem ao seu amigo Oswaldo Cruz) e a tripanossomíase americana, conhecida como doença de Chagas. Ele foi o primeiro e até os dias atuais permanece o único cientista na história da medicina a descrever completamente uma doença infecciosa: o patógeno, o vetor (*Triatominae*), os hospedeiros, as manifestações clínicas e a epidemiologia. Foi diversas vezes laureado com prêmios de instituições do mundo inteiro, sendo as principais como membro honorário da Academia Brasileira de Medicina e doutor honoris causa da Universidade de Harvard e Universidade de Paris. Também trabalhou no combate à leptospirose e às doenças venéreas, além de ter sido o segundo diretor do Instituto Oswaldo Cruz. Ver LIMA, Nísia Trindade, HOCHMAN, Gilberto, *Op. Cit.*, p. 33.

⁹⁷ Tripanossomíase ou tripanossomose é a designação geral dada a várias doenças de vertebrados causadas por protozoários parasitas do gênero *Trypanosoma*. Cerca de 500 000 pessoas em 36 países da África subsaariana sofrem de tripanossomíase africana que é causada por *Trypanosoma brucei gambiense* ou *Trypanosoma brucei rhodesiense*. A outra forma humana da tripanossomíase, tripanossomíase americana, conhecida como doença de Chagas, causa cerca de 21 000 mortos por ano, sobretudo na América Latina. Ver LIMA, Nísia Trindade, HOCHMAN, Gilberto, *Op. Cit.*, p. 33.

⁹⁸ As origens da fundação remontam ao início do século XX com a criação do Instituto Soroterápico Federal em 25 de maio de 1900 (cujo objetivo inicial era o de fabricar soros e vacinas contra a peste). Em 1901, passou para o governo federal, com o nome modificado para Instituto Soroterápico Federal. Em 12 de dezembro de 1907, passou a denominar-se Instituto de Patologia Experimental de Manguinhos (referência ao nome do bairro carioca onde fica sua sede) e, em 19 de março de 1918, em homenagem a Oswaldo Cruz, passou a chamar-se Instituto Oswaldo Cruz. Em maio de 1970, tornou-se Fundação Instituto Oswaldo Cruz, adotando a sigla Fiocruz, que continua a ser utilizada mesmo depois de maio de 1974, quando recebeu a atual designação de Fundação Oswaldo Cruz. Na gestão do cientista Oswaldo Cruz (1903-1917) tornou-se um importante centro de pesquisas e de formação de profissionais especializados em saúde pública. Sobre o papel desse instituto na ciência brasileira ver PENNA, Belisário; NEIVA, Arthur Neiva. Viagem científica pelo norte da Bahia, sudoeste de Pernambuco, sul do Piauí e de norte a sul de Goiás. **Memórias do Instituto Oswaldo Cruz**, 1916.

A descoberta realizada pelo médico e cientista Carlos Chagas demonstrava as precárias condições de vida do homem do campo. As diversas expedições realizadas pelo Instituto Oswaldo Cruz evidenciavam as péssimas condições de saneamento em todo o território brasileiro. Lima e Hochman⁹⁹ demonstram o contexto político e a crise na área da saúde que o Brasil precisava enfrentar:

A descoberta da tripanossomíase americana e de suas graves formas clínicas – problemas cardíacos, neurológicos e deformações físicas – trazia uma imagem sobre populações do interior distinta da idealizada pela literatura romântica. Somada a outras doenças endêmicas, conformava um quadro em que era impossível apostar na vitalidade do caboclo. Miguel Pereira reportava-se, ao proferir sua frase, ao Brasil revelado pelas expedições científicas do Instituto Oswaldo Cruz. As homenagens ao Aloysio de Castro e Carlos Chagas expressaram o conagraçamento da elite médica do período que ocupava os cargos mais importantes da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro e da Academia Nacional de Medicina em torno da descoberta de um pesquisador do Instituto Oswaldo Cruz, que foi celebrada, naquele momento, como uma vitória que ultrapassou os limites do instituto de pesquisas, transformando-se numa conquista da medicina brasileira. Miguel Pereira lançava, então, uma “cruzada medicina pela pátria”, afirmando que ao médico cabia substituir a autoridade governamental, ausente na maior parte do território nacional.

É importante ressaltar que o relevante papel da comunidade intelectual médica e científica deve estar atrelado também a forte crítica à República, especialmente pela adoção do federalismo pela Constituição de 1891. Isto se deve pela oligarquização da política. Além disso, outra crítica à constituição vigente na época sobre a área da saúde era a autonomia estadual e municipal, que não permitiam uma ação governamental centralizada em âmbito federal. Portanto, a gerência da saúde ficava ao encargo dos poderes locais e ao governo federal competiam o Distrito Federal, os portos e a assistência aos estados nos casos previstos pelo texto constitucional.

O principal órgão para a administração federal da saúde era a Diretoria Geral de Saúde Pública (DGPS), pertencente ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Inicialmente, as ações se voltavam para o combate das epidemias urbanas, mas foi na década de 1910 que as ações do órgão ocuparam um lugar primordial na agenda política do Brasil. Baseando-se nos relatórios das viagens pelo interior do país promovidas pelo Instituto Oswaldo Cruz, o órgão promoveu uma campanha sanitária de alcance nacional.

⁹⁹ LIMA, Nísia Trindade, HOCHMAN, Gilberto, *Op. Cit.*, p. 23.

Desta feita, em fevereiro de 1918 foi criada a Liga Pró-Saneamento do Brasil, sendo seus sócios fundadores os membros da Academia Nacional de Medicina, professores da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, cientista do Instituto Oswaldo Cruz, o próprio Presidente da República Wenceslau Brás, entre outros profissionais dos diversos setores da política brasileira.

A liga foi agenciada por diversas políticas públicas centralizadas com o intuito de divulgar e concretizar o saneamento, por meio de propagandas e conferências, com o objetivo de superar os limites que dificultavam a ação da Diretoria Geral de Saúde Pública, como demonstra Lima e Hochman¹⁰⁰:

Enfatizando a necessidade de recuperar e integrar o País e o homem do interior, a mobilização em torno da ideia do saneamento reuniu progressivamente importantes setores da elite intelectual e política que participaram da criação da Liga Pró-Saneamento do Brasil, em fevereiro de 1918, Foram seus sócios fundadores, entre outros, membros da Academia Nacional de Medicina, catedráticos da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, cientista do Instituto Oswaldo Cruz, antropólogos do Museu Nacional, militares, educadores, juristas e o próprio Presidente da República, Wenceslau Brás.

Dirigida pelo seu mais ativo militante, Belisário Penna, a Liga Pró-Saneamento realizou intensa propaganda através de conferências; palestras em escolas, em entidades associativas de proprietários rurais e nas Forças Armadas; distribuição de folhetos de educação sanitária, entre outras ações. A repercussão da campanha pelo saneamento foi expressiva na imprensa e nos debates do Congresso Nacional. Outro dado relevante consiste na organização de delegação regionais da entidade em nove estados, considerados à época, representativos de todas as regiões geográficas do País. A campanha da Liga tinha como objetivo mais imediato a criação de uma agência pública de âmbito federal que coordenasse efetivamente as ações de saúde em todo o território nacional e superasse os limites que constrangiam a ação da Diretoria Geral de Saúde Pública. A realização desse objetivo supunha a geração de uma consciência nacional que identificasse no abandono e na presença das endemias as características distintivas da população rural brasileira.

A Liga foi fortemente influenciada pelos membros que eram pesquisadores do Instituto Oswaldo Cruz. As viagens científicas pelo interior do país¹⁰¹ pelo referido instituto, em especial a realizada em 1916 pelos médicos Belisário Pena e Arthur Neiva, apontavam em detalhes as doenças que afetavam os homens e a atividade pecuária, ficando clara a necessidade de medidas de combate à malária, e também da doença de

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 26.

¹⁰¹ A principal referência foi o relatório da pesquisa Viagem Científica pelo Norte da Bahia, Sudoeste de Pernambuco, Sul do Pará e de Norte a Sul de Goiás, ver PENNA, Belisário; NEIVA, Arthur Neiva, *Op. Cit.*, 1916.

Chagas devido ao alarmante número de portadores. Dessa maneira, os autores percebiam que a população rural era abandonada pelo poder público, como podemos perceber pela passagem abaixo¹⁰² do relatório dos sanitaristas:

Vivem eles abandonados de toda e qualquer assistência, sem estrada, sem policia, sem escolas, sem cuidados médicos nem higiênicos (...) sem proteção de espécie alguma, sabendo de governos porque se lhes cobram impostos de bezerros, de bois, de cavalos e burros.

Dessa forma, na visão dos missionários do saneamento, era necessária a conscientização das elites o mal que seria a manutenção deste quadro de abandono, e os riscos e custos cada vez maiores que resultariam no atraso no desenvolvimento do país. Para que fosse possível mudar essa perspectiva, era fundamental a centralização das políticas públicas na área da saúde.

Juntamente com estas atividades em prol do saneamento, a Academia Nacional de Medicina, em 1917, nomeou médicos renomados para formar uma comissão com o intuito de sugerir medidas a promover o saneamento por todo o Brasil. Sugeriu-se para tanto a criação do Ministério da Saúde Pública. Ainda que não se saiba se o governo de Wenceslau Brás atendeu especificamente a sugestão da comissão, fato é que o governo federal passou a produzir medicamentos para combater à malária e ainda um serviço rural autônomo em relação à Diretoria Geral de Saúde Pública. Estas medidas foram as primeiras mudanças mais significativas da função da União na promoção da saúde pública:

Acompanhando as atividades do movimento pelo saneamento do Brasil, e revelando a difusão da preocupação com o tema da saúde pública, ocorreram manifestações das instituições médicas, especialmente aquela que veicula as opiniões das elites médicas: Academia Nacional de Medicina (ANM). Ainda em 1917, uma comissão de notáveis nomeada pela ANM, apresentou um relatório com sugestões para a promoção do saneamento dos sertões.

A principal conclusão da comissão foi que, para sanear o interior, considerando o caráter técnico do empreendimento, a complexidade do País, a disseminação das endemias e o nível de infestação da população, era necessário conceder autoria aos serviços de saúde pública. Aconselhava a criação do Ministério da Saúde Pública, “constituído pela fusão dos vários serviços de higiene e assistência pública, dotado de um regulamento que o fortaleça na sua missão e entregue a um profissional de indiscutível competência”. O Ministério era apresentado como solução, mas sabendo das dificuldades, a comissão sugeriu como recurso provisório a criação de um

¹⁰² PENNA, Belisário; NEIVA, Arthur Neiva, *Op. Cit.*, 1916, p. 199.

Conselho de Higiene, com atribuições de coordenar as ações de saúde e saneamento, desde que garantida a sua autonomia política, técnica, financeira e administrativa.

Segundo alguns, o Governo Wenceslau Brás teria acatado duas sugestões da comissão: a criação do Serviço de Quina Oficial, para produzir medicamento de combate à malária, e de um serviço de profilaxia rural, autônomo em relação à Diretoria Geral de Saúde Pública, a partir da experiência dos postos sanitários na periferia do DF. Estes serviços foram a base para as primeiras mudanças significativas no papel da União.¹⁰³

Outro ponto importante para a campanha pelo saneamento foi o Brasil ter sido atingido por uma epidemia de gripe espanhola¹⁰⁴ que desorganizou completamente a capital do país. O Rio de Janeiro ficou paralisado por falta de remédios e alimentos, pela total incapacidade do poder público em responder adequadamente. O terror e pânico também se espalharam com grande facilidade, por conta de uma crise que atingia todas as classes sociais, e que de tantos mortos fazia faltar caixões apropriados e espaço nos cemitérios. Foi tamanha a proporção da epidemia que se estima que no Distrito Federal metade da população tenha contraído a gripe e que tenha causado a morte de 12 mil pessoas em apenas três meses. Em São Paulo não foi diferente, no período de 15 de outubro a 19 de dezembro de 1918 a cidade foi tomada também pela epidemia de

¹⁰³ LIMA, Nísia Trindade, HOCHMAN, Gilberto, *Op. Cit.*, p. 34.

¹⁰⁴ A Gripe de 1918 (frequentemente citada como Gripe Espanhola) foi uma pandemia do vírus influenza que se espalhou por quase toda parte do mundo. Foi causada por uma virulência incomum e frequentemente mortal de uma estirpe do vírus Influenza A do subtipo H1N1. A origem geográfica da pandemia de gripe de 1918-1919 (espanhola) é desconhecida. Foi designada de gripe espanhola, gripe pneumónica, peste pneumónica ou, simplesmente, pneumónica. A designação "gripe espanhola" deu origem a algum debate na literatura médica da época, que talvez se deva ao fato de a imprensa na Espanha, não participando na guerra, ter noticiado livremente que civis em muitos lugares estavam adoecendo e morrendo em números alarmantes. A pandemia desenvolveu-se em três ondas epidémicas: a primeira, mais benigna, termina em Agosto de 1918; a segunda inicia-se no outono e termina entre os meses de Dezembro e Janeiro, tendo sido de extraordinária gravidade, afetando uma grande parte da população e com uma taxa de letalidade de 6 a 8%; a terceira e derradeira, começa em Fevereiro de 1919 e termina em Maio do mesmo ano. A pandemia caracterizou-se mundialmente pela elevada mobilidade e mortalidade, especialmente nos sectores jovens da população e pela frequência das complicações associadas. Calcula-se que afetou 50% da população mundial, tendo matado cerca de 40 milhões de pessoas, pelo que foi qualificada como o mais grave conflito epidémico de todos os tempos. A doença foi observada pela primeira vez em Fort Riley, Kansas, Estados Unidos, em 4 de Março de 1918, e em Queens, Nova Iorque em 11 de Março do mesmo ano. Os primeiros casos conhecidos da gripe na Europa ocorreram em Abril de 1918 com tropas francesas, britânicas e americanas, estacionadas nos portos de embarque na França. Em Maio, a doença atingiu a Grécia, Portugal e Espanha. Em Junho, a Dinamarca e a Noruega. Em Agosto, os Países Baixos e a Suécia. Todos os exércitos estacionados na Europa foram severamente afetados pela doença, calculando-se que cerca de 80% das mortes da armada dos EUA se deveram à gripe. No Brasil a doença chegou em setembro de 1918. No dia 24 daquele mês a Missão Médica enviada pelo país para ajudar no esforço de guerra francês foi atingida pela gripe no porto de Dacar, Senegal, que à época era colônia francesa. No mesmo mês chegou ao país o paquete Demerara, vindo da Europa, e que é apontado por alguns autores como o primeiro navio portador do vírus para dentro do Brasil. Em poucos dias a epidemia irrompeu em diversas cidades. Foram registradas em torno de 300 mil mortes relacionadas à epidemia. A doença foi tão severa que vitimou até o Presidente da República, Rodrigues Alves, em 1919. Ver BERTOLLI FILHO, Cláudio, *Op. Cit.*, 46-56.

influenza atingindo 350 mil pessoas, um terço da população. Nesses dias, a sociedade brasileira conviveu com a doença e a morte, revelando novos contornos de um país que ainda buscava ajustar-se nos quadros da modernidade ¹⁰⁵.

A epidemia foi um catalizador do movimento centralizador de políticas de saúde, que urgia uma revisão das competências da União na promoção deste direito social, pois eram necessárias medidas de amplo alcance em todo o território nacional. Depois de intensos debates tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado, foi criado em dezembro de 1919 o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP) com atribuição e instrumentos de longo alcance, financiados pelo governo federal, e que mantinha a necessidade de ações coordenadas com os estados para obras de saneamento e distribuição de medicamentos.

O ano de 1920 marcou o início da nacionalização das políticas públicas de saúde, formando uma nova identidade nacional, com um governo federal mais ativo na definição e implementação deste direito social. E foram os antigos membros da Liga Pró-Saneamento que comandaram este novo órgão federal, a exemplo de Carlos Chagas, diretor do DNSP, de 1920 a 1926, e Belisário Penna, diretor de Saneamento e de Profilaxia Rural, de 1920 a 1923:

Depois de intensos debates e muitos substitutivos, foi aprovado na Câmara, e no Senado, um substitutivo de Teixeira Brandão, justamente aquele que no ano anterior fora o maior adversário da ideia de centralização. Em fins de dezembro de 1919, foi criado o DNSP, reorganizando e dando maior amplitude aos serviços federais, mantendo a necessidade de acordos com os estados para que os trabalhos de profilaxia rural fossem realizados pela União. A aprovação do Novo Departamento, depois de tantas resistências, pode ser explicada pela formação de uma consciência sobre o estado sanitário do País via campanha da Liga Pró-Saneamento, pelo impacto da epidemia de gripe espanhola, pelo empenho do presidente da república e pela percepção das elites políticas estaduais de que, sem o consórcio do governo federal, apenas São Paulo poderia implementar, e efetivamente o fazia, políticas de saúde e saneamento.

Belisário Penna afirmava no último número da revista Saúde (dezembro, 1919) que o novo Departamento era a realização dos objetivos da Liga Pró-Saneamento. Na segunda edição de Saneamento no Brasil, ele revelaria que a Liga fora extinta porque não teria mais razão para existir. A partir daquele momento, era realizar o ideal do saneamento, gerindo a nova organização. O ano 1920 marcou o início da nacionalização das políticas de saúde e saneamento e da definição de uma nova identidade profissional por um grupo de médicos, a de profissionais de saúde pública vinculados à administração pública. E foram membros da Liga Pró-Saneamento do Brasil que dirigiram esses novos serviços, como Carlos Chagas, diretor do DNSP de 1920 a 1926

¹⁰⁵ BERTOLLI FILHO, Cláudio, *Op. Cit.*, 60-73.

e Belisário Penna, na Diretoria de Saneamento e de Profilaxia Rural de 1920 a 1923¹⁰⁶.

Após o período da Primeira República, o país chega ao período em sua história que ficou conhecido como à Era Vargas¹⁰⁷. Um novo modelo de construção social se inicia nos centros urbanos.

A partir de 1930, o Brasil estreava um processo de industrialização e modernização estatal, visando se inserir entre as grandes potências da economia mundial. Cumpre ressaltar que o mundo passava por um momento de transição após a crise da bolsa de 1929¹⁰⁸, o modelo de economia liberal, sem intervenções estatais, cede espaço para um Estado mais atuante, visando criar meios que pudessem expandir o crescimento econômico. A economia brasileira seguia um modelo agroexportador e, para industrializá-la, era necessário criar condições para a montagem de um parque industrial. Para tanto, surge a figura do trabalhador urbano, o operário, que demandava novas intervenções sociais para o Estado.

O modelo de Estado assistencialista se torna cada vez mais complexo, juntamente com o processo de modernização estatal. A era Vargas, ainda que populista e autoritária, iniciou um perfil de aproximação entre o Estado e as classes trabalhadoras urbanas que gerou uma promoção significativa dos direitos desta categoria, sobretudo os ligados à seguridade social.

¹⁰⁶ LIMA, Nísia Trindade, HOCHMAN, Gilberto, *Op. Cit.*, p. 34.

¹⁰⁷ Era Vargas é o período da história do Brasil entre 1930 e 1945, quando o país estava sob a liderança de Getúlio Dornelles Vargas. A Revolução de 1930 marcou o fim da Primeira República (com a deposição do presidente Washington Luís; a revogação da constituição de 1891, com o objetivo de estabelecer de uma nova ordem constitucional; a dissolução do Congresso Nacional; intervenção federal em governos estaduais e alteração do cenário político, com a supressão da hegemonia até então apreciada por oligarquias agriculturas de São Paulo e Minas Gerais) e sinaliza o início da Era Vargas (tendo em conta que, após o triunfo da revolução, um junta militar provisória cedeu o poder a Vargas, reconhecido como o líder do movimento revolucionário), Ver SILVA, Fernanda Xavier. As constituições da Era Vargas: uma abordagem à luz do pensamento autoritário dos anos 30. **Política & Sociedade (Impresso)**, v. 9, p. 01-288, 2010.

¹⁰⁸ A Grande Depressão, também chamada por vezes de Crise de 1929, foi uma grande depressão econômica que teve início em 1929, e que persistiu ao longo da década de 1930, terminando apenas com a Segunda Guerra Mundial. Este período de depressão econômica causou altas taxas de desemprego, quedas drásticas do produto interno bruto de diversos países, bem como quedas drásticas na produção industrial, preços de ações, e em praticamente todo medidor de atividade econômica, em diversos países no mundo. Porém, em certos países pouco industrializados naquela época, como a Argentina e o Brasil (que não conseguiu vender o café que tinha para outros países), a Grande Depressão acabou acelerando o processo de industrialização. Ver SILVA, Fernanda Xavier, *Op. Cit.*.

Na área da saúde Getúlio Vargas criou o Ministério da Educação e Saúde Pública, além da previdência social e saúde ocupacional institucionalizada pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Entretanto, somente em 25 de julho de 1953 a saúde torna-se independente e institucionalizada, com a criação do Ministério da Saúde.

No contexto internacional, como forma de responder à grande depressão de 1929, surge o “*Welfare state*”, tendo sua origem no pensamento Keynesiano. No caso Europeu, com o fim da Segunda Guerra Mundial o Estado-providência expande-se como forma de recuperar a Europa então devastada. Este modelo estatal organiza a política e a economia de forma tornar o Estado provedor de toda a vida e saúde social, cabendo a ele garantir serviços públicos necessários e eficientes que promovam os direitos sociais.

Portanto, este modelo não tem por objetivo a concessão de capital, e sim a única maneira do capitalismo manter-se mediante a promoção de políticas públicas capazes de diminuir as desigualdades sociais.

Esta conjuntura em que o mundo vivia o ideal de bem-estar social influenciou a definição de saúde para a Organização Mundial da Saúde (OMS) que, por meio do preâmbulo de sua constituição de 1946, preconizava que “*saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença*”.

Embora este conceito de saúde receba críticas pela semelhança desta definição com a ideia de felicidade, e que, portanto, tal estado não se poderia alcançar, alguns autores argumentam, a exemplo de Sueli Dallari¹⁰⁹, que se deve sempre entender a saúde como a busca constante deste estado.

Como visto anteriormente, o Estado Constitucional traz para si a reponsabilidade de atuar de forma positiva, modificando as condições materiais dos cidadãos, buscando garantir a igualdade de oportunidade por meio dos direitos sociais. Nesta esteira, as constituições brasileiras de 1937 e de 1946 enumeram disposições programáticas determinando que o Estado assumira medidas para o atendimento social.

Entretanto, estas constituições, no que diz respeito à saúde, deixaram à margem muitos brasileiros, pois somente foram beneficiados com a assistência em saúde os

¹⁰⁹ DALLARI, Sueli. O conteúdo do Direito à Saúde. In **O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito à Saúde**. Brasília: CEAD/UnB, p. 89-102, 2008.

trabalhadores com vínculo empregatício, deixando de fora os que não contribuía com a previdência social, muito embora o direito à saúde já tivesse sido reconhecido pela OMS em 1946 e posteriormente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas, em seu artigo 25¹¹⁰. Percebe-se que até a promulgação da Constituição de 1988, no Brasil o direito à saúde tinha apenas a finalidade de propiciar a manutenção e recuperação da força de trabalho. As políticas públicas de saúde no Brasil passaram por diversas fases ao longo do golpe militar de 1964 até a Lei Orgânica da Saúde, em 1990. Em um primeiro momento, o Ministério da Saúde foi deixado em segundo plano. Segundo Teixeira¹¹¹, o pensamento do governo militar era no sentido de que o referido ministério era uma “*disfunção à modernização, já que sua atuação era no âmbito coletivo e financiada pelo orçamento fiscal da União, sem a preocupação com o retorno monetário*”.

Sarah Escorel ressalta a carência de recursos e a deficiência da saúde no Brasil neste período:

A saúde pública tornou-se uma máquina ineficiente e conservadora, cuja atuação restringia-se a campanhas de baixa eficácia. A carência de recursos – que não chegavam a 2% do PIB – colaborava com o quadro de penúria e decadência, com graves conseqüências para a saúde da população¹¹².

A autora recorda que foi justamente no período mais repressivo da ditadura no Brasil que se iniciou o movimento pelo sanitário, objetivando uma grande reforma do sistema de saúde vigente:

Foi durante o período mais repressivo do autoritarismo no Brasil – final da década de 1960 e início da seguinte – que se transformou a abordagem dos problemas de saúde e se constituiu a base teórica e ideológica de um pensamento médico-social. A abordagem histórico-estrutural dos problemas

¹¹⁰ Art. 25: 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

¹¹¹ TEIXEIRA, S. M. F. (Coord.) **Antecedentes da Reforma Sanitária**. Textos de Apoio. Rio de Janeiro: PEC, Ensp, 1988, p. 50.

¹¹² ESCOREL, S. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: GIOVANELLA, L. et al. (org.), **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editor a FIOCRUZ, 2008, p. 392-393.

de saúde foi realizada nos departamentos de Medicina Preventiva (DMP) criados, por lei, em todas as faculdades de Medicina na Reforma Universitária de 1968. Nesses locais, iniciou-se o que chamamos as bases universitárias do movimento sanitário, um movimento social que propunha uma ampla transformação do sistema de saúde vigente.

O Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas) foi criado em 1977 com o objetivo de tornar a saúde racionalizadora e eficiente, entretanto, Escorel identifica esse sistema como “*centralizadora e excludente dos segurados*”¹¹³. Era constituído por seis entidades: 1) Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), para a assistência médica; 2) Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), para os benefícios; 3) Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (Iapas); 4) Legião Brasileira de Assistência (LBA); 5) Fundação Nacional para o Bem-Estar do Menor (Funabem); 6) Central de Medicamentos (Ceme).

O Inamps não modificou a base financeira da previdência social, mesmo após diversas reformas. Para Escorel, o instituto não conseguia alcançar a universalização das políticas de saúde porque não havia recursos suficientes:

O Sinpas não alterou as forças que disputavam, nem as que naquele momento eram hegemônicas no interior da assistência médica previdenciária, agora Inamps. O Sinpas tampouco modificou as bases financeiras da previdência social, mantendo assim, após tantas reformas, o mesmo impasse em que se encontrava no início da administração Geisel: ser instrumento útil para a legitimação do regime, portanto, tender à universalização, sem ter estrutura financeira para tanto, seja por estar baseado na folha salarial, seja por comprar serviços do setor privado. Essa contradição conseguiu ser equilibrada até 1981, quando o início da recessão econômica fez eclodir a ‘crise da previdência’.¹¹⁴

Em 1975 e 1977 foram realizadas, respectivamente, a 5ª e a 6ª Conferências Nacionais de Saúde. Estas legitimaram propostas que envolviam a atenção à saúde das populações marginais, que previam a participação comunitária. A partir deste período, o Ministério da Saúde implementou programas de alargamento da cobertura, em atendimento às áreas rurais e também a difusão, sobretudo, dos programas nos quais, tradicionalmente, eram obtidos bons resultados, como os programas de vacinação. No

¹¹³ *Ibidem*, p. 404.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 404.

entanto, o exemplo maior dos programas de extensão de cobertura foi o Programa de Interiorização de Ações de Saúde e Saneamento (Piass)¹¹⁵.

O movimento sanitaria foi sendo cada vez mais ampliado, por meio de contatos e alianças com os outros movimentos pela democratização do país. Foi realizada, em março de 1980, a 7ª Conferência da Saúde, que tinha como finalidade debater assuntos relacionados à implementação do Prevsauúde. Esta conferência foi influenciada pela diretriz estratégica da Organização Mundial da Saúde na Conferência de Alma Ata, em 1978 e pela experiência da implantação do Piass¹¹⁶.

Após o período ditatorial, com a nova redemocratização¹¹⁷ do Brasil, ocorre a 8ª Conferência Nacional da Saúde que realizou importante debate acerca da constitucionalização efetiva do direito social à saúde, sugerindo um Sistema Único de Saúde. A implementação do SUS foi realizada de forma gradual: primeiramente a universalização do atendimento; depois a incorporação do Inamps ao Ministério da Saúde, e finalmente a Lei Orgânica da Saúde que fundou o SUS.

Ressalta-se a tardia criação do SUS e do reconhecimento constitucional deste direito social. Desde a institucionalização da saúde por um ministério único e independente em 1953 passaram-se 35 anos até a criação do SUS ser determinada pela Constituição brasileira de 1988.

A proteção constitucional do direito à saúde se inicia na referida carta magna no artigo 6º, garantindo expressamente à saúde como um direito social:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Além disso, a constituição de 1988 em seu artigo 196 garante a universalidade deste direito, e impõe aos poderes públicos a implementação de políticas públicas capazes de satisfazer esse direito:

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 406.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 407.

¹¹⁷ Por redemocratização entende-se como um processo de transição política que deu fim a um regime ditatorial. A primeira redemocratização ocorreu em 1945, com o fim do Estado Novo (1937-45), golpe militar implementado pelo governo de Getúlio Vargas. A segunda transição aconteceu em 1985, com o fim do Regime Militar (1964-85).

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.

Outro aspecto importante derivado do artigo 196 foi à criação de um órgão centralizado, o Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198 a 200), capaz de ordenar as políticas de saúde de um modo uniforme e igualitário, realizando as ações de prestação que busquem a satisfação deste direito social.

É importante ressaltar que o artigo 23, II, estabelece competência comum entre a União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a concretização deste direito. No entanto, o artigo 24, XII, delimita como concorrente entre União, Estados e Distrito Federal a competência para legislar sobre a saúde. A combinação destes artigos indica a intenção da constituição que questões de grande relevância social, como a saúde, não sejam prejudicadas por dúvidas de competência, sinalizando que todos os órgãos do poder público devem cooperar para a satisfação deste direito e que se responsabilizam solidariamente pela sua implementação.

Por todo o exposto, resta claro que atualmente o Estado Democrático de Direito encarrega-se de tornar possível o equilíbrio entre a concretização das liberdades por meio dos direitos sociais, o desenvolvimento econômico do país, e as condições necessárias para participação da sociedade na tomada de decisões estatais.

Especificamente acerca do direito social à saúde, observa-se que a Constituição de 1988 incumbiu-se de enfrentar, por meio de uma série de comandos constitucionais, os diversos problemas de implementação deste direito ressaltados pelos sanitaristas brasileiros ao longo da história. Percebem-se as seguintes características próprias ao direito à saúde e os seus respectivos dispositivos: (1) o federalismo mostra-se eficaz para centralização da formulação das medidas pelo governo federal, pois a formulação de políticas de saúde deve ser ordenada e universal, atingindo de forma igualitária todos os seus beneficiários, em todas as partes do território nacional. Para tanto, a competência concorrente determinada pela constituição garante que é responsabilidade da União legislar sobre esta matéria, e os Estados e Distrito Federal naquilo que o governo federal for omissa – art. 24, XII; (2) a criação de um órgão concentrador de políticas de saúde, o Sistema Único de Saúde – SUS, e a obrigatoriedade que todos os

entes da federação integrem o sistema, permitindo que a execução das medidas se dê em conformidade com as próprias regras do SUS, garantindo assim sua unidade, subordinando todos os entes à gestão nacional, cabendo a União e aos Estados a responsabilidade de cooperarem técnica e financeiramente e aos municípios a descentraliza e com a municipalização da saúde os municípios ganham poder para organizar à saúde de acordo com sua realidade específica – art. 30, VII e art.198 a 200; (3) a responsabilidade solidária entre todos os entes da federação visando com isso que a execução das políticas de saúde não seja prejudicada por conflitos de competência, buscando que os poderes públicos cooperem entre si na execução das tarefas e objetivos enunciados – art. 23, II; (4) a possibilidade de subjetivação deste direito social, garantindo que caso o poder publico seja omissivo na sua concretização, o beneficiário possa exigir judicialmente sua satisfação – art. 196.

A problemática dos direitos sociais está permeada pela questão da efetividade. Quanto mais direitos sociais são consagrados, mais difícil é efetivar sua prestação. Isso se deve ao fato de os direitos a prestação implicarem uma ação positiva do Estado que gera um custo, uma parcela do seu orçamento. Somado a isso, pode-se destacar as dificuldades orçamentárias inerentes aos países em desenvolvimento - no qual o Brasil está inserido - e o resultado é a ineficiência sistemática das políticas públicas.

A questão central é reconhecer que a concessão sem critérios da prestação pode inviabilizar a máquina estatal. Portanto, se faz necessário estabelecer critérios para o controle judicial de políticas públicas quando requeridas judicialmente, racionalizando os recursos Estatais de modo a propiciarem uma isonômica distribuição para todos os indivíduos em situação similar.

4.2 A atual conjuntura da judicialização da concessão de medicamentos

O artigo 198 da Constituição brasileira determina que os serviços públicos de saúde sejam organizados em uma rede regionalizada e hierarquizada, formando um Sistema Único de Saúde (SUS), que possui as seguintes diretrizes: 1) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; 2) a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; 3) e a

participação comunitária. A política pública da saúde é orientada também pelos princípios da universalidade, integralidade e da igualdade, estabelecidos pela constituição e pelas Leis 8.080/90 e 8.142/90 que regulamentam o SUS.

É cada vez maior o número de ações judiciais que se fundamentam no direito à saúde, especialmente nas quais são pleiteados medicamentos e tratamentos pelos cidadãos que entendem não ter recebido a devida prestação estatal, no que ficou conhecido pela expressão “judicialização da saúde”.

Silvana Regina Santos Junqueira e Eduardo Cerqueira Batitucci ressaltam que foram contabilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), somente no mês de maio de 2011, 240.980 (duzentos e quarenta mil, novecentos e oitenta) processos judiciais na área da saúde¹¹⁸. Além disso, salientam que a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde apura que os valores gastos pelo Ministério da Saúde para o atendimento das decisões judiciais cresceu vertiginosamente de R\$ 2.557.546, 49 em 2005, para 266.060.705,99 em 2011.

Os autores realizaram uma pesquisa composta pela análise de 160 processos com pedidos de medicamentos com sentenças proferidas pelos juízes federais da Seção Judiciária de Minas Gerais de abril de 2010 a dezembro de 2011. Pelo levantamento realizado, constatou-se que, no período analisado, em relação ao tipo de ação, 147 eram ações ordinárias (91,88 %), 4 eram ações civis públicas (2,5%) e 9 eram mandados de segurança (5,62%). Foi constatado também que todas as ações, até mesmo as ações civis públicas, foram propostas em benefício de pacientes individuais.

No exame dos argumentos das petições iniciais, os autores concluíram que em 99,40% dos casos o argumento principal é que “o autor é portador de doença e necessita de medicamento”, justificado na maioria dos casos com a apresentação da receita médica.

No que tange a análise das sentenças, os autores destacam que as sentenças apresentaram 66 casos de procedência (41,25%) e apenas 12 casos de improcedência (7,5%), salientaram também que desse total, 95 obtiveram deferimentos de antecipação de tutela (59,38%):

¹¹⁸ JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. Políticas Públicas De Saúde e a Atuação do Poder Judiciário Federal - Análise das Demandas de Saúde na Seção Judiciária de Minas Gerais. In: XXXVII ENCONTRO DA ANPAD, 2013, Rio de Janeiro. **Anais do XXXVII Encontro da ANPAD**, 2013.

Antes de iniciar a análise das sentenças, cabe destacar que houve decisões de deferimento de antecipação de tutela, no início do processo, em 48,75% (78) casos, acrescidos de dois casos (1,25%) de deferimento pelo Tribunal Regional Federal por meio de recurso de agravo de instrumento e mais 15 casos (9,37%) de deferimento de antecipação de tutela na sentença, no total de 59,38% (95). Dessas decisões de deferimento de antecipação de tutela, 40% (38) fixaram penalidades pecuniárias para o descumprimento da obrigação no prazo estipulado pelo juízo. Esse prazo variou entre cumprimento imediato até 15 (quinze) dias.

As sentenças apresentaram as seguintes decisões:

- Procedente: 41,25% (66);
- Improcedente: 7,5% (12);
- Parcialmente procedente: 3,75% (6);
- Extinção por óbito: 13,75% (22);
- Extinção por desistência: 3,75% (6);
- Extinção por falta de interesse: 18,13% (29);
- Extinção por abandono da causa: 6,88% (11);
- Extinção por ilegitimidade de parte: 1,88% (3).
- Indeferimento da inicial: 3,13% (5).

Destaca-se o baixo percentual de julgamento de improcedência dos pedidos (7,5%). As razões de improcedência foram: conclusão da perícia pela necessidade de cirurgia diversa da pleiteada, de inexistência de recomendação para o uso do medicamento pleiteado e de existência de outro tratamento eficaz para a doença; inexistência de obrigatoriedade do Poder Público fornecer fraldas geriátricas; ausência de comprovação de falta de condições financeiras da parte autora para arcar com os custos dos medicamentos; existência de outros medicamentos similares fornecidos pelo ente público, devendo a autora submeter-se a essa política; ausência de proporcionalidade na relação custo/benefício, sem demonstração de eficácia do medicamento.

Analisando as sentenças, sob o aspecto do conteúdo das decisões, os autores concluíram que o principal argumento jurídico, com 51,63% é o direito constitucional à saúde, sustentando-se sua caracterização como direito fundamental. Observaram também que a legislação infraconstitucional é citada apenas para reforçar o conteúdo do artigo 196 da Constituição Federal. Perceberam ainda que em 35,63% das decisões exigiam a prescrição médica para que fosse concedido o medicamento pleiteado.

Observa-se, pela presente pesquisa, que: 1) quase a totalidade das ações propostas, tendo como objeto a concessão de medicamentos, é de natureza individual; 2) o percentual de improcedência dos pedidos é baixíssimo; 3) os gastos do ministério da saúde com o cumprimento de determinações judiciais foi aumentado em cem vezes, em um período de seis anos; 4) a prescrição médica do pedido é tida como suficiente para o convencimento do juiz, sem a necessidade de qualquer outra prova.

As políticas públicas, sobretudo na área da saúde, requerem um planejamento técnico e grande investimento em ciência e tecnologia para a sua implementação. Nesse

sentido, foi realizada pesquisa junto à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) buscando esclarecimentos na criação dessas complexas políticas públicas.

A FIOCRUZ é uma fundação pública, dotada de personalidade jurídica do direito público, criada pelo Decreto nº 66.624, de 22 de maio de 1970, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede na cidade do Rio de Janeiro, com prazo de duração indeterminado, que tem por finalidade desenvolver atividades no campo da saúde, da educação e do desenvolvimento científico e tecnológico. Tem como missão produzir, disseminar e compartilhar conhecimentos e tecnologias voltados para o fortalecimento e a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) e que contribuam para a promoção da saúde e da qualidade de vida da população brasileira, para a redução das desigualdades sociais e para a dinâmica nacional de inovação, tendo a defesa do direito à saúde e da cidadania ampla como valores centrais.

Foi realizada entrevista¹¹⁹ com Antoine Matten, assistente no Grupo Inovação em Saúde da Fiocruz, ligado à Secretária de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) do Ministério da Saúde, objetivando esclarecimentos sobre: 1) o atual panorama de criação das políticas públicas na área de saúde no Brasil; 2) os principais problemas enfrentados para o desenvolvimento dessas políticas; 3) os objetivos e metas para contornar os problemas apresentados:

Trabalho desde janeiro de 2011 no Grupo Inovação em Saúde da Fiocruz, ligado à Secretária de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) do Ministério da Saúde. Nosso trabalho consiste em acompanhar, analisar e propor orientações para formulação e implementação de políticas públicas para o fortalecimento da base produtiva da saúde no Brasil. Nosso conceito de referência é o Complexo Econômico Industrial da Saúde (CEIS) formado pelas indústrias farmacêuticas e de equipamentos médico-hospitalares, e pelos serviços de saúde (hospitais e clínicas).

Este tema apoia-se em uma concepção renovada da saúde que considera, além de seu reconhecido papel no fortalecimento do Estado de Bem Estar, sua dimensão econômica, uma vez que a mesma representa 9% do PIB, 10% dos empregos qualificados e mais de 25% dos investimentos nacionais em pesquisa e desenvolvimento, articulando tecnologias portadoras de futuro, tais como biotecnologia, nanotecnologia e tecnologia de informação e comunicação.

Percebe-se que a Fiocruz possui o importante papel de dar apoio técnico para a criação e implementação das políticas públicas na área da saúde. Sua atuação é pautada pelo princípio do Estado Social. Ressalta-se ainda a dimensão econômica da saúde e

¹¹⁹ Entrevista realizada na Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) em 12 de março de 2014.

alto investimento brasileiro na pesquisa e desenvolvimento representando 25% do PIB nacional. Contudo, o aumento da expansão dos serviços da saúde gerou um considerável aumento do déficit da balança comercial, já que muitos dos produtos são importados. Matten ressalta diversas políticas públicas que visam o fortalecimento do Complexo Econômico Industrial da Saúde (CEIS):

Porém, desde o começo do movimento de expansão do acesso aos serviços, verificou-se uma explosão do déficit da balança comercial do CEIS, que passou de menos de R\$ 3 bilhões em 2003 a mais de R\$ 11 bilhões em 2013. Esta situação evidencia, a nosso ver, a vulnerabilidade da base produtiva da saúde nacional, especialmente no que diz respeito à produção de bens e serviços com maior valor agregado tecnológico, que representam a parte mais expressiva deste déficit.

Esta situação constitui simultaneamente uma ameaça para a sustentabilidade do sistema de saúde como um todo, que passa a ser dependente do acesso aos mercados internacionais de insumos em saúde de alta tecnologia, reconhecidamente assimétricos; e uma oportunidade para o adensamento tecnológico do CEIS, baseado em políticas públicas voluntaristas de Ciência e Tecnologia em saúde.

Com efeito, a politização crescente do tema desde o começo dos anos 2000 levou à institucionalização de diversas políticas públicas voltadas ao fortalecimento do CEIS, dentre estas, cabe destacar a Política Industrial e Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE, 2004), o Programa Mais Saúde, ou “PAC da Saúde” (2007), a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP, 2008), e o Plano Brasil Maior (2011), que envolveu de forma conjunta representantes do Ministério da Saúde, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministério da Fazenda, entre outros, articulando uso do poder de compra do Estado, adequação do marco regulatório às realidades contemporânea da inovação em saúde e política de ciência e tecnologia setorial.

Observa-se que para contornar este problema, o Ministério da Saúde, buscou criar diversas políticas públicas objetivando o fortalecimento do parque industrial nacional relativo à Ciência e Tecnologia em Saúde. Cumpre destacar os diversos avanços tecnológicos alcançados pela entidade, sobretudo na produção de vacinas e o seu importante papel no desenvolvimento do “coquetel” de medicamento para o tratamento da AIDS, utilizados pelo mundo todo. Ressalta-se ainda que a fundação defende a vinculação de 10% do orçamento seja destinada à saúde, Matten explica que

O principal instrumento usado pelo poder público para fomentar a inovação em saúde são as Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP), efetivas desde 2008 e que consistem em: “parcerias realizadas entre instituições públicas e entidades privadas com vistas ao acesso a tecnologias prioritárias, à redução da vulnerabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS) à longo prazo e à racionalização e redução de preços de produtos estratégicos para

saúde, com o comprometimento de internalizar e desenvolver novas tecnologias estratégicas e de valor agregado elevado” (Portaria nº 837, de 18 de abril de 2012 art. 2º). Trata-se, em síntese, de contratos de transferência de tecnologia entre laboratórios internacionais e públicos, como condição das licitações de compras públicas para o SUS.

Estruturalmente, a implementação de políticas de saúde pública no Brasil sofre de um sub-financiamento crônico, uma vez que a proporção dos gastos públicos X gastos privados estabelece-se em torno de 45% no Brasil, contra uma média de 75% nos demais países com sistema universal de saúde. Essa situação teve por consequência o estabelecimento de um sistema dual, onde 25% da população tem acesso à saúde suplementar, que representa 55% do gasto total em saúde. Por trás desta situação, consolidaram-se poderosos interesses que dificultam a expansão do gasto público em saúde, assim como o estabelecimento de um marco regulatório favorável à saúde coletiva e mais exigente no que diz respeito à atuação das operadoras de planos de saúde (cf novela jurídica entre ANS e principais planos de saúde desde meados de 2011).

A Fiocruz aposta pesado na produção de vacinas e demais insumos de saúde no laboratório público de Farmanguinhos. Principal beneficiário das PDP (junto ao instituto Butantã em São Paulo), Farmanguinhos já conta com uma série de vitórias, tais como a produção a grande escala desde 2009 do Efavirenz, usado no “coquetel” de tratamento da AIDS, ou a recente produção da vacina contra HPV, que tornou possível a vacinação a grande escala no país inteiro. Além disso, diversas entidades da Fiocruz vêm lutando há décadas para que o Estado assumira mais compromissos com a saúde pública, como se verificou recentemente com o apoio maciço ao movimento Saúde +10, que reclama o vínculo de 10% do orçamento da União para o SUS.

Destaca-se que a criação e implementação das políticas públicas demandam um elevado custo para que seu desenvolvimento seja possível, além de necessitarem de um profundo conhecimento técnico-científico. No caso da judicialização destas políticas, apesar do fator custo não ser algo exclusivo do direito de tipo prestacional, é um aspecto especialmente a ser considerado, principalmente dada a possibilidade de este direito à prestação poderem ser individualizados. Nessa esteira, Bucci salienta a peculiaridade do estudo das políticas públicas sobre a ótica do Direito:

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 os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação.

O jurista deve saber percebê-los, reconhecê-los e traduzi-los para o universo conceitual do direito, o que caberia no espaço epistemológico da teoria geral do direito. Essa, contudo, tradicionalmente trabalha o fenômeno jurídico a partir da norma posta, não antes. Daí que a direção de seu desenvolvimento

são métodos de interpretação, aplicação e, quando muito, construção do direito, a partir do direito positivo¹²⁰.

Critica-se que o acolhimento das demandas individuais pelo poder judiciário, em geral, não leva em consideração as políticas públicas existentes, formuladas dentro de critérios técnicos, a exemplo das formuladas pela FIOCRUZ, para assegurar o acesso da sociedade a medicamentos eficazes e de qualidade pelo menor custo possível, com a padronização de diretrizes terapêuticas, de forma a propiciar uma justa e isonômica distribuição dos recursos pelo Estado.

O fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário, sem observância destes critérios, desorganiza a política pública e a atividade administrativa, desconsiderando que as políticas públicas não se restringem ao fornecimento de medicamentos e sim ao desenvolvimento da saúde como um todo.

Com o mesmo entendimento, Gouvêa alerta que certas prestações, uma vez determinadas pelo Poder Judiciário em favor do postulante que ajuizasse ação neste sentido, poderiam canalizar tal aporte de recursos que se tornaria impossível estendê-las a outras pessoas, com evidente prejuízo ao princípio igualitário.

Esse desequilíbrio se comprova no fato de que as 20 demandas que apresentaram o maior custo para atendimento de ações judiciais no ano de 2011 totalizaram um gasto de R\$ 189.786.693,19, e eram destinadas a atender somente 632 pacientes¹²¹.

Esta temática foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 e considerada um marco no tratamento jurisprudencial da efetividade dos direitos fundamentais.

Foi ponderado pelo Tribunal Constitucional que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais está condicionada às possibilidades orçamentárias, a chamada cláusula da “reserva do possível”, sendo considerada lícita, se comprovada objetivamente, a incapacidade econômico-financeira do poder público.

¹²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito” In: Idem (org.) **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46-47.

¹²¹ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

Entretanto, quando o obstáculo financeiro inviabilizar a preservação de condições materiais mínimas à existência humana, o denominado “mínimo existencial”, então a intervenção judiciária se mostra válida em favor do cidadão.

4.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45: a reserva do possível e o mínimo existencial

Os direitos às prestações devem ser analisados observando as limitações orçamentárias que o Estado possui. A reserva do possível tem sido utilizada com muita frequência pelo Estado para justificar a incapacidade de concretizar algumas prestações. De fato, nos países em desenvolvimento como o Brasil, as limitações orçamentárias são muito grandes, portanto a análise da disponibilidade fática deve ser considerada para que todos possam usufruir igualmente daqueles direitos que o Estado deve promover.

A reserva do possível surgiu em 1972, na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) para solucionar a restrição do número de vagas (*Numerus clausus*) em algumas universidades; definiu que as prestações estatais ficam sujeitas ao que a sociedade pode exigir de forma razoável e a possibilidade que o Estado possui em cumprir a satisfação, ficando assim restritas a uma “reserva do possível”¹²².

Assim como a reserva do possível está intimamente ligada às restrições orçamentárias estatais, o princípio do mínimo existencial está ligado aos direitos sociais. A expressão “mínimo existencial” surgiu, pela primeira vez, também no direito alemão, em 1953, em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Este tribunal, já no primeiro ano de sua existência em 24 de junho de 1954, reconheceu o direito subjetivo de um cidadão receber prestações estatais:

O auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e

¹²² KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Sergio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência¹²³.

Anos mais tarde foi regulamentada a lei no âmbito da assistência social, garantindo o direito à prestação. Vinte anos após esta decisão, em 18 de junho de 1975, coube novamente ao Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), determinar um direito a garantia mínima para a existência humana digna. O tribunal chegou a esse entendimento ao ser questionado quanto à constitucionalidade da lei que garantia, aos órfãos, pensão somente até os dezoito anos de idade ou, caso frequentassem cursos acadêmicos ou profissionalizantes, até os vinte cinco anos de idade. O entendimento do Tribunal foi no sentido de que um órfão, sem condições de se sustentar devido à enfermidade corporal ou mental, receba a pensão mesmo após os vinte cinco anos, para que possa ter condições mínimas para uma existência humana digna, e esta prestação devia permanecer enquanto durasse a necessidade:

[...] a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social. Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado. Esse dever geral de proteção não pode, naturalmente, terminar em razão de um determinado limite de idade. Ele deve, pelo contrário, corresponder à respectiva necessidade existente de amparo social. Todavia, existem múltiplas possibilidades de se realizar a proteção devida. Encontra-se principalmente na liberdade de conformação do legislador determinar o caminho que se lhe apresenta como o adequado para tanto, especialmente escolhendo entre as diferentes formas de ajuda financeira para o sustento e tratamento de deficientes e conseqüentemente predefinindo [concretamente] os titulares a tais pretensões. Da mesma forma, ele tem que decidir, desde que não se trate dos caracterizados pressupostos mínimos, em qual extensão pode e deve ser garantida ajuda social, considerando-se os recursos disponíveis e outras tarefas estatais de mesma importância.¹²⁴

¹²³ *Ibidem*, p. 42.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 46.

O Tribunal extraiu o direito a um mínimo de existência do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física, liberdade material, em conjugação sistemática ao princípio do Estado Social¹²⁵.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45¹²⁶ foi proposta contra o veto presidencial sobre o parágrafo segundo do art. 55 do projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), mais tarde Lei 10.707/2003, que fixa as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária do ano de 2004. O dispositivo em tela questionado possui o seguinte conteúdo:

§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

Os fundamentos expostos na ADPF eram, basicamente, que o veto presidencial desrespeita o preceito fundamental decorrente da EC/2000, que garante recursos mínimos financeiros a serem aplicados nas ações e serviços da saúde. No entanto, logo após a proposição da ação, o Presidente da República optou por restaurar a integralidade do texto da lei, retirando o veto. Mesmo assim, o relator da ADPF, o ministro Celso de Mello, aproveitou para debater questões importantes com as quais o Supremo Tribunal Federal vinha se deparando em outras ações: 1) a legitimidade constitucional de intervenção do poder judiciário no controle de políticas públicas; 2) a dimensão política da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal; 3) os limites que permeiam a cláusula da reserva do possível; 4) a necessidade de preservação, da integralidade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”.

Sobre a legitimidade constitucional de intervenção do poder judiciário no controle de políticas públicas, o ministro reconheceu a ADPF como instrumento constitucional apto a autorizar a intervenção judicial que viabilize a concretização de políticas públicas prevista na constituição, como no caso da EC/2000. No entanto, o

¹²⁵ “Art. 20 (1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.” Que se traduz: “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.” Segundo este artigo, são quatro os princípios básicos do Estado alemão: princípios democrático, do Estado de Direito, federalístico e do Estado Social. Ver KRELL, Andreas Joachim, *Op.Cit.*, p. 47.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC / DF**. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 29 abr. 2004. Publicação DJ 04 maio 2004.

ministro esclareceu que entre as funções institucionais do Poder Judiciário não se incluem as de criação e implementação das políticas públicas, somente devendo haver a intervenção em caráter excepcional, como exposto no voto do ministro relator:

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.

Discorridos esses pontos iniciais, o ministro relator passou a analisar a questão da “reserva do possível” em relação aos direitos à prestação estatal. Caracterizou que o processo de concretização da efetivação e implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais vincula-se, em grande parte, às possibilidades orçamentárias do Estado. Portanto, quando comprovada a insuficiência orçamentária do Estado, não se pode exigir a implementação da política pública.

O Ministro Celso de Mello fixa como parâmetro: “*O Estado deve demonstrar a existência de justo motivo objetivamente aferível*”. Além disso, o poder público pode escolher, dentre as opções possíveis, a prestação que menos onere os cofres públicos, desde que eficaz.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁷, a reserva do possível possui três dimensões. A possibilidade fática consiste na disponibilidade de recursos para que seja possível a implementação do direito prestacional. Portanto, esta não pode ser analisada somente em relação a um único indivíduo, deve-se observar a universalidade da prestação, já que todos os indivíduos em igual situação terão também o direito subjetivo a exigir a mesma prestação do Estado. Uma boa solução para a questão da universalização é a adoção de ações coletivas para que o Judiciário faça a análise de macro justiça. A segunda dimensão da reserva do possível é a possibilidade jurídica do pedido. Essa análise consiste em verificar a existência de autorização orçamentária e definir a competência de qual ente da Federação deve realizar a prestação. A última dimensão consiste em observar se é razoável e proporcional exigir do Estado a prestação, e em que medida deve ser exigida.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Entretanto, para Sarlet, o Estado não poderia alegar a reserva do possível quando a prestação estatal seja derivada de direitos sociais pautados no princípio do mínimo existencial, ou seja, com relação ao mínimo existencial não se pode alegar reserva do possível. Dessa forma, o Estado tem obrigação de atender esses direitos independentemente de qualquer argumento.

Já para Daniel Sarmento¹²⁸, quando se trata de mínimo existencial, se exige do Estado um ônus argumentativo maior para justificar a não implementação, cabendo demonstrar de forma muito mais ampla e profunda que, de forma alguma, terá como arcar com a prestação devida.

O julgado analisado pretendeu estabelecer a fixação de um parâmetro mínimo que impõe ao Estado a obrigação de assegurar os direitos sociais, sob pena de afrontar a dignidade da pessoa humana - valor núcleo em torno do qual gravitam todos os direitos fundamentais.

Observa-se que a análise da reserva do possível está condicionada a políticas públicas já estabelecidas pelo poder executivo e legislativo, sendo, portanto, levada em consideração no momento da implementação das mesmas. Como visto no capítulo anterior, a teoria de Alexy se mostra compatível com esta fase do ciclo de políticas públicas. Para o autor, o Estado tem a obrigação, dentre as alternativas possíveis, de implementar uma medida que seja eficaz para a satisfação do direito social quando imprescindível para a existência de uma vida digna. Na mesma linha de entendimento, mas utilizando-se de outro argumento, se encontra Dworkin, que entende que o cidadão tem o direito a uma igualitária implementação dos direitos sociais, de forma a propiciar uma justa distribuição dos recursos públicos.

O Supremo Tribunal Federal, diante deste amplo debate envolvendo o direito à saúde, e o crescimento cada vez maior deste tipo de demanda judicial, realizou nos dias 27 a 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, a Audiência Pública nº 4, com intuito de promover o diálogo entre os diversos agentes envolvidos, buscando o esclarecimento de questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, relativas a este direito prestacional.

¹²⁸ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009.

Em 17 de março de 2010, já subsidiado pelo relatório elaborado pela audiência pública, o pleno do STF procedeu ao julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco (SL-AgR 47). A decisão unânime do Tribunal Constitucional é considerada paradigmática para a concessão de medicamento pela via judicial, pois o voto do então presidente e relator Gilmar Mendes enfrenta diversas questões sobre o tema, objetivando traçar limites para a atuação do Poder Judiciário no controle judicial de políticas públicas na área da saúde.

4.4 Parâmetros para solução judicial no que tange a concessão de medicamentos definidos no julgado do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco (SL-AgR 47)

Mesmo não sendo de observância obrigatória pelos demais membros do Poder Judiciário, o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco (SL-AdR47) é considerado um precedente paradigmático para o exame dessas ações, dadas as peculiaridades deste julgamento. Foi a primeira decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal após a Audiência Pública nº 4, sendo, portanto, amplamente subsidiado com os esclarecimentos obtidos. Além disso, o voto proferido pelo relator, então presidente do tribunal, Gilmar Mendes Ferreira, analisou detalhadamente o tema da judicialização da saúde no Brasil, e foi acompanhado por todos os demais ministros, permitindo extrair diversos parâmetros que podem nortear todo o Poder Judiciário na apreciação deste tipo de demanda.

O presente caso analisado se refere a um agravo regimental interposto pelo Estado de Pernambuco contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão proferida pelo Juízo Federal, cuja suspensão também havia sido negada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A liminar em questão foi deferida em desfavor do Município de Petrolina para que este adotasse oito providências administrativas para a melhoria imediata do atendimento no Hospital Dom Malan. Sob o fundamento da solidariedade entre os entes da federação no que tange ao direito à saúde, a decisão determinou que o Estado de Pernambuco e a União auxiliasse o Município de Petrolina no cumprimento das medidas contra ele deferidas.

O recorrente argumentou que as medidas determinadas pela liminar provocariam “grave lesão à sua estrutura administrativa e a seu orçamento”. O parecer da Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do recurso, pois “em momento nenhum ficou demonstrado de maneira inequívoca e segura a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia ou à saúde pública”.

Já no início de seu voto, o relator Gilmar Mendes reconhece a complexidade da concretização do direito à saúde, principalmente no que diz respeito ao fornecimento de tratamentos e medicamentos por determinação judicial, portanto, se utiliza dos dados e experiências colhidos na referida audiência pública para o exame deste caso concreto.

Primeiramente, examinou-se a questão sobre a possibilidade de subjetivação do direito constitucional à saúde, a partir da interpretação do art. 196 da Constituição brasileira. Ou seja, “se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial”.

Gilmar Mendes relembra as assertivas de Canotilho, que as complexidades inerentes ao direito social acarretam julgamentos vagos baseados em impressionismo, pois o juiz não possui os mecanismos necessários para analisar a amplitude da questão:

Em toda a sua radicalidade – enfatiza Canotilho – a censura de fuzzysmo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais¹²⁹.

O relator prossegue ressaltando que os problemas concretos devem ser resolvidos de forma a levar em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Para tanto, os juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto porque são capazes de enfrentar os conflitos entre princípios e diretrizes políticas. Alexy é citado como o modelo teórico que permite esse sopesamento entre os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais:

¹²⁹ CANOTILHO, J.J Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL-AgR 47/PE**. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes (presidente). Julgamento: 17 mar. 2010. Publicação DJ 30 abr. 2010, p. 12.

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição Alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos¹³⁰.

Especificamente sobre o artigo 196 da Constituição Federal o ministro examinou cada um dos seus elementos: 1) direito de todos; 2) dever do Estado; 3) garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas; 4) que visem à redução de riscos e doenças e de outros agravos; 5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário; 6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Primeiramente, observou-se que é possível identificar tanto um direito individual quanto um direito coletivo na redação deste dispositivo. Além de ser dever do Estado a concretização da prestação à saúde. Ressalta também que o fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, objetivando aumentar a qualidade e o acesso aos serviços da saúde, reforça ainda mais a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

Ainda no exame dos dois primeiros elementos do dispositivo constitucional foi salientado as diretrizes básicas para as ações da saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade. E também que esse direito subjetivo público seja assegurado mediante políticas sociais e econômicas, portanto, não há direito subjetivo absoluto a todos os procedimentos que envolvam a promoção da saúde, e sim que há um direito subjetivo público que existam políticas públicas a serem determinadas pelo poder público que garantam a promoção da saúde. Dessa forma, a garantia judicial da prestação individual da saúde estaria

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 511-512 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL-AgR 47/PE**. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes (presidente). Julgamento: 17 mar. 2010. Publicação DJ 30 abril 2010, p. 13.

condicionada a razoabilidade do pedido juntamente com disponibilidade financeira do Estado, de maneira a não comprometer ao funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), devendo ser demonstrado e fundamentado em cada caso concreto.

O terceiro elemento, garantido mediante políticas sociais e econômicas, ressaltaria a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. O quarto elemento estaria relacionado com as ações preventivas, que, inclusive, foram elencadas como prioritárias pelo artigo 198, II, da Constituição, por políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O quinto elemento buscou assegurar o princípio igualitário, garantindo à universalidade do acesso a prestação do serviço.

O último elemento examinado por Gilmar Mendes se refere às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. Para o ministro, os estudos do direito à saúde no Brasil levam a conclusão que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais as questões ligadas à implementação (e à manutenção) das políticas públicas de saúde já existentes do que a inexistência de legislação específica. Ou seja, o problema não se trata da criação de políticas públicas e sim de sua implementação administrativa pelos entes federados:

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública- Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.¹³¹

Com base nessas informações o relator passou a estabelecer critérios para a concessão especificamente de medicamentos. Inicialmente, cumpre o judiciário identificar a “existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”. Se já houver uma política pública de saúde que possa satisfazer o pleiteado pelo cidadão então existe um direito subjetivo a aquela determinada prestação.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL-AgR 47/PE**. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes (presidente). Julgamento: 17 mar. 2010. Publicação DJ 30 abr. 2010, p. 22.

No entanto, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é necessária a distinção se decorre: de uma omissão legislativa ou administrativa; de uma decisão administrativa de não fornecê-la; ou de uma vedação legal a sua dispensação.

O ministro salienta que nos casos em que se discute o fornecimento de um medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) o Poder Judiciário não deve condenar o Estado ao provimento desta prestação. O registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o SUS possa considerar sua incorporação.

O segundo ponto a ser levado em consideração é se existe motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Foi ressaltado que algumas políticas não são custeadas porque não há garantias científicas suficientes que autorizariam a inclusão.

Neste ponto podem ocorrer duas situações: o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao cidadão; o SUS não tem nenhum tratamento específico para aquela determinada doença. Reconheceu-se que “o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da Medicina com base em evidências”. Dessa forma, são adotados “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico da doença e o tratamento correspondente. Portanto, estes devem ser seguidos com máxima cautela, pois um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo tende a contrariar um consenso científico. Também foi observado que o SUS é regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, de maneira que os recursos devem ser repartidos da forma mais eficiente possível. Obrigar o poder público a financiar qualquer tipo de financiamento poderia ocasionar o comprometimento de todo o sistema:

Podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do

seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso¹³².

Entretanto, o relator identifica situação diferente quando não existe o tratamento na rede pública. Nessa situação é preciso diferenciar os tratamentos experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo SUS. Para o ministro, os tratamentos experimentais são realizados em laboratórios ou centros médicos de ponta, sendo a participação nesses tratamentos regidos pelas normas que regulam a pesquisa médica, não permitindo que o Estado seja condenado a fornecê-los. Já em relação aos novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS, foi salientada a necessidade de maior atenção na apreciação da matéria. Os especialistas ouvidos na Audiência Pública frisaram que o conhecimento médico não é estanque, de maneira que por vezes sua evolução não é acompanhada pelo poder público. A elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos, bem como a segurança dos cidadãos, no entanto não podem excluir o acesso de pacientes a algum tratamento já prestado pela rede particular. Destarte, a omissão legislativa no tratamento de determinada doença pode ser objeto de impugnação judicial, por ações individuais ou coletivas, entretanto, devem estar instruídas com amplas provas individualizadas para cada tipo de caso. O relator conclui seu voto:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.

Com fundamento nessas considerações, que entendo essenciais para a reflexão e a discussão do presente caso pelo Plenário desta Corte, retomo, de forma específica, as razões apresentadas no agravo regimental.

¹³² *Ibidem*, p. 26.

Essa importante decisão abordou diversos aspectos que circundam as políticas públicas na área da saúde, especialmente nos casos em que é pleiteado o fornecimento de medicamentos. Analisando os critérios adotados pelo relator ao exarar o voto com as teorias que foram abordadas nesta dissertação podem-se observar diversos pontos comuns.

Primeiramente, analisando o art. 196 da Constituição brasileira, o relator utiliza doutrina de Robert Alexy para demonstrar a possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo à prestação a saúde dependendo do exame do caso concreto. Logo em seguida, o relator faz importante distinção entre as políticas públicas já existentes daquelas que ainda não foram criadas pelo SUS.

Gilmar Mendes enfatiza que em relação ao primeiro tipo é evidente a existência de um direito subjetivo público. Como discutido no capítulo anterior, esta fase do ciclo das políticas públicas, a implementação, se refere aos meios administrativos da execução da política. Empregando a teoria de Alexy, o poder público possui discricionariedade para decidir, entre as alternativas disponíveis, qual será utilizada para a implementação da política, desde que seja eficaz. Além disso, percebe-se que o conceito substancial de democracia tratado por Dworkin se adequa a esta fase do ciclo de políticas públicas, na medida em que é necessária a distribuição igualitária dos recursos públicos para que o princípio democrático seja respeitado.

Isto é corroborado ainda pelas diretrizes que norteiam o Sistema Único de Saúde, regidas pelo princípio do acesso universal e igualitário aos recursos disponíveis. Por fim, ressalta-se a preocupação do ministro relator em respeitar o princípio da separação dos poderes, pois em diversas passagens em seu voto salienta que o Poder Judiciário não está criando uma política pública, apenas garantindo a eficaz implementação de maneira universal e igualitária.

Entretanto, nos critérios elaborados para os casos onde não existe política pública, em que se pese que tenham sido levadas em considerações as diversas razões para esta inexistência, parece não ser possível sustentar uma interferência do poder judiciário sem que seja ferido o princípio da separação dos poderes e o consequente desrespeito ao ideal democrático. Como examinado pelo STF, a inexistência de uma política pública pode ocorrer a) de uma omissão legislativa ou administrativa; b) de uma decisão administrativa de não fornecê-la; c) ou de uma vedação legal a sua dispensação. Em todos estes casos observa-se que o consenso necessário para a criação de uma

política depende do debate de diversos agentes que negociem seus interesses, seja nos instrumentos da democracia representativa como na democracia participativa.

O principal objetivo deste trabalho foi identificar as diferentes fases do processo de formulação de políticas públicas e sua relação com os conceitos de democracia defendidos por teóricos constitucionalistas na atualidade. Como analisado anteriormente, as diversas fases do ciclo de políticas públicas, que antecedem a fase de implementação, permitem que a priorização dos problemas seja selecionada e as definições de alternativas sejam determinadas. Estas diversas escolhas que ocorrem antes da tomada de decisão para a criação de uma política, como bem definiu Schattschneider, é o próprio exercício do poder e, como todo poder deve emanar do povo, mais próximo dele deve ficar.

Conclui-se, então, que o Poder Judiciário não é o campo mais propício para se debater a criação de novas políticas públicas, 1) porque as demandas judiciais, individuais ou coletivas, não são capazes de abranger e incluir todos os agentes que serão afetados pela medida.; 2) porque a atuação do Poder Judiciário é caracterizada pelo chamado “*tudo ou nada*”, ou se tem ou não o direito pleiteado.

As fases de criação das políticas públicas permitem uma maior interação entre os atores envolvidos, de maneira que a solução alcançada pode surgir por diversas variáveis diferentes até então não analisadas anteriormente.

Pelo conceito procedimental de democracia defendido por Ely a criação de políticas públicas só deve sofrer ingerência do Poder Judiciário nos casos em que a própria democracia esteja em sendo violada.

Para que a vontade do povo se aproxime da maioria parlamentar, sugere-se o aprimoramento e a contínua utilização dos mecanismos constitucionais de participação popular, combinando assim a democracia representativa com a democracia participativa sugerida por Habermas.

4.5 Os instrumentos de democracia participativa referentes ao direito social à saúde presentes na Constituição brasileira de 1988

Sarlet¹³³ leciona que o debate realizado na Audiência Pública de Saúde no Supremo Tribunal Federal permitiu a constatação de que o desafio de implementação do direito à saúde tem se orientado pelo princípio da igualdade, o que ocasiona a necessidade do diálogo, referindo-se a este como “diálogo institucional responsável”.

Entretanto, cumpre ressaltar que as ideias aqui expostas se relacionam com o tema de implementação de direitos sociais. Não se pretende discutir o diálogo institucional no debate acerca de controle de constitucionalidade, apesar de ambas buscarem enfrentar o problema de ausência de legitimidade do ponto de vista democrático, em deferência à separação de poderes.

Os adeptos ao diálogo institucional, como Rosalind Dixon¹³⁴, argumentam que o processo democrático está sujeito a dois problemas: 1) os pontos cegos (“*blind-spots*”); 2) e os encargos da inércia (*burdens of inertia*).

(...) Com base no potencial para o judiciário constitucional melhorar a inclusão total e capacidade de resposta em uma democracia constitucional, desempenhando um papel amplo e ativo na luta contra os dois "pontos cegos" e "encargos da inércia" no processo legislativo, desde que o legislador também seja capaz de desempenhar um papel ativo na luta contra os erros inevitáveis de julgamento constitucional por parte do judiciário constitucional quanto ao apoio na "cultura constitucional" mais ampla para reivindicações baseadas nos direitos particulares (...)¹³⁵.

Os pontos cegos dentro do processo deliberativo democrático sinalizam falhas na regulamentação concretizadora de direitos (“*blind-spots of application*”), na

¹³³SARLET, Ingo Wolfgang. **Discurso proferido na Audiência Pública da Saúde**. Supremo Tribunal Federal [online]. 7 maio de 2009. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublica_Saude. Acesso em 13.07.2013.

¹³⁴ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong versus weak-form judicial review revisited. **Economic, Social And Cultural Rights Series**. Center For Human Rights And Global Justice Working Paper. n. 3, p. 1-52, 2006.

¹³⁵ Tradução livre. No original: “(...) based on the potential for the constitutional judiciary to enhance overall inclusiveness and responsiveness in a constitutional democracy, by playing a broad and active role in countering both “blind-spots” and “burdens of inertia” in the legislative process, provided that the legislature is also able to play an active role in countering inevitable errors of constitutional judgment on the part of the constitutional judiciary as to the support in the broader “constitutional culture” for particular rights-based claims (...)”. Ver DIXON, Rosalind. *Op. Cit.*, p. 5.

apreciação do impacto das escolhas efetuadas (“*blind-spots of perspective*”) e na acomodação de interesses e prioridades (“*blind-spots of accommodation*”) ¹³⁶.

Em relação aos encargos de inércia (“*burdens of inertia*”), a autora visualiza três origens para esse problema: algumas questões não são tratadas por causa de outras prioridades que são mais relevantes do ponto de vista eleitoral (“*priority-driven*”); a inércia também pode surgir por conta de uma falta de coesão interna do partido que comanda a implementação do direito, devido a um elevado custo para a execução da medida (“*coalition-driven burdens of inertia*”); e ainda pode haver omissão na concretização de um direito quando este exige uma complexa atuação administrativa, gerando os encargos burocráticos da inércia, o que ocasiona atrasos administrativos e falta de fiscalização legislativa (“*bureaucratic burdens of inertia*”) ¹³⁷.

Para Dixon, o Poder Judiciário pode intervir no processo político nas circunstâncias onde existem os pontos cegos e os encargos da inércia ¹³⁸. Entretanto, a abordagem utilizada pelos juízes deve ser de intensidade mais branda, utilizando mecanismos que permitam a ampliação do debate constitucional de maneira a desobstruir os canais de comunicação entre os atores envolvidos.

As audiências públicas são notadamente um mecanismo de participação conjunta que favorece o diálogo, a exemplo da convocada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, com o objetivo de promover o diálogo entre diversos representantes envolvidos no processo de definição de políticas públicas na área da saúde. O resultado foram recomendações aos magistrados que observassem a dimensão do problema pelo aspecto coletivo. Sugeriu-se também a criação de núcleos de assistência técnica compostos de médicos e farmacêuticos que possam auxiliar os juízes nas análises de ordem técnica.

Inclusive, especificamente neste ponto ressalta-se a necessidade dos magistrados prestarem deferência aos critérios técnicos estabelecidos pelos órgãos competentes. Os protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas são regulamentos determinados pelo Ministério da Saúde para o fornecimento de medicamentos de forma segura e visando a melhor utilização dos recursos disponíveis. Esses protocolos e diretrizes são elaboradas após criteriosos estudos científicos, sendo reconhecida a sua importância, inclusive, pela Organização Mundial de Saúde.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 22.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 23.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 29.

Assim, frisa-se que estes regulamentos têm como fim justamente a universalização dos medicamentos a população:

Ao mesmo tempo em que o medicamento é um importante insumo no processo de atenção o a saúde, pode também se constituir em fatos de risco quanto utilizado de maneira inadequada. Não se trata, portanto, de promover o acesso a qualquer medicamento ou de qualquer forma mas, sim, de promover o uso racional e seguro desses produtos. O escopo da ação estatal abrange medidas que assegurem oferta adequada de medicamentos em termos de quantidade, qualidade e eficácia. Assim, em plena conformidade com a Política Nacional de Medicamentos, a necessidade de gerenciar adequadamente o Programa de Medicamentos Excepcionais e de promover o uso de racional de medicamentos, é que o Ministério da Saúde lançou-se ao desafio de formular, para os medicamentos de alto custo, Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Esses Protocolos têm o objetivo de, ao estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis nas respectivas doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos. Observando ética e tecnicamente a prescrição médica, os Protocolos têm, também, o objetivo de criar mecanismo a garantia da prescrição segura e eficaz. Ao desenvolver o trabalho de construção dos Protocolos, o Ministério da Saúde incorpora-se ao movimento internacional da Medicina Baseada em Evidências e passa a disseminar o conhecimento, assume responsabilidades antes não expressas, dispõe-se ao debate, chama os agentes deste processo à discussão, conta com o auxílio da comunidade científica e constrói uma nova dimensão de gestão em medicamentos, fazendo jus, com certeza, ao reconhecimento e respeito de toda a sociedade brasileira¹³⁹.

Entretanto, pelas questões levantadas neste trabalho, as violações aos critérios técnicos já pré-estabelecidos pelas instituições competentes em ações individuais ou coletivas podem ocasionar injustiças a outros indivíduos que não figuram na lide e a afronta ao princípio democrático.

O Conselho Nacional de Justiça¹⁴⁰, em levantamento feito acerca da quantidade de ações judiciais relacionadas saúde, relata que somente no ano de 2010, nos 20 tribunais pesquisados, foram 112 mil ações tramitadas, e estima-se que a quantidade de ações judiciais em todos os 91 tribunais do Brasil tenha sido por volta de 500 mil.

Esta conjuntura é agravada pela característica do modelo brasileiro de judicialização destas políticas estarem voltadas, predominantemente, pelas demandas

¹³⁹ COSTA, Daniela Fernanda. **Os Direitos Fundamentais Sociais como Expressão do Bem Comum**. Em busca de parâmetros para a prestação racional do direito à saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 85.

¹⁴⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/10118-demandas-de-saude-passam-de-112-mil-em-todo-o-pais>. Acesso em 26/06/2013

individuais, e ainda por estas possuírem grande índice de amparo, como alerta Marina Ferreira, citando Ferraz¹⁴¹:

O Modelo Brasileiro de litigância seria caracterizado, em síntese, pela prevalência das demandas individuais acerca de tratamentos curativos – Hoffman e Bentes, (2008:10) apontaram 98% de demandas individuais - e de alto grau de acolhimento de seus pleitos (FERRAZ, 2010; PEPE *et al*, 2010). Ferraz sustenta que a extrema litigância em matéria de saúde nos moldes brasileiros agrava o estado já precário do Sistema de Saúde nacional, elencando duas razões: (i) uma interpretação do direito a saúde que ignore limites orçamentários só pode ser sustentada em detrimento da universalidade do sistema, isto é, apenas parcela da população tem acesso a recursos ilimitados e (ii) a minoria que tem acesso as cortes não é a que carece dos bens de saúde mais básicos (FERRAZ, 2010, p. 34).

A Constituição da República de 1988 também trouxe outro mecanismo de diálogo institucional para as políticas públicas na área da saúde, os Conselhos Municipais de Saúde, que têm como objetivo permitir a participação da comunidade no planejamento, execução e fiscalização destas políticas. Claramente o art. 198, III da CRFB tem como finalidade a “publicização do Estado”:

CRFB - 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 do governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade.

A lei nº 8.142/90 regulamenta os Conselhos de Saúde, sendo o Conselho Municipal de Saúde do Rio de Janeiro disposto pela a Lei municipal nº 5.104/2009 (que revogou a Lei nº 1.746/1991). Estes conselhos são compostos por 50% de entidades de usuários, 25% de entidades dos trabalhadores de Saúde e 25% de representação de governo. São órgãos colegiados deliberativos permanentes do Sistema Único de Saúde, possuindo uma visão privilegiada na discussão, organização e fiscalização das políticas de saúde.

¹⁴¹ FERRAZ, Octavio. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?. **Health and Human Rights: An International Journal**, North America, Vol. 11, n. 02, 2010 apud FERREIRA, Marina Costa. Direito à proteção da saúde pela via judicial: em busca de efetividade e equidade. **Revista de Estudos Jurídicos**, São Paulo, UNESP, a. 15, n. 22, p. 11-22, 2011.

Todavia, infelizmente os Conselhos de Saúde encontram diversas dificuldades para seu efetivo funcionamento, Priscila de Santana¹⁴² adverte sobre essas adversidades:

(...) Contudo, um cidadão que tivesse o interesse de saber mais sobre a atuação do CMSRJ provavelmente encontraria alguma dificuldade em obter estas informações. O Conselho não possui uma página própria na internet, tendo apenas um espaço (link) na página da Secretaria Municipal de Saúde. (...) Estes problemas são gerados, principalmente, pela falta de uma Secretaria Executiva adequada às necessidades do CMSRJ e dos Conselhos Distritais; apesar de a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro dispor no seu art. 127, § 2º que: “os Conselhos terão dotação orçamentária específica e infra-estrutura adequada à realização de seus objetivos (...) As principais reclamações dos conselheiros se referem: 1) à falta de uma sede própria; uma vez que costumam funcionar dentro da própria Secretaria de Saúde, não tendo ali um lugar adequado destinado aos Conselheiros; 2) à falta de uma dotação orçamentária, que dificulta a sua independência frente à Secretaria de Saúde e 3) à existência de uma Secretaria Executiva adequada às necessidades do Conselho.

Segue a autora, citando Mário Fuks:

Embora os conselhos gestores de políticas sociais tenham como um de seus principais objetivos promoverem a participação da sociedade civil na condução da “coisa pública”, essa participação não segue como decorrência natural do funcionamento dos conselhos. A mera institucionalização dessas arenas, embora tenha valor em si, não é condição suficiente para que a participação política ocorra em “sintonia fina” com o espírito da Constituição Federal de 1988¹⁴³.

Na cidade do Rio de Janeiro, o Ministério Público trabalha ao lado dos Conselhos de Saúde, por meio da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde da Capital do Rio de Janeiro, principalmente pelo programa de intervenção extrajudicial “fala conselho”.

A CRFB de 1988 legitimou o Ministério Público para atuar na tutela da saúde. Portanto, é seu dever fiscalizar políticas públicas nesta área realizando as medidas

¹⁴² SANTANA, Priscila de. **Implementação do Direito à Saúde no Município do Rio de Janeiro:** Conselho Municipal de Saúde e Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011, p. 43-44.

¹⁴³ FUKS, Mario. Participação e influência política no conselho municipal de Curitiba. **Revista de Sociologia Política**, n.º. 25, Curitiba, 2005, p. 47 apud SANTANA, Priscila, *Op. Cit.*, p. 46

necessárias para assegurar sua garantia. E ainda cabe ao *parquet* propor a Ação Civil Pública para a proteção dos interesses coletivos¹⁴⁴.

Cumprido salientar, que a intervenção do poder judiciário na formulação e execução de políticas públicas não garante o seu sucesso. Ressalta-se ainda que os conselhos municipais de saúde e o ministério público também estão sujeitos às dinâmicas de poder e a parcialidades. Ambos também podem ser capturados por lógicas particulares e potencialmente favorecedoras de desequilíbrios distributivos. Entretanto, pretende-se argumentar que a ampliação de pessoas responsáveis pela sua formulação permite uma maior participação da comunidade no processo, se aproximando da concepção de democracia para Habermas, onde a intervenção judiciária se dá como meio para expandir os canais de comunicação, garantido o direito de participação como meio para a proteção das minorias.

Priscila Santana chama atenção para a importância de articulação entre os Conselhos de Saúde e os membros do Ministério Público, sendo essas, inclusive, uma das determinações da 10ª Conferência Nacional de Saúde¹⁴⁵:

10.2 defender que o Ministério Público seja o tutor da legislação em saúde, da Assistência Social e do Estatuto da Criança e do Adolescente, fiscalizando sua implantação e sua execução nos setores públicos e privados, e tomando as providências cabíveis no caso de descumprimento do texto legal;

10.4 responsabilizar os Conselhos de Saúde por encaminhar a todos os membros do Ministério Público Federal e Estadual, as Resoluções das Conferências Nacionais de Saúde (3ª, 8ª, 9ª, 10ª CNS), Normas Operacionais Básicas, Portarias, Instruções e Leis Complementares relativas ao SUS, bem como as resoluções dos Conselhos de Saúde, para que o Ministério Público fiscalize seu cumprimento;

14.5 Os Conselhos de Saúde, os Legislativos e o Ministério Público devem cobrar dos Gestores de Saúde e dos seus respectivos Governos o cumprimento da Legislação do SUS sobre financiamento, como por exemplo, a apresentação por todos os Secretários Estaduais ou Municipais de Saúde de Planos de Aplicação e Prestação de Contas, com as fontes de recursos aplicados, no mínimo trimestralmente aos Conselhos de Saúde em audiências pública no respectivo Poder Legislativo conforme o Artigo 12, Lei Federal 8689/93.

¹⁴⁴Art. 129- São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; I - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. **Art. 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.**

¹⁴⁵ Disponível em: < http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_10.pdf>. Acesso em 26/06/2012.

20.1 O Ministério Público deve fiscalizar a União, Estados e os Municípios no que se refere a Saúde, fortalecendo os Conselhos de Saúde, a instituição e viabilização do funcionamento dos Fundos de Saúde, para que exista a devida transparência tanto no repasse como na utilização dos recursos financeiros.

Deste modo, a aproximação com os Conselhos Municipais de Saúde possibilita também a resolução de conflitos pela via extrajudicial. Portanto, sugere-se que seja estimulada esta parceria entre estes órgãos. Salienta-se a necessidade de oferecer melhor estrutura aos Conselhos e a disponibilização de mais recursos e a conseqüente criação de mais Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva.

CONCLUSÃO

Inicialmente, buscou-se examinar os direitos sociais prestacionais no contexto da Declaração de Direitos do Homem. Pode-se entender que o fundamento dos valores dos direitos fundamentais ocorreu de um consenso geral obtido com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948. Esta representa a consciência da humanidade dos próprios valores fundamentais que foram obtidos por meio de conquistas sociais ao longo da história.

Em relação especificamente ao direito à prestação Estatal, se seguirmos a teoria de Alexy, resta claro que o indivíduo pode recorrer, em determinadas situações, ao Judiciário para exigir do Estado um direito à prestação consagrado na Constituição. Essa teoria se mostra de grande importância para conceituar as constituições contemporâneas, pois neste sistema constitucional não se admite a colisão direta de regras, uma vez que estas possuem idêntica hierarquia. Entretanto, entre princípios se admite a colisão no caso concreto.

Dessa forma, constatou-se que a ausência de uma prestação prevista na constituição, ainda que por norma programática, pode gerar um direito subjetivo ao indivíduo de exigí-la, mesmo quando um direito à prestação é assegurado em nível de princípio e não em uma norma de eficácia plena.

Em um segundo momento, buscou-se examinar: o conceito, o tipo de abordagem e, principalmente, as fases do processo de formulação das políticas públicas. Firmou-se o entendimento de que a abordagem multicêntrica permite a inclusão de diversas variáveis e atores para a melhor compreensão do estudo das políticas públicas. Observou-se sete fases distintas e independentes do ciclo das políticas públicas: 1) identificação do problema, 2) formação da agenda, 3) formulação de alternativas, 4) tomada de decisão, 5) implementação, 6) avaliação, 7) extinção.

Em relação, especificamente, à formulação de políticas públicas na área da saúde, a Constituição brasileira atribui a um órgão centralizado, o Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198 a 200), a competência para ordenar estas políticas de um modo uniforme e igualitário, realizando as ações de prestação que busquem a satisfação deste direito social.

Salienta-se que a criação de políticas públicas na área da saúde requer um complexo mecanismo de ordem técnico-científica, como observado na pesquisa realizada junto à Fundação Oswaldo Cruz. Os órgãos técnicos que compõem o SUS – a exemplo dos serviços de Vigilância Sanitária, Vigilância Epidemiológica, Vigilância Ambiental, além de fundações e institutos de pesquisa acadêmica e científica, como a Fiocruz e o Instituto Vital Brasil – trabalham em conjunto para melhor identificar os problemas e possíveis alternativas, avaliando os custos de colocar, de maneira segura, um benefício à disposição da população. Portanto, fica evidente a insuficiência técnica do Poder Judiciário para formular políticas públicas, o que contraria o modelo instituído pela Constituição brasileira de 1988.

Ressalta-se que, salvo as fases de implementação e avaliação, as demais estão relacionadas com o processo democrático de decisão política e, portanto, cruciais para melhor compreensão das políticas públicas. Nestes momentos, podemos observar o exercício do poder estatal. Dessa maneira, ao consideramos que o poder deve emanar do povo, deve-se privilegiar que estas decisões políticas sejam exercidas pelos poderes eleitos (democracia representativa), ou por instrumentos de participação popular (democracia participativa).

O controle judicial de políticas públicas pode ser anterior, simultâneo ou posterior à medida, se relacionando assim com as diferentes fases do ciclo, respectivamente: criação, implementação e avaliação.

Verificou-se que a intervenção dos juízes no controle de políticas públicas no Brasil é apenas um dos diversos fatores envolvidos no processo de decisão política. Portanto, a fase de criação de políticas públicas não é própria da atividade jurisdicional, dada a alta complexidade deste processo.

Mostra-se contraditório juízes não-eleitos limitarem a vontade de representantes eleitos pela sociedade por meio de um processo democrático previsto pela constituição vigente. A criação de políticas públicas, unilateralmente, pelo poder judiciário fere o princípio democrático, pois a tomada de decisão política não reflete a vontade da maioria, ainda que seja realizada seguindo os princípios norteadores da ação judicial.

Conclui-se que o controle judicial na fase de criação de políticas públicas deve ser realizado em menor intensidade, já que este tipo de ingerência se afasta em muito da característica revisora e de inércia deste poder. Esta intervenção deve utilizar-se

somente dos mecanismos que propiciem o diálogo e a participação da comunidade neste processo de formulação.

Esta proposta de critério para o controle judicial de políticas públicas se aproxima do modelo de democracia procedimental sugerida por John Hart Ely e Jürgen Habermas, bem como também está inserida nos conceitos de democracia representativa e participativa.

Se adotarmos a linha de pensamento de Ely, só seria possível a criação de uma política pública pelo Poder Judiciário se esta for imprescindível para assegurar a participação de todos os cidadãos no processo democrático e para garantir o tratamento igualitário aos recursos fornecidos pelo poder público.

A concepção procedimental de Ely tem pontos de contato com a desenvolvida por Habermas. Entretanto, para o segundo autor, deve-se utilizar o modelo de democracia participativa, por meio de instrumentos de participação popular, como forma de superar as deficiências inerentes ao modelo de democracia representativa, complementando-a.

Esta teoria traz sensível contribuição para o caso brasileiro, na medida em que a própria Constituição de 1988 traz em seu bojo mecanismos de ampliação do debate democrático sem ferir o modelo representativo, a exemplo das audiências públicas e dos Conselhos Municipais de Saúde, o que se mostra bastante válido na medida em que se poderão ampliar os canais de comunicação, incluindo agentes sociais até então afastados da administração pública.

No que tange especialmente à fase de formulação das políticas públicas, a teoria proposta se apresenta adequada no sentido de não admitir que o Poder Judiciário intervenha na criação das políticas públicas, sob pena de substituir a vontade dos representantes eleitos pelo povo. E ainda, por garantir uma aproximação maior da população nos processos de formulação de políticas públicas, ampliando o debate constitucional.

Por outro lado, observou-se que o controle judicial de políticas públicas que se dá na fase de implementação está fundamentado, sobretudo, na eficácia da medida e no princípio da isonomia. Isto porque o processo deliberativo já foi exercido pelos poderes competentes, e, portanto, a execução do direito já foi determinada e regulamentada. Resta à administração o dever de cumprir o que foi estabelecido.

Observa-se que, nesta fase do ciclo de políticas públicas, a atuação do Poder Judiciário deve ser mais intensa que o momento anterior, pois deverá ser analisado o caso concreto para determinar sua atuação. Se adotarmos a concepção substancial de democracia de Dworkin, observa-se que os juízes devem sempre intervir quando a igualdade na distribuição de recursos não for garantida pelos poderes públicos.

Do mesmo modo, o autor ressalta a importante percepção de que os juízes não devem ser influenciados, e nem intervir, sobre questões de natureza política. Para o autor, as decisões sobre questões sensíveis à eleição devem estar submetidas somente a vontade da maioria parlamentar, não possibilitando a ingerência do poder judiciário. Já decisões que se referem às questões não sensíveis às eleições permitiriam a regulação por parte do poder judiciário.

Portanto, com a relação à fase da implementação das políticas públicas, o poder judiciário pode realizar o controle judicial. Para tanto, pode-se extrair da argumentação deste autor que esta intervenção deve ser pautada pelo princípio da isonomia. Os juízes devem buscar nos princípios constitucionais (*standards*) a resposta certa para o problema.

A implementação de uma política pública está sujeita a execução de medidas eficazes pelos órgãos do poder público, sendo, portanto, uma ação administrativa. O poder judiciário já realiza o controle dos atos administrativos pautado no princípio da legalidade. Entretanto, quando se tratam de direitos sociais concretizados por meio de políticas públicas, os juízes estão autorizados a examinar o mérito administrativo da medida, garantindo que, dentre as opções de implementação, seja utilizada uma que seja eficaz, assegurando isonômica distribuição dos recursos aos indivíduos que se encontram em situação similar. Observou-se neste trabalho ser adequada a teoria de sopesamento de princípios de Robert Alexy para que se examinem todos os aspectos particulares da situação do caso concreto.

Salienta-se, dessa forma, nenhuma incompatibilidade entre os argumentos de Ely, Habermas e Dworkin, podendo conviver, no mesmo modelo constitucional, argumentos procedimentais e substanciais de democracia.

Em seguida, passou-se a examinar a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e os argumentos utilizados para o controle judicial de políticas públicas na concessão de medicamentos.

Observa-se que a análise da reserva do possível está condicionada a políticas públicas já estabelecidas pelo poder executivo e legislativo, portanto, estas devem ser levadas em consideração no momento da implementação das mesmas. Entretanto, estas não podem ser utilizadas como argumento para não implementação dos direitos sociais quando estes são considerados imprescindíveis ao mínimo existencial. Observou-se que esse entendimento do STF se aproxima de uma concepção substancial de democracia.

No entanto, nos critérios elaborados pelo STF para os casos onde não existe política pública, ainda que se pese que tenham consideradas as diversas razões para esta inexistência, conclui-se não ser possível sustentar uma interferência do poder judiciário sem que seja ferido o princípio da separação dos poderes e o consequente desrespeito ao ideal democrático.

A corte constitucional examinou que a inexistência de uma política pública pode ocorrer a) de uma omissão legislativa ou administrativa; b) de uma decisão administrativa de não fornecê-la; c) ou de uma vedação legal a sua dispensação.

Estes casos analisados pelo STF são identificados nas fases de formulação de políticas públicas, não estando inseridas no momento de implementação. Se mostra contraditório o voto do ministro relator reconhecer que o Poder Judiciário não deve intervir na criação das políticas públicas, ao afirmar que *“ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas públicas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento”* e, posteriormente, afirmar que *“essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa”*¹⁴⁶, pois alterar a medida que é custeada pelo SUS é justamente criar, ou modificar, uma política pública que foi analisada pelos órgãos técnicos, aos quais a Constituição brasileira de 1988 atribui esta responsabilidade.

Dessa forma, firmou-se entendimento neste trabalho que, nestas situações, o Poder Judiciário não deve intervir na criação de políticas públicas, pois observou-se que este poder não possui o consenso necessário para a criação de uma política pública, uma

¹⁴⁶ Supremo Tribunal Federal. **SL-AgR 47/PE**. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes (presidente). Julgamento: 17 mar. 2010. Publicação DJ 30 abril 2010, p. 26.

vez que esta depende do debate de diversos agentes que negociem seus interesses, seja nos instrumentos da democracia representativa, seja na democracia participativa.

Portanto, entende-se não ser possível a intervenção judicial nos casos relacionados à concessão de medicamentos oriundos de uma omissão do poder público analisados pelo STF, – quais sejam 1) fornecimento de um medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); 2) fornecimento de medicamento alternativo do que o determinado pelo SUS e; 3) a inexistência de tratamento específico para determinada doença – pois o que se pleiteia, na realidade, é a criação ou alteração de determinada política pública pela via judicial.

Entende-se que o Poder Judiciário não é o campo mais adequado para se determinar a criação de novas políticas públicas: 1) porque as demandas judiciais, individuais ou coletivas, não são capazes de proporcionar a inclusão de todos os agentes que serão afetados pela medida; 2) porque a intervenção judicial é normalmente caracterizada pelo chamado “*tudo ou nada*”, ou se tem ou não o direito pleiteado; e 3) porque o Poder Judiciário não possui os instrumentos técnicos necessários para a formulação de políticas públicas na área da saúde.

Em síntese, orienta-se que, para se analisar o controle judicial na concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário, deve-se ter como critério, primeiramente, a identificação da fase do ciclo de políticas públicas que se encontra o caso examinado. Nas fases que são relacionadas com a criação da política, a intervenção judicial deve se dar em menor intensidade, utilizando de mecanismos de participação popular, assegurando a ampliação do debate. A atuação judicial deve se dar em maior intensidade na fase de implementação dos direitos sociais, de maneira a garantir a justa e igualitária distribuição dos recursos públicos entre os cidadãos que possuem o mesmo direito pleiteado.

Por fim, buscou-se examinar, brevemente, a contribuição da teoria do diálogo institucional para análise do tema. Dessa maneira, a intervenção judicial pode utilizar de mecanismos que permitam a ampliação do debate constitucional de maneira a desobstruir os canais de comunicação entre os atores envolvidos. Salientou-se a existência desses instrumentos na Constituição brasileira de 1988 relacionados com o direito social à saúde, como as audiências públicas e os Conselhos Municipais de Saúde.

Ressalta-se ainda que a carta constitucional legitimou o Ministério Público para atuar na tutela da saúde. É seu dever fiscalizar políticas públicas nesta área realizando as medidas necessárias para assegurar sua garantia. Cabendo ainda ao *parquet* propor a Ação Civil Pública para a proteção dos interesses coletivos. Entretanto, salienta-se, que tanto os conselhos municipais de saúde quanto o Ministério Público estão sujeitos à influência de lógicas particulares potencialmente favorecedoras de desequilíbrios distributivos. No entanto, argumenta-se que a ampliação do debate entre os diversos atores envolvidos permite uma maior análise das diferentes variáveis que envolvem o processo de criação de políticas públicas. Nesse sentido, a aproximação entre os Conselhos Municipais de Saúde e o Ministério Público deve ser estimulada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**. Para, Renovar, n. 3, julho/setembro, 17-54, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **A gripe espanhola em São Paulo**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL-AgR 47/PE**. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes (presidente). Julgamento: 17 mar. 2010. Publicação DJ 30 abril 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC / DF**. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 29 abr. 2004. Publicação DJ 04 maio 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Idem (org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CADEMARTORI, Luiz Henrique U. **Discrecionalidade administrativa no Estado constitucional de direito**. 1 ed., 4. Tir. Curitiba: Juruá, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004

COSTA, Daniela Fernanda. **Os Direitos Fundamentais Sociais como Expressão do Bem Comum**. Em busca de parâmetros para a prestação racional do direito à saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 85.

DALLARI, Sueli. O conteúdo do Direito à Saúde. In **O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito à Saúde**. Brasília: CEAD/UnB, p. 89-102, 2008.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong versus weak-form judicial review revisited. **Economic, Social And Cultural Rights Series**. Center For Human Rights And Global Justice Working Paper. n. 3, p. 1-52, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Juízes e democracia. **O Estado de S. Paulo**, Espaço Aberto, 26 abril, 1997.

_____. **Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad**. Traducción de Fernando Aguiar y de Maria Julia Bertomeu. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010.

ESCOREL, S. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: GIOVANELLA, L. et al. (org.), **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2008, p. 392-393.

FERRAZ, Octavio. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?. **Health and Human Rights: An International Journal**, North America, Vol. 11, n. 02, 2010 apud FERREIRA, Marina Costa. Direito à proteção da saúde pela via judicial: em busca de efetividade e equidade. **Revista de Estudos Jurídicos**, São Paulo, UNESP, a. 15, n. 22, p. 11-22, 2011.

FUKS, Mario. Participação e influência política no conselho municipal de Curitiba. **Revista de Sociologia Política**, nº. 25, Curitiba, 2005

GESTA LEAL, Rogério. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: GESTA LEAL, Rogério (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. 3 v. Tomo 3, p. 819-865.

GIULIANI, M. Policy termination. In: CAPANO, G.: GIULIANI, M. **Dizionario di Politiche Pubbliche**. Roma: Carocci, 2005.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

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

JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. Políticas Públicas De Saúde e a Atuação do Poder Judiciário Federal - Análise das Demandas de Saúde na Seção Judiciária de Minas Gerais. In: XXXVII ENCONTRO DA ANPAD, 2013, Rio de Janeiro. **Anais do XXXVII Encontro da ANPAD**, 2013.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Sergio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

LIMA, Nísia Trindade, HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitarista da primeira república. **Raça, ciência e sociedade**. Organizado por Marcos Chor Maio, Ricardo Ventura Santos, - Rio de Janeiro: FIOCRUZ/CCBB, 1996.

LINDBLOM, Charles E. **O processo de decisão política**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1981.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito Subjetivo e Direitos Sociais**: O Dilema do Judiciário No Estado Social de Direito. (In Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. Org. José Eduardo Faria). São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Guilherme Peña de. **Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria**. São Paulo: LTr, 1997.

PENNA, Belisário; NEIVA, Arthur Neiva. Viagem científica pelo norte da Bahia, sudoeste de Pernambuco, sul do Piauí e de norte a sul de Goiás. **Memórias do Instituto Oswaldo Cruz**, 1916.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais** – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006.

SANTANA, Priscila de. **Implementação do Direito à Saúde no Município do Rio de Janeiro**: Conselho Municipal de Saúde e Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011, p. 43-44.

SANTOS, Hermílio. **Perspectivas contemporâneas para a constituição de redes de políticas públicas**. Civitas. Revista de Ciências Sociais, v. 5. N1, jan-jun. 2005, p. 62-63.

SARLET, Ingo. A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde. In **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 99-116, 2012.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Discurso proferido na Audiência Pública da Saúde**. Supremo Tribunal Federal [online]. 7 maio de 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublica>
Saúde. Acesso em 13.07.2013.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: Riscos e Possibilidade. In: Marcelo Novelino. (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. , p. 31-68.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009.

SCHATTSCHNEIDER, Elmer Eric. **The semisovereign people**: a realist's view of democracy in America. Nova York: Holt, Rinehart and Winston, 1960.

SCHNEIDER, Volker. **Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas**. Civitas. Revista de Ciências Sociais, v. 5. N1, jan-jun. 2005.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SJÖBLOM, G. Problemi e soluzioni in politica. **Revista Italiana di Scienza Politica**, v. 14, n. 1, p. 41-85, 1984.

SILVA, Fernanda Xavier. As constituições da Era Vargas: uma abordagem à luz do pensamento autoritário dos anos 30. **Política & Sociedade (Impresso)**, v. 9, p. 01-288, 2010.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUBIRATS, J. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Madrid: Inap, 1989.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.