

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA –  
PROPPEC  
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS –  
CEJURPS  
PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM GESTÃO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS – PMGPP**

**CONCEPÇÕES DO CONTROLE JURISDICIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
DE SAÚDE SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO ESTADO DO  
RIO GRANDE DO SUL**

**RAFAEL SOTTILI TESTA**

**ITAJAÍ [SC], 2008**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA –  
PROPPEC  
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS –  
CEJURPS  
PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM GESTÃO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS – PMGPP**

**CONCEPÇÕES DO CONTROLE JURISDICIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
DE SAÚDE SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO ESTADO DO  
RIO GRANDE DO SUL**

**RAFAEL SOTTILI TESTA**

**Dissertação apresentada à Banca Examinadora no Mestrado Profissionalizante em Gestão de Políticas Públicas da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, sob a orientação da professora, Doutora Cláudia Rosane Roesler, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Gestão de Políticas Públicas / Profissionalizante.**

**ITAJAÍ [SC], 2008**



**“Antes de perguntar o que sua pátria pode fazer por você, pergunte a você próprio o que pode fazer por ela.”**

**John Fitzgerald Kennedy, 35 Presidente dos Estado Unidos**

## Agradecimentos

Antes de tudo preciso dizer que os meus agradecimentos não serão formais. Eu não me reconheceria neles se assim fora. Quero trazer para dentro do meu texto de agradecimento não só as pessoas que me ajudaram efetivamente na construção dessa Dissertação, mas também os meus familiares, amigos e colegas que partilharam comigo idéias, fomentaram discussões e de maneiras diferentes contribuíram para a realização deste trabalho.

Agradecimento importante faço a minha orientadora, Dra. Cláudia Rosane Roesler, antes de tudo, pela enorme paciência que teve com seu orientando, pelos ensinamentos e dicas de pesquisa e pelas horas de leituras gastas no meu trabalho. Pela oportunidade ímpar em poder substituí-la em algumas das aulas de graduação, demonstrando carinho e reconhecimento. Com um jeito muito especial de “cortar palavras” com o “Querido Rafa!”, soube ensinar muito, com suas sugestões que foram sempre úteis, sempre bem-vindas e acabaram por constituir-se neste trabalho. *Teacher*, muito obrigado!

Aos Coordenadores do Mestrado, Dr<sup>a</sup>. Adriana Marques Rossetto e Dr. Carlos Sell. Aos Professores Dr. Flávio Ramos e Dr. Guilherme Johnson, pelas aulas, pelas sugestões, pelos conselhos e dicas informais, pelos materiais emprestados e pela participação na minha banca de qualificação. Boa parte das sugestões destes professores está aqui incorporada.

A todos os colegas, diretores, amigos e alunos da Faculdade Anita Garibaldi e CESUSC de São José/SC, pela oportunidade em lecionar nos cursos de Direito e Ciências Contábeis.

Ao Juliano dos Santos, pela extrema competência e atenção com a qual resolveu todas as minhas questões burocráticas e acadêmicas no Mestrado da UNIVALI, e a Lisa Beck pela calma e qualidade na revisão e correção metodológica deste trabalho.

A bolsista do PIPG/UNIVALI, e acadêmica do curso de Direito, Karina Dionísio, pelo auxílio na pesquisa empírica do projeto selecionado e aprovado na Universidade.

Queria ainda agradecer o Secretário de Estado de Desenvolvimento e dos Assuntos Internacionais, Deputado Estadual do Rio Grande do Sul, Márcio Biolchi, pela confiança em fazer parte de sua equipe dentro da Assessoria Jurídica, da Casa Civil, no Gabinete da Governadora do Estado, bem como aos amigos Jairo Martins e Cristiane Ferreira, que com nossa história de trabalho e amizade, primam pela justiça e perfeição.

Ao amigo Leonardo Vianna Metello Jacob, que pelo destino do Tio Celso Testa, tem sido um mestre na minha luta pelo crescimento profissional e pessoal.

A Janice Steffen pela amiga que foi, como foi, e que é, tentando sempre rasurar minhas pontinhas de desânimo ou tristeza com um sorriso e com um “escuta aqui ó!”, não saberia agradecer, senão oferecendo-lhe essas linhas.

Um agradecimento especial deve ser feito a minha segunda Família Müller Paganela, (Luiz, Carmem, Giovani, Aline, Mariane, Neura), por terem me acolhido no decorrer do Mestrado em sua casa como quem acolhe um filho, demonstrado amor, carinho e respeito pelo seu filho adotivo na bela e Santa Catarina.

Ao meu Avô Fernando Testa (*in memoriam*) que sempre me apoiou em todos os momentos de minha caminhada, torcendo pelo meu sucesso e alegria. A ele, que estaria feliz em ver seu neto concluir mais esta etapa, dando indispensáveis palavras, agora só imaginadas, dedico este trabalho.

A Léa Busatto, pelo carinho e ajuda dada na viabilidade de minha permanência no estudo, sempre cordial e elegante no trato com seu sobrinho-neto, agradeço a confiança.

A Talita Loss, que no final deste trabalho e de toda a tensão, soube com carinho dar a inspiração necessária, não me deixando desanimar. E por muito mais.

Pelo presente dado no decorrer do curso por minha irmã Andréa e por André, em ser o guia espiritual de meu afilhado Lucas Testa Salvador.

Minha família merece poucas palavras, mas aquelas que me são mais caras. Obrigado por vocês existirem. Obrigado por depositarem em mim a confiança para todas as horas. Sempre incentivando, apoiando e, melhor de tudo, sempre cobrando para que continuasse e concluísse mais esta etapa de minha vida. Sei que vocês se orgulham por eu ter atingido essa meta que nenhum outro de nós tinha atingido antes. Mas, este orgulho que sentem por mim, converto numa obrigação de cada dia mais ser mais digno de representá-los. AMO VOCÊS!

Dedico este trabalho aos amores de minha vida:  
meus pais Luiz Fernando e Ortenila, por tudo!



## SUMÁRIO

<b>LISTA DE GRÁFICOS</b> .....	IX
<b>LISTA DE SIGLAS</b> .....	X
<b>RESUMO</b> .....	XI
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>CAPÍTULO I</b> .....	16
<b>ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	16
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS .....	16
1.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 .....	23
1.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	25
1.4 FINALIDADE DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	27
1.5 PODER JUDICIÁRIO .....	31
1.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	32
<b>CAPÍTULO II</b> .....	35
<b>SAÚDE – DIREITO, SISTEMA ÚNICO E POLÍTICAS SOCIAIS</b> .....	36
2 POLÍTICAS DE SAÚDE .....	36
2.1 CONCEITO DE POLÍTICA PÚBLICA .....	36
2.2 DIREITO À SAÚDE .....	38
2.2.1 Breves Considerações .....	38
2.2.2 Constitucionalização do Direito à Saúde .....	38
2.2.3 Sistema Único de Saúde (SUS) .....	39
2.2.4 Como funciona o SUS? .....	41
2.2.5 O papel das NOB-SUS no processo de implantação do SUS .....	43
2.2.6 Descentralização da Saúde .....	48
2.3 CRISE NA SAÚDE .....	51

<b>CAPÍTULO III</b> .....	56
<b>O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL</b> .....	56
3 O CONTROLE JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	56
3.1 ASPECTOS GERAIS.....	56
3.2 REVISÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	59
3.3 OMISSÕES NO ORÇAMENTO PÚBLICO E A QUESTÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS .....	62
3.4 CONTROLE JURISDICIONAL E A PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
3.5 ALGUNS PRECEDENTES DO CONTROLE JURISDICIONAL E SEUS MEANDROS.....	65
3.6 POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL	67
3.7 NOTA METODOLÓGICA DA PESQUISA.....	68
3.8 ANÁLISE DO MATERIAL EMPÍRICO.....	69
3.9 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	73
<b>CONCLUSÃO</b> .....	83
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	86
<b>ANEXOS</b> .....	94

## LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1: ACÓRDÃOS ANALISADOS.....	70
GRÁFICO 2: DECISÃO TOMADA SOBRE O PEDIDO.....	70
GRÁFICO 3: CONTRA QUEM FOI A AÇÃO .....	71
GRÁFICO 4: QUEM IMPETROU A AÇÃO.....	71
GRÁFICO 5: PEDIDO INICIAL DA AÇÃO.....	72
GRÁFICO 6: FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DAS DECISÕES .....	74

## LISTA DE SIGLAS

CF	- Constituição Federal
CIBs	- Comissões Intergestoras Bipartites
CITs	- Comissões Intergestoras Tripartites
CONASEMS	- Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
CONASS	- Conselho Nacional de Secretários de Estado de Saúde
EC	- Emenda Constitucional
LOS	- Lei Orgânica de Saúde
MS	- Ministério da Saúde
NOB	- Norma Operacional Básica
NOAS	- Normas Operacionais de Assistência à Saúde
PAB	- Piso de Atenção Básica
PACS	- Programa de Agentes Comunitários de Saúde
PSF	- Programa Saúde da Família
RS	- Rio Grande do Sul
STF	- Superior Tribunal Federal
SUS	- Sistema Único de Saúde

## RESUMO

Este trabalho visa abordar a questão da intervenção do Poder Judiciário na atividade de assistência à saúde pública a partir de uma perspectiva das novas funções constitucionais do Estado na ordem econômica e social. Esta intervenção denominada de controle jurisdicional ganha destaque no estudo das políticas públicas de saúde, em especial ao fornecimento de medicamentos por parte da Administração Pública em condenações na esfera judicial. Busca-se compreender a importância da evolução histórica dos Estados modernos e seu papel frente às questões sociais emergentes, para a implementação e avaliação de políticas públicas de saúde, tornando-se necessário para interpretar o controle do Poder Judiciário nas ações do Poder Executivo. Os fundamentos do Estado Democrático de Direito previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dão o suporte normativo para observância das decisões proferidas pelo Judiciário nas ações que solicitam o fornecimento de medicamentos aos postulantes por parte da Administração Pública. Contextualizam-se questões gerais sobre o controle jurisdicional e o Direito à Saúde bem como se aborda sua importância e seu real significado na sociedade moderna. O grande ponto desta reflexão encontra-se na defesa do direito fundamental da vida e da saúde, suporte das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça e já referendadas pela corte maior – Supremo Tribunal Federal (STF). Demonstra-se de uma forma ampla que o controle jurisdicional da Administração Pública na Constituição Federal de 1988, assumiu papel importante na democratização das relações entre Estado e Sociedade. Pretende-se demonstrar a necessidade de um aperfeiçoamento gerencial da Administração Pública cada vez mais voltada no cumprimento das necessidades básicas dos indivíduos. Portanto, surge a necessidade de desenvolver um aparato maior de controle sobre o gerenciamento da administração, para que o Estado atinja seus fundamentos, conforme dispõe o art. 1º e 3º da CF/88, tais como a cidadania, a dignidade da pessoa humana e ações concretas para construir uma sociedade justa e solidária.

**Palavras-chave:** Política Pública; Controle Jurisdicional; Direito à Saúde.

## ABSTRACT

This paper focuses on the issue of Judiciary intervention in the activity of public health assistance, from the perspective of the new constitutional functions of the State in the economic and social system. This intervention, known as jurisdictional control, is highlighted in the study of public health policies, particularly in relation to the supply of medicines by the Public Administration, in sentences passed in the judicial sphere. It seeks to understand the importance of the historical evolution of the modern states, and their role in the emerging social issues for the implementation and evaluation of public health policies, making it necessary to interpret the control of the Judiciary in the actions of the Executive Power. The bases of the Democratic State of Law, contained in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, give normative support for the observance of the decisions of the Judiciary in lawsuits that require the supply of medicine to the claimants on the part of the Public Administration. General issues related to jurisdictional control and the Right to Health are contextualized, and their importance and real meaning in modern-day society are addressed. The main focus of this reflection is the defense of the fundamental right to life and health, which are the bases for the decisions of the Courts of Justice, and already recognized by the highest court – the Federal Supreme Court. It demonstrates, in a far-reaching way, that the jurisdictional control of the Public Management in the 1988 Federal Constitution has assumed an important role in the democratization of the relations between the State and Society. It also demonstrates the need to improve the Public Management, which increasingly aims to meet the basic needs of individuals. Therefore, it is necessary to develop a wider apparatus of control over the management of the public administration, so that the State can achieve its basic goals, according to articles 1 and 3 of the 1988 Federal Constitution (CF/88), such as citizenship, human dignity, and concrete actions to build a most just and egalitarian society.

**Key words:** Public Policies; Jurisdictional Control; Right to Health.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho centra-se no estudo das concepções do controle jurisdicional nas políticas públicas de saúde sobre o fornecimento de medicamentos no Estado do Rio Grande do Sul. O estudo desenvolvido aborda a questão de quais são os argumentos e justificativas em que se utiliza o Poder Judiciário – em especial o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nas decisões que ordenam e/ou mantêm o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público através da utilização do controle da atividade administrativa<sup>1</sup> do Estado brasileiro.

Tendo como base sua evolução histórica e uma perspectiva mais atual de controle frente à promulgação da Constituição Federal de 1988, interessa-nos compreender a maneira de como os magistrados, de modo mais ou menos consciente e objetivo, alocam recursos escassos por meio de medidas judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos, tratamento e realização de exames médicos.

Historicamente, a questão do controle sobre as atividades do Estado esteve presente com maior ou menor intensidade, conforme modelo político de cada época. Com a formação dos Estados modernos, no ocidente, surgiu a estrutura estatal da separação das funções dos poderes, proposta por Montesquieu, no Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, prevendo o autor que o poder seria controlado pelo próprio poder.

Assim, o controle como sistema organizado institucionalmente, somente aparece após o surgimento dos Estados modernos. Nesta perspectiva, as teorias democráticas surgidas no bojo dos ideais revolucionários, destacando-se a Revolução Francesa como marco histórico do fim dos regimes absolutistas, culminaram com uma nova concepção de Estado, que não mais admite a existência do poder estatal sem estar submetido a alguma espécie de controle.

O exercício do controle sobre as atividades administrativas foi valorizado com a crescente importância que o Estado passou a assumir na atualidade, o qual passou a exercer uma função essencial na prestação de serviços públicos. A questão do controle na realidade brasileira vem sendo uma das grandes questões a serem discutidas, pois diante da estrutura social atual, grande parte da população depende da prestação de serviços públicos e da gestão

---

<sup>1</sup> Controle da atividade administrativa é o controle exercido sobre a Administração Pública no exercício de suas funções, que ocorre pela prática de atos administrativos, por meio dos atos bilaterais, da elaboração e execução dos programas de governo e na elaboração das políticas públicas. O termo é utilizado também, neste trabalho, como sinônimo de atividade pública e ação administrativa.

correta de políticas públicas, para obter uma vida digna, justa e com direitos mínimos de igualdade social. Buscando, assim, cumprir os princípios fundamentais e os objetivos do Estado Democrático previsto na Constituição Federal de 1988. O momento atual configura-se pelo advento de uma ordem constitucional em que o instituto do controle das políticas públicas na Administração Pública requer ações eficientes e responsabilidade de todos nós.

O desenvolvimento desta pesquisa está, dessa forma, relacionado ao pressuposto de que o controle jurisdicional através da concepção do Judiciário exerce uma função importante na fiscalização das atividades administrativas, auxiliando também na elaboração posterior de políticas públicas de saúde. Esta forma de controle contribui ainda para a consolidação do Estado Democrático de Direito, que se fundamenta por meio da observância principiológica dos Direitos Fundamentais e harmonia entre os Poderes.

Em razão do que se almeja, o trabalho está estruturado em três capítulos.

No primeiro, procura-se contextualizar o tema em estudo, abordando noções gerais sobre Estado, Administração Pública e Direitos Fundamentais. A análise busca compreender a evolução histórica dos Estados modernos e seu papel frente às questões sociais emergentes e o processo de democratização do Estado, bem como os aspectos sobre os fundamentos do Estado Democrático de Direito previstos na CF/88. Realiza-se uma abordagem sobre a Administração Pública, sua função, destacando sua importância, como aparato estatal, na implementação dos objetivos do Estado e aplicação das políticas públicas. Por fim, é realizado um breve estudo sobre a aplicação dos Direitos Fundamentais sociais na interpretação, analisando a efetividade jurisdicional diante de casos práticos referentes, principalmente ao direito à saúde trazidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O segundo capítulo contempla questões gerais sobre Políticas Públicas, Saúde, e o Poder Judiciário. Busca-se apresentar de uma maneira teórica a questão das políticas públicas, suas concepções, contextualizando a importância histórica até seu real significado no Estado Democrático. Apresentam-se as características do Sistema Único de Saúde no Brasil, dando um foco especial na questão do direito à saúde, considerado como a “base” da grande maioria das decisões dos magistrados.

O terceiro capítulo destina-se a uma análise mais centrada da questão referente à concepção do controle jurisdicional nas políticas públicas de saúde sobre o fornecimento de medicamentos no Estado do Rio Grande do Sul enquanto mecanismo de controle e formulação das mesmas. Verifica-se a utilização dos princípios fundamentais na efetividade jurisdicional, notadamente nas decisões judiciais atinentes à concretização de direitos sociais



à saúde. Através do resultado de uma pesquisa empírica, busca-se identificar os fundamentos das argumentações e justificativas das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, elencando assim o objeto do presente trabalho, demonstrando o papel dos direitos fundamentais sociais na interpretação de acordo com as concepções de cada magistrado na ponderação de princípios fundamentais. Traça-se um elo entre a aplicação dos direitos fundamentais sociais e a efetividade na jurisdição constitucional, através da análise de decisões judiciais principalmente das que envolvam direitos sociais à saúde.

A concretização dos direitos fundamentais sociais como à vida e à saúde, levados a efeito com base no sistema de ponderação de princípios exsurtem com a análise de casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com reflexos também no Supremo Tribunal Federal.

A dissertação, portanto, apresenta como objetivos específicos: investigar teoricamente o tema do controle jurisdicional, das políticas públicas e do direito à saúde, nas ciências sociais do Brasil; descrever o Programa do Sistema Único de Saúde (SUS) abordando seus reflexos nas ações de implementação e garantias constitucionais; discutir teoricamente a questão das políticas públicas de saúde sobre o fornecimento de medicamentos no Estado do Rio Grande do Sul, utilizando como base as decisões dos magistrados no ano de 2006; avaliar os dados sobre as decisões das ações judiciais na questão do fornecimento ou não de medicamentos aos solicitantes.

Convém registrar que o presente estudo não tem a pretensão de completude sobre o tema proposto, mas sim, possui o propósito de contribuir com questionamentos de aspectos jurídicos políticos e sociais para uma discussão sobre os elementos que estruturam as políticas públicas no Estado Democrático de Direito.

## CAPÍTULO I

### ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A temática a ser examinada pressupõe a retomada de alguns aspectos essenciais da configuração do Estado, nomeadamente do Estado de Direito<sup>2</sup>.

Conforme aborda Canotilho (2003, p. 456) "o Estado não está só", relaciona-se esta expressão ao panorama atual, onde cada coisa que se atribui um nome pode ser cominada uma pluralidade de adjetivos, e com o significado de Estado isso se apresenta de forma ainda mais evidente.

Basta um breve exame sobre a ampla literatura jurídica, social, política e econômica relacionada com o Estado para verificarmos que a cada momento histórico sua denominação é remodelada, infligido desta maneira, novos adjetivos na figura do Estado.

Argumenta Canotilho (2003, p. 456-457) que:

[...] quando vemos o Estado cercado de adjetivos, talvez se possa dizer o que Carl Schmitt afirmou acerca da Constituição. Mais ou menos isso: um Estado carecedor de adjetivos indica um claro mal-estar do próprio Estado. Parece não ter substância. Apela a algumas qualidades. É tudo ou nada. É uma fórmula passe-partout. Não tem ADN. Precisa de impressões. Já não é o grito de batalha. É um argumento. De categoria política passa a topos argumentativos. Será assim? Ousemos fazer uma provocação: diz-me o adjectivo do Estado e eu dir-te-ei que Estado tens ou queres.

Segundo Silva (2001, p. 115), o Estado de Direito, era tido como um conceito tipicamente liberal, denominando-se, assim, em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram a submissão absoluta ao império da lei, divisão de poderes - que

---

<sup>2</sup> Embora seja possível ver o Direito sob as mais variadas formas, como, por exemplo, na forma de um dever ser fático, ou como norma, decisão ou ainda como fenómeno jurídico, toma-se para os fins de delimitá-la ao tempo e espaço de vigência de um Estado pré-liberal, como um "sistema de normas que regula - para assegurá-la - a preservação das condições do homem em sociedade", tal como Eros Roberto Grau (1996, p. 16) sustenta ser a típica descrição jurídica de um expositor acrítico do direito.

separa de forma independente e harmônica os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário - e enunciado das garantias e direitos individuais.

O princípio do Estado de Direito, segundo preceitua Canotilho (2002, p. 243):

[...] é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal, que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder a *actividade* do Estado. Ao decidir-se por um estado de direito a constituição visa conformar estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito.

Frente à questão marxista<sup>3</sup> dos pressupostos do Estado, o autor Carnoy (1995, p. 65) é claro no que se refere:

Uma vez que Marx não desenvolveu uma única e coerente teoria da política e ou do Estado, as concepções marxistas do Estado devem ser deduzidas das críticas de Marx a Hegel, do desenvolvimento da teoria de Marx sobre a sociedade (incluindo sua teoria da economia política) e de suas análises de conjunturas históricas específicas como: A revolução de 1848, na França, e a ditadura de Luís Napoleão, ou a Comuna de Paris de 1871.

O Estado de Direito, foi uma criação do liberalismo, que acomodou a idéia formalista de organização estatal. Contudo, o Estado formal, positivado, acolhe todos os tipos políticos de governo, servindo desde os interesses democráticos até os ditatoriais e totalitários.

Relacionado com a delimitação do Poder estatal, a fórmula do Estado de Direito sucede a idéia de Estado Despótico ou de Polícia antes vigente. Sustenta nesta linha, Jean Rivero (1981, p. 19) ao abordar que:

[...] concepção de Estado de Polícia – que é preciso não confundir com Estado Policial, no sentido polêmico da expressão – cedeu, no entanto, o lugar de uma maneira geral, à de Estado de Direito: em todos os Estados Modernos admite-se que a Administração está vinculada pela regra de direito. Este é um dos princípios do liberalismo político.

Sobre a fórmula do Estado de Direito argumenta Tácito (2005, p. 203) que:

---

<sup>33</sup> Contraopondo-se à teoria liberal, segundo Bobbio (1997, p. 37-46), uma das teorias que exerceu grande influência nas discussões da teorização sobre o Estado, foram as de Marx e Engels, que fundamentam que o Estado surgiu em decorrência do domínio exercido de uns homens sobre outros, prevalecendo as questões econômicas no centro da teoria sobre o Estado e Sociedade. Engels considera que o Estado nasce da dissolução da sociedade gentílica fundada sobre o vínculo familiar, e o nascimento do Estado assinala a passagem da barbárie à civilização. Afirma que na comunidade primitiva vigora o regime da propriedade coletiva, mas com o nascimento da propriedade industrial nasce a divisão do trabalho, dividindo-se a sociedade em classes sociais, dando origem, assim, ao poder político, tendo o Estado a função essencial de manter o domínio de uma classe sobre outra.

[...] é na espécie estatal em que a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal. O executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo e sob a vigilância do judiciário.

As Constituições do direito liberal preocupam-se meramente com a estrutura da organização política do Estado e com as garantias dos direitos individuais. Aliás, garantias estas que visavam a proteger os direitos daqueles que já os possuíam, ou seja, a idéia central do direito individualista, que é de assegurar a cada um o que é seu, não é um princípio democrático, mas a preservação das desigualdades. Para Schier (2002, p. 28):

[...] a positivação dos direitos fundamentais ocorre, então, nas Cartas das Revoluções Liberais, sendo paradigmático a Convenção de Filadélfia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789. Constituindo-se como verdadeiros marcos históricos, estas cartas transformaram os homens em titulares de direitos subjetivos através dos quais opõem limites ao exercício do poder público.

Assim, os juristas dogmáticos e o Direito burguês criaram uma visão meramente formal e legalista do Estado, distante das reais necessidades sociais e coletivas e sem qualquer vínculo com a sociedade civil. O Estado limitava-se a assegurar alguns direitos individuais básicos, como a segurança e a propriedade, sem preocupar-se com o bem estar coletivo. De acordo com Wolkmer (1990, p. 52):

Este enfoque, de tradição liberal-burguesa, procura concentrar todas as formas de poder no poder político do Estado, que, por sua vez, se sedimenta na racionalidade de um Direito positivo instituído, de uma ordem legal suprema (chamada de Constituição). Consagra-se, assim, o primeiro grande 'mito' do *Liberalis* jurídico burguês, qual seja, o Estado surge como sujeito independente e equidistante dos conflitos das classes da Sociedade, pois representa o 'interesse geral' e o 'bem comum', alicerçando sua realidade e sua atuação racionalizadora em um permanente 'Estado de Direito'.

[...] É preciso dessacralizar o argumento dos juristas burgueses e de certos pensadores liberais acerca da absurda separação entre Estado e Sociedade Civil. Ora, a autonomia estatal com relação à Sociedade Civil tenta encobrir e passar a idéia de incrível falácia de que o Estado não participa da vida econômica, dos interesses sociais e dos conflitos de classes.

Adam Smith imaginava um Estado nem mínimo, nem grande e, segundo Smith citado por Grondona (2000, p. 50), “O Estado é um mal menor; quando um grave problema não pode ser corrigido pela sociedade, o Estado deve atuar.”

A necessidade de aproximar o Estado da sociedade civil, garantindo direitos não mais individuais do Estado liberal, foi proporcionada com as mudanças políticas do início de século XX (Guerra Mundial, crise econômica, graves problemas sociais). Surge, assim, o Estado voltado às preocupações sociais. Isso caracterizou, essencialmente, a passagem do Estado de Direito para o Estado Social de Direito.

Esta passagem obteve garantia constitucional. Os direitos sociais (Estado Social) têm seu marco histórico nas constituições Mexicanas de 1917, e de *Weimar* na Alemanha de 1919. Esta passagem histórica, para alguns autores configura o surgimento do Estado contemporâneo.

Nessa perspectiva, após a Primeira e Segunda Guerra Mundial conforme afirmam Robert e Magalhães (2002, p. 173), as constituições que vão surgindo não se preocupam apenas com a estrutura do Estado, mas sim com uma nova estrutura social, em que as exigências da coletividade vão se contrapor aos direitos absolutos da Declaração de 1789<sup>4</sup>. Sendo que agora, além dos direitos individuais e políticos, afirmados nas democracias liberais, consagram-se os Direitos Sociais nas Constituições Modernas.

Perdem força, portanto, as bases liberais que pregavam a sustentação de uma ordem natural da sociedade e da economia. Com o enfraquecimento da doutrina liberal, surge o Estado de Bem-Estar ou Estado Social<sup>5</sup>.

Segundo Caldas (2001, p. 37):

O Estado Social é essencialmente intervencionista e agente ativo na esfera econômica. Seus adeptos sustentam que ele buscou promover, mediante intervencionismo sensato e legítimo, a reconciliação da sociedade com o Estado, disciplinou o capital e fez justiça ao trabalho. Sua natureza intervencionista o converte numa forma de sistema institucional em que os direitos sociais passam a primeiro plano, eclipsando por inteiro a concepção individualista do Estado Liberal.

O Estado de Bem-Estar, segundo Cruz (2002, p. 167), pode assim ser definido:

[...] é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal que pretende superar as crises de legitimidade que este possa sofrer, sem abandonar sua estrutura jurídico-político. Caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como

---

<sup>4</sup> A Declaração de Direitos de 1789, base da Revolução Francesa, preocupou-se essencialmente com os direitos individuais.

<sup>5</sup> Estado de Bem-Estar é sinônimo de Estado Social Democrata ou simplesmente Estado Social, que são denominações diferentes para o mesmo modelo ideológico de Estado.

direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos.

Portanto, o Estado de Bem-Estar surge visando a aproximar a distância entre Estado e Sociedade, e, principalmente, a dar resposta direta às necessidades substanciais das classes subalternas e emergentes.

Sobre a dicotomia entre Sociedade Civil e Estado na concepção liberal clássica, cite-se a descrição de Pierre Manet (1990, p. 102):

[...] o fundamento do liberalismo, repetimos, é a distinção entre a sociedade civil e o Estado: este é o representante e o instrumento daquela. A sociedade civil tende a bastar-se a si mesma: em seu seio, os membros não são governados pelo poder político nem por outros membros da sociedade, mas são, cada um, a fonte de suas ações, exercitam livremente seus talentos para garantir sua “preservação”, preferentemente, a “preservação” mais “confortável” possível - procuram “melhorar sua condição” -, e também para fazer com que seus “méritos” sejam reconhecidos, em particular os intelectuais e artísticos, por seus “pares”. Quanto ao Estado, representado e servindo ao instinto de preservação dos indivíduos, promulga e manda aplicar as leis que garantem a cada um a segurança e a livre busca da felicidade, conforme a idéia que cada qual faça delas. São esses os princípios.

O Estado do Bem-Estar se propõe a ser um modelo de Estado preocupado com as questões voltadas aos interesses sociais, mesmo que classificado de várias formas<sup>6</sup>. Entretanto, a mudança a que propõe os defensores deste modelo, não visa à transformação do existente, mas apenas fazer algumas adaptações para acomodar parcela da população que reclamava pela participação social e econômica.

Apesar dos esforços do modelo social democrata (ou do Estado de Bem-Estar) para minimizar os problemas sociais, no final do século passado este começou a ser questionado. Giddens (2000, p. 122) destaca as dificuldades alcançadas abordando em certa passagem sobre a terceira via o reconhecimento da história problemática do *welfare state*.

---

<sup>6</sup> Segundo Cruz (2002, p. 191-192), pode-se estabelecer três categorias que permitem classificar os países com propostas de Estado de Bem-Estar, que são: a) o *Estado de Bem-Estar Liberal*, caracterizado pela ajuda aqueles que demonstram não ter recursos; b) o *Estado de Bem-Estar Corporativista*, que tenta atender às novas estruturas pós-industriais de classe; c) o *Estado de Bem-Estar Social Democrata*, que centra sua preocupação em atender à classe média a plena universalização dos serviços sociais prestados pelo Estado. O objetivo é reduzir a distância entre os diversos *status* sociais.

Verifica-se que o Estado social de Direito, não trouxe soluções efetivas às questões sociais e econômicas, não dando resposta concreta aos grandes problemas do século XX, sendo incapaz de assegurar a justiça social. Neste sentido, afirma Silva (2001, p. 122) que:

[...] o Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação nos rendimentos da produção*.

Após a segunda metade do século passado, iniciou-se uma crise econômica, instaurando-se um crescente acúmulo de problemas sociais. Originou-se, assim, uma crise do modelo do Estado de Bem Estar Social, surgindo fortes críticas sobre os postulados democráticos que o sustentaram. Neste sentido destaca Aguilar (1998, p. 24):

O fenômeno da crise do Estado de Bem-Estar Social ocupou lugar preponderante na produção teórica sociológica, econômica e jurídica dos países centrais nos últimos anos. Fomentou o ressurgimento vigoroso do neo-liberalismo, das teorias autopoéticas, do discurso privatista, do individualismo metodológico, coincidindo historicamente, não por acaso, com o declínio veloz das economias planificadas no painel político do planeta.

Com a crise do Estado do Bem-Estar, muitas são as alternativas propostas para substituí-lo, o que não serão aqui abordadas<sup>7</sup>. Mas, atualmente, poucas são as vozes destoantes quanto à necessidade de regimes democráticos.

Habermas (1993, p. 49) destaca que:

[...] uma outra variante, um terceiro caminho entre dois tipos de sociedade realmente existentes significaria, no melhor dos casos, uma reforma radical do socialismo de Estado, criando um sistema econômico descentralizado, algo equivalente ao compromisso do *welfare state* encontrado pelas sociedades capitalistas desenvolvidas depois da Segunda Guerra Mundial. Esse passo em direção à equivalência deveria conduzir a uma sociedade fundamentada numa constituição não totalitária, isto é, baseada nas formas do Estado de direito democrático.

---

<sup>7</sup> Cruz (2002, p. 199) refere-se à Terceira Via que é um movimento político que se coloca como alternativa ao Socialismo e ao Neoliberalismo, em substituição à Democracia Social criada na Europa; há também o modelo defendido por Gramsci, denominado Socialismo Democrático; entre outros.

Importante destacar a abordagem referente ao Estado e da descentralização das políticas sociais do Brasil<sup>8</sup>, na qual segundo Oliveira e Biasoto (1999, p. 22), a marcha forçada e desordenada da descentralização resulta num processo que,

[...] parece revelar maior redistribuição do poder e maior harmonia entre as unidades da Federação, esconde, entretanto, problemas que podem comprometer o seu aprofundamento e, mesmo, a sua continuidade, em decorrência do modo com que foi conduzido [...]

O autor Bovo (2000, p. 82) destaca que dentre as características gerais do processo de descentralização das políticas públicas no Brasil e suas controvérsias conceituais nos anos 70 e 80,

[...] estava abalada a crença na capacidade de gerenciamento pelo Estado do crescimento econômico conjugado a políticas públicas de correção dos desequilíbrios sociais. Assim, as formas de atuação do Estado na economia ganharam espaço no debate econômico quando a perda de dinamismo dos principais países capitalistas, ao estreitar as bases de financiamento dos gastos sociais, levou à crise do “*Welfare State*”.

A questão que se põe é qual a democracia inserida no Estado que satisfaz os interesses da população. Muitos foram os avanços sobre o tema no século XX, e agora se prepara uma fase, ainda em evolução, avançando para modelos democráticos<sup>9</sup>, que sejam de interesse de toda a sociedade. Nesta linha, surge no final do século passado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que denomina a formação de um Estado Democrático de Direito, o qual passaremos a abordar no tópico a seguir.

---

<sup>8</sup> A realidade brasileira, entretanto, é diferenciada, porquanto se afirma a existência de um Estado pós-moderno, sem ter possuído um Estado moderno e, sob alguns aspectos, inclusive, um Estado liberal, ou pré-moderno. Nesse passo, argumenta Lênio Luiz Streck (2001, p. 09 – prefácio Gesta Leal) que, [...] o problema é que no Brasil não houve Estado Social. Se houve, foi só para as elites, para as camadas médio-superiores da sociedade que se apropriaram/aproveitaram de tudo do Estado intervencionista: privatizaram o Estado, dividiram com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e construíram empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia dos trabalhadores. Isso para dizer o mínimo.

<sup>9</sup> Bonavides (2001, p. 161) sobre a evolução democrática do Estado afirma que: "o Estado social contemporâneo compreende direito da primeira, da segunda, da terceira e da quarta geração, numa linha ascendente de desdobramento conjugado e contínuo, que principia com os direitos individuais, chega aos direitos sociais, prossegue com os direitos de fraternidade e alcança, finalmente, o último direito da condição política do homem: o direito à democracia."



## 1.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Os crescentes avanços dos regimes sociais democráticos, constitucionalizados a partir do início do século passado, influenciaram timidamente as constituições brasileiras até o advento da Constituição Federal de 1988 - CF/88, denominada carta cidadã, a qual constituiu a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito. A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas agregar formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, conforme preceitua Silva (2001, p. 123):

[...] mas consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E, aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.

O Estado Democrático de Direito, na Constituição Federal de 1988, tem sua base de sustentação na democracia, funda-se em princípios que garantem a justiça social<sup>10</sup>, dentre outros princípios que asseguram Direitos Fundamentais<sup>11</sup>. Neste sentido, na atual Constituição Brasileira, tais preceitos estão assegurados já no artigo 1º da Carta Fundamental, o qual dispõe: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”

Assim, o texto constitucional cria um novo modelo de Estado, que é "Democrático de Direito". É importante destacar que a Constituição elegeu como fundamentos da

<sup>10</sup> Para efeitos desta exposição "justiça social" é a garantia ao cidadão dos direitos fundamentais assegurados na CF/88.

<sup>11</sup> Interessante a abordagem de Breus (2007, p. 162) que declara: Merece destaque o fato de que as bandeiras do movimento constitucionalista europeu, levantadas no final do século XVIII, coincidem exatamente com a limitação do poder do Estado e a preservação dos direitos individuais. Não obstante, somente cerca de duzentos anos depois, esses direitos vieram a ser positivamente albergados, sendo que sua efetivação ainda pode ser questionada. Buscando colocar os Direitos Fundamentais como algo vivo e presente no cotidiano das sociedades, faz-se necessário diminuir o fosso abissal existente entre sua afirmação teórica e prática efetiva. Para dar início a esta caminhada da efetivação dos Direitos Fundamentais é imperativo que se parta de uma hermenêutica constitucional que efetivamente coloque a Constituição como centro real do ordenamento, buscando, assim, uma aplicabilidade direta das normas e princípios constitucionais. Nesse passo, é sob as lentes da dignidade da pessoa humana que esta problematização deve ser focada enquanto escopo e fundamento necessários e presentes no núcleo dos Direitos Fundamentais.

República, expressos nos incisos I a V do artigo 1º, a soberania nacional, a valorização da cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a liberdade de organização e de pensamento.

Sendo, portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil constituída pelo princípio da democracia, é preciso então tecer algumas considerações acerca do tema democracia. Para Bobbio (2002, p. 30):

O único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabeleçam quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.

O Estado Democrático, segundo Silva (2001, p. 124), “é um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social [...]”. O autor ainda afirma que a Constituição Federal de 1988 abre as perspectivas de uma maior realização social pelas práticas sociais inseridas, bem como pelos instrumentos oferecidos à cidadania que possibilitam concretizar todas as exigências de um Estado voltado à dignidade da pessoa humana e justiça social, disposto no artigo 3º, inciso da Constituição Federal de 1988.

Por ser uma instituição dotada de poder e com atribuições administrativas, torna-se fundamental estabelecer um parâmetro entre Estado e governo. O autor Meirelles (2001, p. 59), conceitua Governo da seguinte forma:

Em sentido formal, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos. Na verdade, governo ora se identifica com os Poderes e órgãos supremos do Estado, ora se apresenta nas funções originárias desses Poderes e órgãos como manifestação da Soberania.

Outra definição de governo é apresentada por Cademartori (1999, p. 13), preceituando o autor que:

Governo será considerado como aspecto político da atividade exercida no âmbito do Poder Executivo, ou seja, o aspecto estatal que engloba as decisões de caráter *independente*, para a vida da coletividade e visando ao seu futuro.

Assim, governo se apresenta como a máxima expressão do Estado, tido como aspecto político do Poder Executivo, que tem por missão realizar os objetivos do Estado, sendo estes, fundamentalmente, aqueles consagrados constitucionalmente.

Afirma Dallari (1989, p. 188) que “a organização das instituições que atuam o poder soberano do Estado e as relações entre aquelas instituições fornecem a caracterização das formas de governo.” Afirma, ainda, o autor que para a maior parte dos autores, formas de governo e regime político, são sinônimas, preceituando que:

O conceito de forma afeta os diferentes graus da realidade política, permitindo a identificação de três espécies distintas: regime político, quando se refere à estrutura global da realidade política, com todo o seu complexo institucional e ideológico; forma de Estado se afeta a estrutura da organização política; sistema de governo, quando se limita a tipificar as relações entre as instituições políticas. A rigor, porém, a expressão *forma de governo* é mais precisa, quando se trata de estudar os órgãos de governo, através de sua estrutura fundamental e da maneira como estão relacionados [...]

Veremos a seguir pontos importantes frente à questão da Administração Pública, sua finalidade e controles.

### 1.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Da mesma forma como não se confundem Estado e Governo, este também não pode ser confundido com Administração Pública. A atividade governamental está ligada essencialmente à atividade política do Poder Executivo. Segundo Meirelles (2001, p. 59), governo é “expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e da manutenção da ordem jurídica vigente”, enquanto que, a administração pública visa a concretizar estes objetivos, por meio da execução de ações administrativas, por meio de seus órgãos e departamentos.

A Administração Pública, em maior ou menor intensidade, no modelo político adotado pela maioria dos países ocidentais, encontra-se nos três poderes do Estado. Para melhor compreender Administração Pública e governo, segundo Mello (1998, p. 84),

prevalecem, no mundo ocidental, três funções essenciais: a função legislativa, a função jurisdicional e a função administrativa (ou executiva).

Muitas são as divergências sobre o conceito de Administração Pública. Vejamos a posição de Meirelles (2001, p. 59), que a define da seguinte forma:

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo, pratica apenas, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos.

A administração em sentido estrito, segundo Di Pietro (2000, p. 59), compreende a administração em sentido objetivo e em sentido subjetivo, assim discorrendo:

Em sentido objetivo, a administração pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgão e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde a função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do poder Executivo. Nesse sentido a administração abrange o fomento, a política administrativa e o serviço público [...] pode-se definir Administração Pública, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui exercício da função administrativa do Estado.

A Administração Pública se submete ao regime de direito público e ao regime de direito privado, sendo a submissão do regime determinado pela Constituição e pela Lei. Assim, o regime jurídico é determinado pela Constituição Federal, podendo esta dispor expressamente o regime a ser adotado, ou conferir aos entes públicos competência para que adotem o regime jurídico.

A Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo integral sobre a Administração Pública, ampliando as atribuições previstas no regime anterior. O capítulo inicia dispondo no *caput* do artigo 37, sobre os princípios fundamentais que norteiam a Administração Pública, que são os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Previu a Constituição princípios expressos e implícitos, sendo àqueles nominados nos dispositivos constitucionais e estes, referem-se aos princípios gerais do Direito.

A Administração Pública é estrutura organizacional do Estado, tendo por função "administrar", ou seja, conforme afirma Di Pietro (2000, p. 53) significa, além de prestar serviço, "dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil, e que até o sentido vulgar, administrar, quer dizer traçar programa de ação e executá-lo."

O aperfeiçoamento da Administração Pública no último século foi enorme, se considerado o período histórico da organização estatal. Portanto, surge a necessidade de desenvolver um aparato cada vez maior de controle sobre o gerenciamento da administração, para que o Estado atinja seus fundamentos, conforme dispõe o art. 1º e 3º da CF/88, tais como a cidadania, a dignidade da pessoa humana e construir uma sociedade justa e solidária.

#### 1.4 FINALIDADE DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A criação do controle sobre a Administração Pública foi uma conquista histórica, lenta e gradativa. Os avanços na democratização do Estado, contra os governos absolutistas e totalitários, abriram maior espaço às formas de governo populares, ou seja, com maior participação da sociedade nas decisões administrativas e condução das políticas públicas.

A palavra controle, segundo Meirelles (2001, p. 624), é de origem francesa *contrôle*. Afirma o autor que por ser o termo intraduzível e insubstituível no seu significado, incorporou-se definitivamente ao nosso idioma, sendo consagrado no direito pátrio por Seabra Fagundes, já em 1941, com a obra *O controle dos atos administrativos*.

O controle como um sistema organizado institucionalmente, somente aparece após o surgimento dos Estados modernos. Nesta perspectiva, as teorias democráticas surgidas no bojo dos ideais revolucionários, destacando-se a Revolução Francesa<sup>12</sup> como marco histórico do fim dos regimes absolutistas, culminaram com uma nova concepção de Estado, que deveria permanecer em um novo sistema de controle, conforme referido anteriormente, que não mais admite a existência do poder estatal sem estar submetido a alguma espécie de controle.

---

<sup>12</sup> Segundo Schier (2002, p. 173-174), "o controle da Administração Pública surge como um dos mais caros valores políticos da Revolução Francesa, representando uma das principais características do Estado de Direito." Aliás, valor positivado no artigo 15, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "A sociedade tem direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração."

Historicamente, o controle sobre o Poder Executivo passou a ocupar cada vez mais destaque, pois mereceu maior necessidade de controle, já que este detém a arrecadação dos tributos e é responsável por grande parte da aplicação dos recursos.

Esta constatação já é antiga, remontando a própria história da humanidade. Contudo, vale destacar a célebre formulação de Montesquieu citado por Medauar (1993, p. 38), ainda tão presente nos dias atuais, o qual afirmou que:

Todo o homem que detém o poder tende a abusar do mesmo, e que o abuso vai até onde se lhe deparam limites. E para que não se possa abusar desse poder, faz-se mister organizar a sociedade política de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando o poder ao próprio poder.

No sistema de tripartição de poderes, cabe ao Poder Legislativo exercer o controle político e de fiscalização sobre o Poder Executivo, enquanto o Poder Judiciário exerce controle da legalidade sobre os atos administrativos. Esta estrutura estatal é um aperfeiçoamento dos mecanismos de controle, na tentativa de que o Estado desempenhe suas funções da forma mais democrática possível.

Com o surgimento dos Estados Modernos o controle sobre as atividades estatais passa a exercer uma função essencial nos modelos políticos democráticos, eis que o controle exercido de um poder para com o outro, ou da sociedade sobre o Estado, é a base dos regimes democráticos.

O controle é exercido sobre todos os poderes do Estado, mas ele se desenvolve, principalmente, na função administrativa, pois é na esfera administrativa que se concentra todo o aparato burocrático para a consecução dos fins do Estado. A partir desta perspectiva, Ribeiro (2002, p. 04) afirma que:

[...] o controle é apresentado como função administrativa desde os primeiros teóricos da administração e da economia. Babbage, ao propor a divisão de trabalho, apresentava os benefícios para o controle promovido pelo trabalho em escala. Fayol já relacionava o controle como função administrativa essencial. A visão ideológica a partir do qual o homem é mau (advogada por Hobbes, Maquiavel e boa parte da doutrina religiosa ascética) leva o exercício do controle sobre as atividades a uma forma de controle muito aproximada. Afinal, o homem necessita ter sua natureza permanentemente controlada. Essa é a matriz lógica do funcionalismo clássico, e leva a uma determinada forma de organização e de estruturação da Administração.

Até a afirmação teórica do Estado de Direito, no qual subsumiu apresentar o poder do soberano atrelado à legalidade, o centro da atividade administrativa do Estado era infensa e

impenetrável ao Direito e a qualquer outro controle externo. Sob o pretexto de que o conteúdo do direito exercido se identificava com a vontade do príncipe ou sob o postulado de que "o rei não poderia errar"<sup>13</sup>, os atos do titular exercente do poder político-administrativo do Estado não comportavam qualquer espécie de controle.

Esse era o quadro político do Estado Absolutista e conforme leciona Augustin (2002, p. 02),

[...] em que a vontade do soberano perfazia a vontade do Estado, sem que estivesse sujeita a qualquer espécie de controle. A investidura no Poder Estatal, naquele período, era posta como uma dádiva de Deus, restando afastada qualquer possibilidade de erro. Sem a possibilidade de errar, os atos estatais não eram passíveis de controle, e o rei unia em torno de si as competências de legislar, julgar e administrar.

Quanto ao sentido do controle, verificam-se diversas construções teóricas que lhe atribuem diversos significados.

A diferença entre os significados do controle resulta do grau de influência que o controlador exerce sobre o controlado, do momento em que ele exerce, da maneira e da realidade em que atua.

O controle na Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, para alguns autores como Medauar (1993, p. 22), Meirelles (2001, p. 624) e Di Pietro (2000, p. 577), respectivamente, pode ser assim definido:

- a) controle da administração pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado;
- b) controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro;
- c) controle da administração pública é o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico.

A análise sobre os conceitos de controle evidencia que não há consenso entre os autores sobre o tema. Para exemplificar, verifica-se que Meirelles trata o controle como uma

---

<sup>13</sup> Como afirma Romeu Felipe Bacellar Filho (2005, p. 01), trata-se da sobranceira posição ostentada pelos detentores do poder político em relação a qualquer norma jurídica, haja vista que "os monarcas nunca poderiam ser responsabilizados por qualquer atitude cometida em nome do Poder que detinham como soberanos, postulado este que oferecia sustentação à Teoria da Irresponsabilidade, vigente à época, baseada no postulado de que *the king can do no wrong*, ou ainda, *le roi ne peut mal faire*."

faculdade; enquanto para Di Pietro (2000) o controle deve ser reconhecido como poder; por fim, para Medauar (1993), o controle confere ao agente controlador a possibilidade de tomar medidas sobre o controlado.

Ao referir-se à questão do controle, Pondé (1998, p. 131), aponta que seu sentido pode ser tomado, conforme a situação, em sentido amplo e restrito, afirmando o autor que:

Na linguagem jurídica, que é de certo modo 'um uso especializado da linguagem comum' [...] a expressão é tomada ora em sentido amplo, ora mais restrito, como reexame de uma atividade programada, em correlação com um processo de correção dos seus eventuais desvios. Em rigor, aliás, a característica do controle estará menos nesse reexame, sem o qual tais desvios passariam despercebidos, do que na prevenção ou correção deles. Esse reexame, verificação ou inspeção poderá preceder o controle ou coexistir com ele, mas, em si mesmo, não o define, senão um processo de conhecimento da situação e das circunstâncias em que as irregularidades poderão ocorrer, ou ter ocorrido.

É de ressaltar-se que uma das características básicas do controle é a independência do órgão controlador em relação ao controlado, pois do contrário, sendo subordinado, não exercerá controle. Forti citado por Medauar (1993, p. 18), afirma que:

Controle como instituto jurídico de direito público importa uma *diferenciação de órgão ou de vontades*; o órgão controlador é sempre diverso do órgão controlado; esta contraposição não se encontra na atividade administrativa qualificada como exercício de funções diretivas, ou em geral, de atribuições normais de administração ativa, como por exemplo, a edição de atos relativos à estrutura interna dos órgãos públicos.

Assim, o controle sobre a Administração Pública tem se desenvolvido acompanhando a própria evolução e modernização do Estado. O controle institucionalizou-se, assumindo grande importância no texto constitucional, visando, não apenas, a fiscalizar a Administração Pública, mas orientar as ações administrativas e conduzir de maneira eficiente às políticas públicas.

Esses vários sentidos do controle conferem-lhe uma determinada dimensão de sua finalidade dentro da organização estatal. Ou seja, o controle não se presta apenas, conforme o nome sugere, para fiscalizar o órgão estatal, mas que este contribua com o aperfeiçoamento na gestão das organizações públicas.

O controle não deve atuar como finalidade meramente passiva de fiscalização sobre atos administrativos, mas sim, deve assumir uma função ativa, que vai do planejamento



administrativo, elaboração de políticas públicas eficazes, planos administrativos e fiscalização das ações administrativas.

A finalidade do controle é de garantir que a Administração Pública atue em conformidade com os princípios constitucionais, bem como de todo o ordenamento jurídico.

## 1.5 PODER JUDICIÁRIO

O nascer do Judiciário coincide com o nascimento do Estado de Direito e do Estado Constitucional. Significa dizer que o Estado só age na medida em que a lei o autorize, e desde que respeite o rol de garantias individuais, bem como os princípios fundamentais da organização do poder insculpidos na Constituição.

Segundo Bastos (1997, p. 187):

A própria evolução do direito e a evolução do Estado liberal, que também é social, acabou por trazer o Poder Judiciário mais para dentro do jogo das forças políticas. E seu compromisso, não pode deixar de ser senão democrático, na medida em que aplica a Constituição e as leis, submetendo-se ele, de pronto, à definição básica do Estado brasileiro: Um Estado Democrático de Direito.

O controle jurisdicional é o controle externo, de regra chamado *a posteriori*, realizado pelo Poder Judiciário, de maneira corretiva, preventiva ou repressiva sobre atividades, atos, processos, contratos administrativos, ou operações materiais da Administração Pública, efetuado por juízes dotados de princípios de independência constitucional.

Esse mecanismo vem se modificando nos últimos anos, através da ampliação dos instrumentos disponíveis para o controle das atividades administrativas estatais. Nesse sentido é que o autor Moreira (2005, p. 59) tem argumentado que o Direito Administrativo tem sido objeto de uma branda, mas contínua transição do autoritarismo para a democracia.

Por ter um papel fundamental na construção doutrinária, o Poder Judiciário no Brasil, vem contribuindo de forma importantíssima na valoração dos direitos dos cidadãos sobre as razões do Estado.

Encontra seu refúgio no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, o seguinte: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Assegurando a proteção judiciária como garantia dos direitos reconhecidos pelo ordenamento e como garantia contra ameaça de lesão de direitos.

## 1.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O termo “direitos fundamentais” apareceu pela primeira vez na Constituição alemã, ratificada em 1848 na Igreja de São Paulo em Frankfurt. Mas foi na Constituição de *Weimar* que se iniciou a estruturação de uma doutrina própria dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são considerados como categoria dogmática do direito constitucional, por isso podem ser compreendidos a partir de diferentes focos.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 404), apresentam três sentidos, o formal, o material e o direito fundamental meramente formal<sup>14</sup>. Nesse sentido verifica que

[...] no âmbito dos direitos fundamentais, a distinção reconduz-se ao seguinte: há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo facto de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental; outros, pelo contrário, além de revestirem a forma constitucional, devem considerar-se materiais quanto à sua natureza intrínseca (direitos formal e materialmente constitucionais). Então a base desta distinção está alicerçada numa persistente tradição doutrinal, ou seja, na subjetividade pessoal, no radical subjetivo, caracterizador dos direitos fundamentais materiais.

Canotilho (2002, p. 405) entende que no plano jurídico-constitucional, “trata-se de uma distinção dificilmente compatível o regime geral dos direitos fundamentais positivamente consagrados.” Assim, esta distinção entre direitos fundamentais materiais e direitos

---

<sup>14</sup> Conforme o comentário constante na obra de Canotilho (2002, p. 404). Este sentido foi desenvolvido por Vieira de Andrade, partindo de uma pré-compreensão típica do subjetivismo axiológico e de um individualismo metodológico próximo das teorias atomísticas da sociedade, expulsa do catálogo material de direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a idéia-princípio da dignidade da pessoa humana.

fundamentais formais tal como é proposta, não tem quaisquer resultados práticos, porque a constituição consagrou, com o mesmo título e a mesma dignidade, ambos os tipos de direitos.

Também se revestem de um enfoque funcional e de uma perspectiva estrutural. O primeiro traz a idéia de que os direitos fundamentais possuem dupla função, uma no plano subjetivo que garante a liberdade individual e a outra no plano objetivo que diz respeito à aplicação subjetivo-individual, porque orientam à atuação do Estado. Enquanto a segunda orienta para a apreciação morfológica das normas que vinculam os direitos fundamentais, a partir daí surge à questão de analisar se estas normas devem ser entendidas como regras ou como princípios.

Dando prosseguimento às investidas contra o positivismo, Ronald Dworkin (2002, p. 59) acabou por enveredar-se para a análise da estrutura das normas jurídicas, defendendo que nos casos difíceis, em que se depara com a ausência de uma regra própria para solucionar um caso concreto, o juiz não se encontra totalmente livre para julgar de forma discricionária, tendo em vista que ele deve pautar sua sentença nos princípios jurídicos.

O princípio é, de acordo com Dworkin<sup>15</sup> (2002, p. 36), um modelo a ser seguido “porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”

De outro lado, Robert Alexy (2002, p. 79) inicia a construção da doutrina dos direitos fundamentais, tendo como alicerce a teoria dos princípios e das posições jurídicas básicas. Para ele, os princípios e as regras divergem não só em grau, mas também em qualidade. O aspecto primordial da dessemelhança entre essas duas espécies de normas está no fato de que os princípios prescreverem que alguma coisa seja executada na maior medida possível, de acordo com o exequível fática e juridicamente. Deste modo, os princípios são “mandados de otimização”, individualizados em razão de poderem ser realizados em graus variáveis.

Daí decorre o fato das normas de direito fundamental apresentarem em sua estrutura formas de princípios e de regras: esta noção parece ser simples, porém detém diversas controvérsias inerentes à interpretação dos direitos fundamentais, principalmente a que diz respeito a suas restrições.

---

<sup>15</sup> O autor introduziu métodos diferenciadores entre regras e princípios ao estabelecer que: a) regras se aplicam se forem válidas e, se inválidas, não se aplicam, ou seja, elas são aplicadas à maneira do tudo ou nada; b) princípios podem ou não reger uma situação concreta, isto dependerá da existência ou não de outros princípios com maior peso em sentido contrário, mas, mesmo assim todos eles continuam inseridos no ordenamento jurídico; c) regras têm ou não têm importância em termos funcionais, mas havendo uma colisão entre elas é porque uma delas não deve ser aplicada; d) princípios, ao contrário, possuem uma medida de força ou relevância e, quando um vai de encontro ao outro, prevalecerá aquele que possuir uma maior importância para a decisão do caso concreto.

A possibilidade dos princípios e regras serem objeto de restrições surge em razão dos métodos hermenêuticos a serem utilizados para determinar sua esfera de proteção, bem como sobre o papel que os Tribunais desempenham ao interpretar a Constituição, e isto fica bem demonstrado conforme os ensinamentos de Robert Alexy<sup>16</sup>.

A questão de restringibilidade também está evidenciada nos conceitos de princípios e de regras que são imprecisos e polêmicos, bem como diante dos critérios utilizados para distingui-los. Segundo Alexy (2002, p. 81) “é uma chave para a solução de problemas medulares da dogmática de direitos fundamentais.” Para entender esta diferenciação se faz necessário analisar a norma de direito fundamental, que se trata de uma descrição do conceito de norma. A norma é o conjunto de significados que se extrai dos enunciados jurídicos, enquanto a norma de direito fundamental é o significado atribuído aos dispositivos de direito fundamental.

Diante das definições exaradas anteriormente constata-se que o conceito de norma de direito fundamental é simples, porém não deve ser visto desta forma, pois as discussões sobre suas espécies são temas de intermináveis discussões onde os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de algum denominador comum sobre o objeto de sua disciplina, pelo fato da não observância desta norma de direito fundamental.

A consagração dos direitos fundamentais<sup>17</sup> assumiu algumas fases: os direitos de primeira dimensão têm origem na fase inicial no constitucionalismo ocidental do século XVIII, originou-se da revolta do povo contra a supremacia das classes mais abastadas, cujos privilégios encontravam modulação na própria lei; os direitos de segunda dimensão estes têm como princípio essencial à igualdade e são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os coletivos e de coletividade; os de terceira dimensão preocupam-se com a proteção dos direitos individuais, essencial à nova dimensão do universalismo; os de quarta dimensão

---

<sup>16</sup> Alexy (2002, p. 81) Afirma que “a distinção entre princípios e regras constitui a base da fundamentação e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel que jogam os direitos fundamentais no sistema jurídico.”

<sup>17</sup> Desta forma, o grau de concretização dos direitos fundamentais dependerá da ordem socioeconômica vigente em cada país, ou seja, ocorrerá onde à situação socioeconômica permitir alcançar os parâmetros jurídicos. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 32) os direitos fundamentais apresentam múltiplos significados perante a ordem jurídica. Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma pretensão de abstenção, pretensão de revogação, pretensão de anulação, pretensão de consideração (impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação eventual) ou a pretensão de defesa ou proteção (impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros).

correspondem ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo, que pertencem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.

## CAPÍTULO II

### SAÚDE - DIREITO, SISTEMA ÚNICO E POLÍTICAS SOCIAIS

#### 2 POLÍTICAS DE SAÚDE

##### 2.1 CONCEITO DE POLÍTICA PÚBLICA

Como visto no capítulo antecedente, é saliente nas constituições contemporâneas a inserção de um amplo catálogo de Direitos Fundamentais.<sup>18</sup> De maneira especial nas cartas promulgadas após a segunda metade do século XX, verifica-se a presença de um vasto rol de direitos, positivados sob um regime jurídico de tutela autônomo e acompanhado de cláusulas próprias que regulam sua atuação<sup>19</sup>. Ademais, destaca-se nas constituições da atualidade, a inserção explícita de elementos normativos associados a opções políticas gerais, como a busca ao desenvolvimento e a erradicação da pobreza, e particulares, como a prestação de serviços públicos de saúde, por exemplo, que são concretizadas, em maior ou menor medida, por meio de políticas públicas gerais e/ou setoriais<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Além dos Direitos Fundamentais políticos e individuais e dos direitos sociais inseridos no Título II da Constituição Federal de 1988, há no parágrafo 2º, do artigo 5º, cláusulas de abertura a outros Direitos Fundamentais, nos seguintes termos: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>19</sup> Na Constituição Federal de 1988, há a previsão de um regime especial, no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, correspondente à impossibilidade de restrição dos direitos e garantias individuais.

<sup>20</sup> Sobre o tema em alusão, afirma Gilberto Bercovici (2003, p. 173-174) que o papel político do Estado é central no processo de formação de políticas públicas, contrariando a visão corrente da análise econômica que considera o Estado apenas uma categoria residual. Afinal, um equívoco comum na análise das políticas públicas é a incorporação do erro cometido pelos economistas, que atribuem o fracasso das políticas públicas, como as políticas econômicas, aos equívocos de teoria econômica em sua elaboração. Falta a inclusão de outra causalidade: a político-institucional e jurídica. Os resultados das políticas públicas não dependem apenas de sua coerência econômica, mas também de sua validade política e das opções institucionais. Isto ainda é mais facilmente perceptível no caso das políticas de desenvolvimento de longo prazo cujo objetivo seja a melhoria das condições sociais da população. E a análise do caso brasileiro revela que o processo de desenvolvimento funda-se em decisões políticas.

Política pública<sup>21</sup> (*policy*) se associa justamente à noção de diretrizes da Administração Pública<sup>22</sup>, de objetivos sociais e metas que demandam da construção de um programa de ação a ser desenvolvido pelo Estado. Trata-se da idéia relacionada ao Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).

Os autores Muller e Surel (2004, p. 17), destacam que uma política pública constrói um quadro normativo de ação, destacando que,

[...] uma política pública é formada, inicialmente, por um conjunto de medidas concretas que constituem a substância “visível” da política. Esta substância pode ser constituída de recursos: financeiros (os créditos atribuídos aos ministérios), intelectuais (a competência que os atores das políticas são capazes de mobilizar), reguladores (o fato de elaborar uma nova regulamentação constitui um recurso novo para os tomadores de decisão), materiais. Ela também é constituída de “produtos”, isto é, de *outputs* reguladores (normativos), financeiros, físicos.

Para Bucci (2002, p. 252),

[...] políticas públicas, como categoria analítica, 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 objetivos.

Pode-se dizer que as políticas públicas<sup>23</sup> (*policies*) são inerentes ao Estado Social e têm ligação na atividade promocional do Estado. Sendo estabelecidas por normas programáticas, notabilizadas por estabelecerem objetivos e metas sociais determinados na

---

<sup>21</sup> Conforme aborda Dias (2003, p. 121) “Não há um conceito único de políticas públicas. Em um sentido geral, elas podem ser tomadas como programas de intervenção estatal realizados a partir da sistematização de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado.”

<sup>22</sup> De há muito já lecionava Maria Garcia (1996, p. 65-66): “Tais diretrizes constituem o que se denominam políticas públicas, ou seja, princípios, ‘metas coletivas conscientes’ que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público.”

<sup>23</sup> Segundo Souza (2006, p. 26), “Pode-se, então resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.

Constituição ou nas leis, sem indicar contudo os meios das atividades estatais, necessárias para alcançá-los.

## 2.2 DIREITO À SAÚDE

### 2.2.1 Breves Considerações

A partir do século XX, os direitos sociais incluem-se no rol dos direitos fundamentais, nesta época o direito à saúde<sup>24</sup> aparece no constitucionalismo contemporâneo, voltado na dimensão social do ser humano, exigindo do Estado, ações para garantir condições dignas de vida para todos os cidadãos. Os direitos sociais são direitos de prestações e realizações de políticas públicas, tornando-se um conjunto sincronizado de programas e ações governamentais.

A Constituição Federal de 1988 destaca a importância do direito à saúde, em seu artigo 196, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”, ou seja, a partir deste momento o direito à saúde é tido como direito público subjetivo, exigindo do Estado, prestações de políticas públicas que garantam a aplicabilidade e eficácia do direito à saúde.

### 2.2.2 Constitucionalização do Direito à Saúde

---

<sup>24</sup> Importante consignar, também, que a previsão do direito à vida possui uma íntima relação com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, vale dizer, o da Dignidade da Pessoa Humana, relacionado no art. 1º, III, da CF, cujo conteúdo demanda investigações para que não se torne letra morta. Em outras palavras, qualquer previsão legal, qualquer atitude tomada pelo Poder Público que provoque como consequência o esvaziamento do direito à vida trará, como corolário, o desrespeito à dignidade da pessoa humana, pois são dois vetores considerados igualmente fundamentais pela Constituição.



A incorporação da saúde no texto constitucional apresenta duas características importantes: seu fortalecimento como direito fundamental e sua definição principiológica dos mecanismos que regem as políticas públicas de saúde.

Definida no artigo 6º, do Capítulo II - 'Dos Direitos Sociais' - do Título II - 'Dos Direitos Fundamentais' - da Constituição Federal de 1988, como um direito social de todos e dever do Estado, essa forma de incorporação do direito à saúde acarretou grandes consequências jurídicas no país, entre elas a questão do Controle Jurisdicional, que veremos no decorrer desta pesquisa.

Com a definição da saúde como direito fundamental, abriu-se o caminho para que todos os cidadãos brasileiros dela possam usufruir, tendo em vista que a saúde passou a constituir um direito público subjetivo, garantido pela existência do Sistema Único de Saúde (SUS).

Sarlet (2004, p. 313) afirma que a saúde é um direito social fundamental, no âmbito do qual,

[...] se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.) com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.

A seguir, torna-se necessária uma descrição histórica das políticas sociais de saúde e do Sistema Único de Saúde (SUS).

### 2.2.3 Sistema Único de Saúde (SUS)

O Sistema Único de Saúde (SUS) constitui-se no modelo oficial público de atenção à saúde em todo o país, sendo um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo e o único a garantir assistência integral e totalmente gratuita para a população.

A criação do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil está diretamente relacionada a tomada de responsabilidade por parte do Estado. O SUS surgiu como resposta à insatisfação e descontentamento existente em relação ao acesso, aos direitos de cidadania, serviços e forma de organização do sistema de saúde.

Segundo o Ministério da Saúde (1997):

Nos anos 70 e 80, vários médicos, enfermeiros, donas de casa, trabalhadores de sindicatos, religiosos e funcionários dos postos e secretarias de saúde levaram adiante um movimento, o "movimento sanitário", com o objetivo de criar um novo sistema público para solucionar os inúmeros problemas encontrados no atendimento à saúde da população. O movimento orientava-se pela idéia de que todos têm direito à saúde e que o governo, juntamente com a sociedade, tem o dever de fazer o que for preciso para alcançar este objetivo. [...] A Constituição Federal de 1988 determinou ser dever do Estado garantir saúde a toda a população. Para tanto, criou o Sistema Único de Saúde. Em 1990, o Congresso Nacional aprovou a Lei Orgânica da Saúde, que detalha o funcionamento do Sistema. Portanto, o SUS resultou de um processo de lutas, mobilização, participação e esforços desenvolvidos por um grande número de pessoas.

O SUS está definido na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 - Lei Orgânica da Saúde, como,

[...] o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

A idéia do SUS é maior do que simplesmente disponibilizar atendimento em hospitais e postos de saúde para que as pessoas possam acessar quando precisem. A proposta é que seja possível através dos agentes de saúde amenizar isso. Agentes estes que visitam freqüentemente as famílias para se antecipar aos problemas e conhecer de perto a realidade de cada família, encaminhando desta maneira as pessoas para os equipamentos públicos de saúde quando necessário. Organizado com o objetivo de proteger, o SUS tem como missão recuperar e promover a saúde de todos os brasileiros, independente de qualquer situação.

#### 2.2.4 Como Funciona o SUS?

Frente à contextualização de seu funcionamento, prerrogativas e atribuições o Governo Federal, através do Ministério da Saúde (1997) caracteriza o funcionamento do SUS da seguinte maneira:

O SUS é um sistema público, organizado e orientado no sentido do interesse coletivo, e todas as pessoas, independente de raça, crenças, cor, situação de emprego, classe social, local de moradia, a ele têm direito. [...] oferece o mesmo atendimento a todas as pessoas [...] No SUS, situações desiguais devem ser tratadas desigualmente. Baseia-se, portanto, no princípio da equidade. [...] O SUS tem o papel de cuidar de todas as necessidades da área da saúde. E cuidar da saúde não é apenas medicar os doentes ou realizar cirurgias, é preciso garantir vacinas à população, dar atenção aos problemas das mulheres, crianças e idosos, combater a dengue e outras doenças. Este é o princípio de integralidade, ou seja, realizar todas as ações necessárias para a promoção, proteção e recuperação da saúde de todos.

Conforme destaca Andrade (2001, p. 16), “com o surgimento do SUS, todas as atividades tidas de saúde coletiva e individual são unificadas no Ministério da Saúde, ficando no Ministério da Previdência Social as atividades de previdência e assistência social.”

A implementação de um programa de saúde necessita de uma série de fatores conjuntos para que as Políticas Públicas satisfaçam as exigências básicas do ser humano. Para isto ocorrer necessita-se antes de tudo vontade política.

Vários processos já foram realizados, afim de, operacionalizar e adequar a máquina pública da União, dos Estados membros e dos Municípios na implementação do Sistema Único de Saúde, ressaltando que o SUS tem seus serviços geridos e administrados pelos governos federal, estaduais, municipais que possuem objetivo de garantir a prestação de serviços gratuitos a qualquer cidadão.

Essa maneira de descentralizar as responsabilidades dos serviços implica também na sua regionalização, ajudando municípios menores e com pouca estrutura. A questão da descentralização que veremos a seguir foi tema de um grande debate técnico em Brasília nos anos 90, em razão das Conferências Nacional de Saúde.

Em 1991, o Ministério da Saúde adotou como mecanismo regulador do processo de estadualização e municipalização das ações e serviços de saúde a edição de Normas

Operacionais Básicas (NOB's). Lecovitz (2001, p. 274), destaca que as NOB's são portarias do Ministério da Saúde que reforçam o poder de regulamentação da direção nacional do SUS, visando a operacionalização das relações entre as esferas do governo não previstas nas LOS, possuindo caráter transitório, podendo ser reeditadas ou substituídas.

Entre os anos de 1991 até 2002, foram publicadas três Normas Operacionais Básicas (NOB/SUS 01/91, NOB/SUS 01/93 e NOB/SUS 01/96) e duas Normas Operacionais de Assistência à Saúde (NOAS).

As NOB's e NOAS, de acordo com Teixeira (2002, p. 154), inserem-se no processo de reorientação da gestão do SUS, desenvolvido durante os anos 90, período que a autora caracteriza pela existência de “um movimento pendular de descentralização/centralização, pontuado pela elaboração e implementação das Normas Operacionais Básicas.”<sup>25</sup>

Segundo o Ministério da Saúde (1997), dar acesso a todos os tipos de atendimento à população é a concretização do princípio da universalidade, representando “a inclusão de todos no amparo prestado pelo SUS, ou seja, qualquer pessoa passa a ter o direito de ser atendida nas unidades públicas de saúde, lembrando que antes apenas os trabalhadores com carteira registrada faziam jus a esses serviços.”

Em seu caráter institucional e de abordagem do funcionamento do Sistema Único de Saúde, o Ministério reforça que a promoção da saúde sempre sofrerá transformações, em virtude do dinamismo da sociedade e do avanço tecnológico, indicando que o mesmo deva ser utilizado para as melhorias dos serviços e ações da saúde.

Frente à questão das desigualdades sociais, nas palavras de Moraes (2003, p. 57), o Brasil não é um País pobre, mas é um País desigual. Torna-se importante referir, ainda, que o direito à saúde, além de fundamental, é condicionante da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Brasileiro.

Cabe destacar a abordagem feita pelo Ministério da Saúde na qual:

[...] os direitos fundamentais não possuem apenas dimensão subjetiva, atribuindo direitos aos cidadãos, mas também uma dimensão objetiva, na qual se estabelecem os valores ou bens jurídicos que devem ser objeto de proteção pelo Estado e pela sociedade. Portanto, mesmo quando não haja

---

<sup>25</sup> Teixeira (2002, p. 154-155) destaca ainda que [...] o predomínio ora da tendência centralizadora, ora da descentralizadora, do ponto de vista político-institucional, corresponderia às mudanças ocorridas na correlação de forças entre grupos “municipalistas mais radicais” e grupos “federalistas”, que defendiam um papel mais predominante do governo federal na reestruturação da distribuição de poder no processo de construção do SUS. [...] Isso implicaria “o debate permanente acerca da intensidade e da forma de redefinição de funções e competências entre as três esferas de governo.”

violação direta do direito subjetivo à saúde, os operadores jurídicos devem verificar se o bem jurídico saúde está sendo afetado por ações ou omissões dos poderes públicos, o que justifica o controle judicial da constitucionalidade ou legalidade de lei ou ato normativo contrário ao direito à saúde. Ademais, embora os direitos fundamentais tenham sido originariamente concebidos como oponíveis ao Estado, deve-se admitir que eles também incidem nas relações jurídicas entre particulares. No campo do direito à saúde, esta noção impõe aos poderes públicos a obrigação de proteger a saúde no âmbito das relações privadas, devendo o legislador estabelecer leis adequadas a essa proteção e os tribunais interpretar as normas privadas em conformidade com a Constituição.

Saber qual o verdadeiro papel dos gestores federais, estaduais e municipais em relação à necessidade de aprimoramento e qualidade na integração do Sistema, torna-se necessário para criar uma gestão que promova condições e incentivos para o verdadeiro desenvolvimento social e humano da população.

#### 2.2.5 O papel das NOB-SUS no processo de implantação do SUS

Em 1996 foi editada a NOB-SUS 01/96 com o tema: “Gestão plena com responsabilidade pela saúde do cidadão.” A NOB 96 reconhecia a contribuição das normas anteriores e como destaca o Ministério da Saúde (1997, p. 6) com iniciativas que criaram "as condições de viabilização plena do direito à saúde". De acordo com o texto, a principal função da norma era a de definir “estratégias e movimentos táticos" para orientar a operacionalidade do SUS. Conforme o Ministério da Saúde (1997, p. 6) a NOB - 96 tinha a finalidade de,

[...] promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus municípios (Artigo 30, incisos V e VII, e Artigo 32, Parágrafo 1º, da Constituição Federal), com a conseqüente redefinição das responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União, avançando na consolidação dos princípios do SUS.

O objetivo da norma era romper com uma prática na qual os municípios desempenhavam o papel de prestadores de serviço, fazendo-os assumir a condição de gestores do sistema local de saúde, conforme previsto na Lei Orgânica da Saúde (LOS). Para isso, a

NOB-SUS 01/96 utilizava como mecanismo de vinculação dos municípios a habilitação no modo gestão plena da atenção básica ou no modo gestão plena do sistema municipal.

Com vista a definir o papel do gestor municipal, uniformizou os conceitos de gerência e gestão<sup>26</sup> do sistema, colocando como protagonistas do processo de implementação do SUS os secretários municipais e estaduais de saúde. Para neutralizar a influência de possíveis atores locais estabelecidos em instituições de maior porte, tanto públicas como privadas, que poderiam vir a intervir no processo de consolidação local, a NOB assegurava que, independentemente da gerência dos estabelecimentos prestadores de serviços ser privado ou estatal, a gestão de todo o sistema municipal seria da competência do poder público e exclusiva desta esfera de governo, respeitadas as atribuições do respectivo Conselho e de outras diferentes instâncias de poder. Essas definições em relação ao papel dos gestores públicos na condução do sistema de saúde já estavam asseguradas pela Constituição e pela própria LOS, contudo não haviam ainda obtido efetividade.

Além da perspectiva de definição do papel dos gestores públicos e das relações entre as esferas governamentais, a NOB-96 incidiu sobre o modelo gestão, apresentando o que foi denominado como um "novo modelo" propulsor de "uma nova condição de participação com vínculo, mais criativa e realizadora para as pessoas", que se desenvolveria "não-somente nas instâncias colegiadas formais - conferências e conselhos -, mas em outros espaços constituídos por atividades sistemáticas e permanentes, inclusive dentro dos próprios serviços de atendimento" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1997, p. 14).

Após a criação do SUS, uma das disputas girava em torno do modelo assistencial. Nesse sentido, a NOB 96 representou uma vitória para os que defendiam um modelo de atenção voltado para a saúde coletiva. A NOB estabeleceu um acréscimo percentual ao montante do Piso de Atenção Básica (PAB) dos municípios nos quais houvesse equipes do Programa Saúde da Família (PSF)<sup>27</sup> e Programa de Agentes Comunitários de Saúde

---

<sup>26</sup> Assim, nesta NOB gerência é conceituada como sendo a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatório, hospital, instituto, fundação etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao Sistema. Por sua vez, gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria. São, portanto, gestores do SUS os Secretários Municipais e Estaduais de Saúde e o Ministro da Saúde, que representam, respectivamente, os governos municipais, estaduais e federal (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1997, p. 8).

<sup>27</sup> Acréscimo de 3% sobre o valor do PAB para cada 5% da população coberta, até atingir 60% da população total do município; acréscimo de 5% para cada 5% da população coberta entre 60% e 90% da população total do município; e acréscimo de 7% para cada 5% da população coberta entre 90% e 100% da população total do município. Esses acréscimos têm, como limite, 80% do valor do PAB original do município (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1997, p. 20).

(PACS)<sup>28</sup>, atuando integradamente à rede municipal. Esses programas estavam alinhados à proposta de mudança no modelo de atenção em saúde através de uma ampliação do enfoque do modelo curativo individual, centrado na preponderância do hospital e considerado vigente na época, para um modelo de saúde preventiva, direcionado aos programas comunitários de saúde.

Segundo o Ministério da Saúde (1997, p. 15), a NOB, no modelo vigente concentrava “sua atenção no caso clínico, na relação individualizada entre o profissional e o paciente, na intervenção terapêutica armada (cirúrgica ou medicamentosa) específica.” Tal modelo encontrava-se assentado na lógica da clínica e baseado na ética do médico, na qual a pessoa (o seu objeto) constitui o foco nuclear da atenção. Esse modelo deveria ser ampliado através da "incorporação, ao modelo clínico dominante (centrado na doença), do modelo epidemiológico, o qual requer o estabelecimento de vínculos e processos mais abrangentes." A introdução do enfoque epidemiológico traria mudanças ao modelo de atenção, atendendo "ao compromisso da integralidade da atenção, ao incorporar, como objeto das ações, a pessoa, o meio ambiente e os comportamentos interpessoais. O modelo de atenção centrado no coletivo incidiria "na qualidade de vida das pessoas e do seu meio ambiente, bem como na relação da equipe de saúde com a comunidade, especialmente, com os seus núcleos sociais primários - as famílias."

A NOB 96 propôs a integração entre os dois modos de operar em saúde através da associação dos enfoques clínico e epidemiológico. Para tanto, era necessário a transformação na relação entre os usuários e os agentes do sistema de saúde, bem como a intervenção ambiental, afim de, modificar fatores determinantes na situação de saúde.

As demandas relacionadas à mudança no modelo de gestão e atenção, foram incorporadas pela política de humanização do SUS desenvolvida em meados de 2000. Apesar da ampla agenda de mudanças no sistema, proposta pela NOB-96, ela continha, de acordo com Carvalho (2001, p. 442),

[...] alguns problemas que, somados à saída do Ministro Adib Jatene, resultaram na inviabilidade de sua implementação. Esses fatores criaram uma situação na qual os municípios e estados estavam impossibilitados de continuar habilitando-se pelos critérios da NOB-93, ao mesmo tempo em

---

<sup>28</sup> Acréscimo de 1 % sobre o valor do PAB para cada 5% da população coberta até atingir 60% da população total do município; acréscimo de 2% para cada 5% da população coberta entre 60% e 90% da população total do município; e acréscimo de 3% para cada 5% da população coberta entre 90% e 100% da população total do município. Esses acréscimos têm, como limite, 30% do valor do PAB original do município (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1997, p. 21).

que não podiam habilitar-se na NOB-96 por causa de suas indefinições. A situação drástica da descentralização era a seguinte: ninguém entra e ninguém sai. Ninguém se habilita, progride ou regride. Estágio de paralisia catatônica que persistiu por cerca de 15 meses.

Para que o processo de descentralização pudesse prosseguir, a NOB-SUS 01/96 foi modificada através de outras portarias, visando superar o impasse criado. O fato é que nunca chegou a ser aplicada tal como foi editada. As impossibilidades de implementação da NOB-96 não foram causadas somente pelas imprecisões técnicas ou formais. Os entraves encontrados para sua efetivação foram o resultado dos arranjos que se estabeleceram frente ao processo de descentralização e frente a uma cultura orientada pela crença de que o modelo hospitalar de atendimento deveria orientar o modelo a ser empregado em todo o sistema.

Analisando-se o processo de formulação e implementação das NOB's de 1993 e 1996, segundo Teixeira (2002, p. 159), pode-se considerar que houve o predomínio da vertente "municipalista" na concepção acerca da distribuição do poder e dos mecanismos de descentralização dos recursos para os Estados e municípios. Segundo a autora, o processo de operacionalização se manteve sob o controle das instâncias de gestão centralizadas, no âmbito do Ministério da Saúde e nas secretarias de Estado

Sobre o custeio do sistema, a instabilidade das fontes financiadoras gerou uma série de propostas de emendas constitucionais visando garantir recursos para a saúde, tendo sido aprovada pelo Senado Federal a Emenda Constitucional número 29 (EC 29), em dezembro de 2000. Definindo um patamar mínimo de 7% das receitas municipais e estaduais a serem aplicadas em saúde e estabelecia o acréscimo de 5% sobre o montante empenhado pelo Ministério da Saúde em 1999. Porém, a EC 29 encontrou dificuldades de implantação. Conforme destaca o autor Faveret (2004, p. 374), “Naquele ano, chegou o momento de decidir o orçamento da saúde para 2001, levando-se em conta a EC 29, o Ministério da Fazenda interveio e, valendo-se de uma manobra jurídica, estagnou o orçamento da saúde.”

A normatização da EC 29 aprovou as diretrizes de aplicação operacional, referendando uma porcentagem mínima de recursos vinculada ao orçamento federal, estadual e municipal como uma das mais importantes fontes de financiamento da saúde. Trazendo desta maneira uma maior autonomia aos Estados e municípios sobre a forma de executar o gasto e de definir modelos assistenciais próprios, favorecendo desta maneira, a consolidação do modelo descentralizado. Nesse sentido, segundo Faveret (2004, p. 376),



[...] o aumento de recursos para a saúde, através da vinculação orçamentária nas três esferas governamentais, não garantiu a redução das desigualdades. Tampouco a solução para problemas relacionados à equidade, em especial na saúde, que depende de uma complexa organização da rede e, também, de uma rede de complexas organizações, que envolve múltiplos atores e diferentes interesses.

Se a efetiva implementação da emenda não oferece muitas garantias ao funcionamento do sistema, seu descumprimento por parte dos governos agrava ainda mais o quadro. Atualmente, a aplicação da EC 29 não é plenamente observada. Em alguns estados, por exemplo, os governos estaduais vinculam apenas 5% do orçamento à saúde.

Em 2001, o Ministério da Saúde, através de seu ministro José Serra, editou a primeira Norma Operacional da Assistência a Saúde (NOAS-SUS 01/01), sendo revista e publicada em 2002, encontrando-se atualmente em vigor (NOAS-SUS 01/02). Essas normas deram continuidade ao processo de operacionalização do SUS, dentro da mesma lógica das NOB's e, e de acordo com o autor Teixeira (2002, p. 155),

[...] resultaram do prevailecimento de uma vertente "federalista", que privilegia o fortalecimento do papel das secretarias estaduais de saúde. No sentido de coordenar um processo de organização de sistemas microrregionais de saúde, agregando pequenos municípios em torno de municípios "pólos", os quais devem ter condições de assumir a Gestão Plena do sistema municipal.

O processo inaugurado com as NOAS pode ser considerado de re-centralização, visto que estimula o fortalecimento das Secretarias Estaduais de Saúde na coordenação de um processo regionalizador da assistência, que implica na organização de sistemas microrregionais de saúde, com os quais se busca superar a excessiva descentralização da gestão tida no momento anterior.

As NOB's e NOAS desempenharam significativo papel na redistribuição de poder e de funções, referentes à responsabilidade do Estado em relação ao direito à saúde. De modo geral, a descentralização que veremos a seguir, trouxe melhorias para o setor, que obteve avanços nas condições de saúde da população. Ao longo da década de 90, pode-se observar, segundo Lecovitz (2001, p. 283), o aumento da participação dos municípios no financiamento da saúde através incremento da sua capacidade gestora e o gradual aumento das transferências automáticas de recursos federais para estados e municípios, que resultou na expansão da oferta de serviços públicos de saúde em âmbito municipal. Além disso, o estabelecimento das Comissões Intergestores Tripartites (CITs) e Comissões Intergestores Bipartites (CIBs) abriu

espaço de articulação entre as esferas de governo, contribuindo para uma maior racionalidade no sistema. Na saúde básica, a criação e expansão das estratégias do Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS) e do Programa de Saúde da Família (PSF) estendeu a rede de cuidados básicos a uma grande parcela da população, que permanecia sem assistência. A implantação dos conselhos de saúde, estaduais e municipais, abriu a possibilidade de participação dos usuários no sistema, favorecendo o fortalecimento da democracia.

#### 2.2.6 Descentralização da Saúde

A reformulação e implantação do Sistema Único de Saúde (SUS) é a resultante de um expressivo movimento de reforma sanitária, inserido num movimento mais amplo de redemocratização do país que teve na VIII Conferência Nacional de Saúde (1986) um de seus momentos privilegiados na reorganização e estabelecimento das mais importantes diretrizes do sistema público de saúde no Brasil.

Segundo Andrade (2001, p. 26):

A VIII Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em março de 1986, em Brasília, promovida pelo Ministério da Saúde, contou com a participação de diversos setores organizados da sociedade. É considerada um marco histórico para as reformas que foram e estão sendo processadas no setor, nas duas últimas décadas.

Cabe ressaltar o trabalho político que foi desenvolvido na reformulação da Carta Magna na Assembléia Nacional, demonstrando um grande avanço político-institucional. Arouca citado por Andrade (2001, p. 26) ainda destaca que: “O *Relatório* gerado pela VIII Conferência Nacional de Saúde, foi referência para os constituintes dedicados à elaboração da Carta de 1988, bem como para os militantes do “movimento sanitário brasileiro”, neste sentido, a saúde passa a ser incluída como um importante mecanismo da seguridade social, destacando-se constitucional.

Marques (1992, p. 55) aborda que:

No plano das conquistas políticas gerais, a tarefa constituinte fertilizou o terreno de batalhas essenciais, com inequívocas vitórias alcançadas e incorporadas à Carta Magna de 1988, como a Seção referente à Saúde, no

Título VII, Da Ordem Social, cuja redação expressa as principais reivindicações reformistas, especialmente quanto à reorganização setorial, política e administrativa, com a definição do Sistema Único de Saúde.

A Lei Orgânica da Saúde, em seu artigo 16, explicita as competências para implementação de políticas públicas de saúde, descentralizando os serviços e as ações para as Unidades Federadas e Municípios, neste caso, a esfera estadual e respectivamente municipal.

Da mesma forma, o art. 17 da Lei nº 8.080/90 promove a descentralização de ações e serviços para os Municípios. Por conseguinte, o art. 18 da mesma Lei, trata de exprimir a forma de organização, planejamento e programação de como se dará a execução de ações e serviços do Sistema Único de Saúde.

Os municípios passam a ter um maior destaque com a descentralização da saúde, elencando-se as necessidades locais e buscando uma melhor efetividade na execução do direito à saúde a partir da realidade central, designando uma maior democratização na busca da qualidade de vida e da dignidade humana.

A idéia da municipalização/descentralização da saúde parece ter um significativo potencial, no sentido de que o Município pode atuar e assumir como base da Federação, dispondo de maior agilidade para provocar as transformações necessárias nas áreas das políticas públicas sociais, neste caso da saúde.

Cretella Júnior (1993, p. 434) preceitua que a descentralização não significa outra coisa senão “a transferência de atribuições em maior ou menor número dos órgãos centrais para os órgãos locais ou para pessoas físicas ou jurídicas. Centralização é a convergência de atribuições, em maior ou menor número, para órgãos centrais.”

Essa nova concepção do sistema de saúde, administrada e descentralizada de uma maneira democrática tendo a participação organizada da sociedade, prevê significativas mudanças nas relações de distribuição de responsabilidades entre a sociedade e o estado, bem como no poder político nos níveis de governo – nacional, estadual e municipal, cabendo assim aos gestores o papel fundamental na concretização das diretrizes e princípios da reforma sanitária brasileira.

Nesta perspectiva, foram instituídos em cada esfera de governo as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde, como instâncias colegiadas para a participação social na gestão do SUS, a Comissão Intergestores Tripartite na direção nacional do Sistema Único de Saúde e as Comissões Intergestores Bipartites na direção estadual, que fortaleceram os órgãos colegiados nacionais de representação política dos gestores das ações e serviços nos estados e

municípios – o Conselho Nacional de Secretários de Estado de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS)<sup>29</sup>.

O interesse local deve prevalecer na construção gradativa da descentralização, para que todos os pacientes sejam atendidos em seus municípios evitando assim grandes deslocamentos no intuito de realizarem tratamentos de saúde<sup>30</sup>.

Arretche (2002, p. 135) traz um levantamento interessante que merece destaque, acerca da descentralização das políticas de saúde:

A descentralização e a universalização da política federal de saúde e a conseqüente construção do SUS (Sistema Único de Saúde) passaram a ser normas constitucionais com a Constituição de 1988. [...] A municipalização da gestão dos serviços foi o elemento central da agenda de reformas do governo federal na área da saúde ao longo da década de 1990 e pode-se afirmar que, deste ponto de vista, a reforma foi um sucesso. Em 2000, 99% dos municípios estavam habilitados no Sistema Único de Saúde, aceitando assim as normas da política de descentralização do governo federal.

Conforme Nunes (1992, p. 152), a relação de mediação entre Estado e Sociedade após a Constituição Federal de 1988 é definida como um novo ciclo de municipalização, capaz de gerir de uma forma inovadora a gestão de recursos humanos resgatando o caráter público do Estado.

A descentralização, através da municipalização da saúde oportuniza muitas vantagens, tendo em vista que o interesse maior de aprimoramento é do núcleo que se encontram os descasos no acesso à saúde, respeitando as particularidades de cada região, minimizando as distâncias e deixando os cidadãos em maior ligação com o SUS.

Importante destacar que essa perspectiva formal da nova concepção do sistema nacional de saúde encontra graves dificuldades em sua implementação. Existem uma série de fatores que dificultam a correta implementação do sistema nacional de saúde. Desde os aspectos institucionais até os de ordem prática, derivado da escassez e mau aplicação dos recursos públicos, questões sócio-econômicas, políticas e sociais agravam ainda mais a correta aplicação e funcionamento do sistema, ocasionando desta maneira uma crise na saúde pública.

---

<sup>29</sup> Pode-se dizer, portanto, que os canais de participação dos gestores públicos e da sociedade nas definições das políticas e da ação governamental setorial foram ampliados.

<sup>30</sup> O artigo 30, VII da Constituição Federal de 1988 reza que ao município compete “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviço de atendimento à saúde da população.”

## 2.3 CRISE NA SAÚDE

A crise atual na saúde já é um dos graves problemas do país, revelando dessa maneira que o Estado está atendendo de forma ineficiente às necessidades básicas relacionadas aos direitos sociais, motivando um maior controle jurisdicional frente ao fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público para a manutenção da saúde – o direito à vida.

Ao saírem dos locais de atendimento de saúde sem retorno eficaz da política social, o caminho encontrado frente essas circunstâncias tem sido recorrer ao Poder Judiciário a guarida do bem da vida pretendido. Estas demandas requerendo ordens liminares de fornecimento de medicamentos, internações hospitalares, e exames, têm crescido de uma maneira muito significativa. O estudo demonstra o crescimento assustador de ações impetradas nas esferas de governo solicitando o cumprimento da obrigação do Poder Executivo no atendimento à saúde.

O Estado do Rio Grande do Sul possui a Lei nº 9.908/93 que determina o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as respectivas despesas.

Em notícia vinculada ao Jornal Zero Hora, relacionada à prestação jurisdicional, com título “Remédios caros são empurrados para o SUS”, aborda que o Estado tem sido sentenciado pelo Poder Judiciário a fornecer medicamentos aos pacientes que exigem o cumprimento de suas garantias constitucionais, a reportagem apresenta o seguinte exemplo:

O Iressa (*gefitinib*, pelo princípio ativo) ganhou páginas em revistas especializadas que o apresentavam como *smart bomb* (bomba inteligente) na luta contra o câncer. Conforme o laboratório, ele atacaria só as vulnerabilidades das células cancerígenas – diferentemente da quimioterapia tradicional. Com o uso nos EUA surgiram as primeiras dúvidas. Os testes clínicos que embasaram sua aprovação em regime de urgência pela *Food and Drug Administration* (FDA) norte-americano logo indicaram o baixo QI da droga inteligente: ela não crescia sobrevida aos pacientes, não estendia o tempo de progressão da doença, nem alterava o índice de resposta em relação às drogas anteriores. Tinha efeitos colaterais clássicos – como acne, náuseas, diarreia e perda de apetite – e acrescentava, em pequeno percentual, outros riscos: pneumonias e acredite, a morte. Uma pesquisa publicada no *Journal Of Clinical Oncology*, revista da sociedade norte-americana de oncologia Clínica, comparou-o a uma pílula ineficaz (placebo) e concluiu que o Iressa não era mais eficiente. A Agência Nacional de Vigilância

Sanitária (ANVISA) seguiu decisões européias e recusou o registro. Ocorre que, em dezembro, por indicação médica, uma paciente solicitou à Justiça gaúcha o tratamento com Iressa. Mesmo se referindo a uma droga sem registro e fora dos protocolos brasileiros a Justiça lhe foi favorável. O Estado só não pagou o tratamento em razão da morte da paciente. Em São Paulo, o governo é obrigado pelo STJ a importar o remédio. O custo: R\$ 23.000,00 por paciente, durante três meses (REMÉDIOS, 2005, p. 38-39).

Na mesma matéria, o eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Genaro Baroni Borges, define esta situação da saúde como uma preocupante “judicialização da saúde”, constando que no Rio Grande do Sul são mais de 4,7 mil ações judiciais exigindo medicamentos.

Sarlet (2004, p. 61-62), refere que, mesmo previsto na Constituição Federal, o direito à saúde é por muitas vezes violado:

Quando inseriram na Constituição Federal direitos como o da propriedade, o instituto do *habeas corpus*, o sigilo das comunicações e a privacidade de domicílio, ninguém questionou. A partir do momento em que passaram a ser previstos os direitos sociais, especialmente a educação, saúde, a assistência social e a previdência social, os quais dependem, para sua efetividade, de aporte de recursos materiais e humanos, passou-se a questionar até mesmo a própria condição de fundamentais destes direitos. Assim, a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, são assim designados) na nossa ordem constitucional. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. [...] Já no que diz respeito com a fundamentalidade material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana – parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.

O Supremo Tribunal Federal, já se manifestou em inúmeras ocasiões sobre o tema:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à

assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa institucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (BRASIL, 2000).

Em nosso objeto de pesquisa, encontramos nas decisões dos votos dos magistrados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referências de que o direito à vida, assegurado pela Constituição Federal de 1988, é qualificado como um direito subjetivo inalienável, cabendo aos julgadores a competência desta proteção. Tal decisão também é sustentada pelo STF.<sup>31</sup>

Quando se fala no tema da saúde, relaciona-se o assunto, ao conceito de dignidade humana. José Cretella Júnior (2000, p. 433) citando Zanobini, asseverou que:

[...] nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo, saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

De acordo com Fortes (2005, p. 301):

Como expressão do direito à vida, imbuído na noção de dignidade da pessoa humana, o direito à saúde situa-se, assim, como direito individual fundamental (artigo 5º da Constituição Federal), e sua satisfação encontra-se no cerne dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º, III, da Constituição Federal). De forma objetiva, consta já no elenco de direitos sociais trazidos pelo artigo 6º da Carta Constitucional.

Sem olvidar, a Constituição, de acordo com Konrad Hesse, citado por Andreas Krell (2000, p. 30) não configura apenas expressão de “um ser”, mas também de um “dever ser”;

---

<sup>31</sup> RE nº 194.674, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24.05.99.

“ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas, procurando imprimir ordem e conformação à realidade política e social.”

Conforme preceitua Comparatto (2003, p. 249), em longa e imprescindível lição, que:

Uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública. A generalidade dos autores continua a repetir, sem maior aprofundamento, que se trata de direitos a uma prestação estatal positiva, em contraste com o dever de abstenção dos Poderes Públicos, característicos das liberdades individuais. Mas, como o direito a uma prestação estatal positiva supõe uma relação direta do titular com o Estado, tropeça-se, inevitavelmente, com o obstáculo pragmático de que, salvo em raras hipóteses, [...] o ordenamento jurídico não cria pretensão e ação individual do particular contra os Poderes Públicos, para a realização destes direitos. É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza.

Para a necessária execução dos programas de efetivação dos direitos sociais, existe a necessidade de realizar-se um estudo minucioso da peça orçamentária, e das normas que a acompanham. É possível através do exame das peças orçamentárias proceder um controle jurisdicional das políticas públicas com chances de resultado efetivo, isso se deve ao fato de que, as políticas públicas se concretizam nas diferentes metas econômicas e sociais do Poder Executivo.

Afirma Comparato (2003, p. 255) que:

Toda política pública, com efeito, enquanto programa de ação governamental financiado com recursos públicos, deve concretizar-se nas três modalidades de orçamento previstas na Constituição Federal: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (art. 165). O primeiro deles, inclusive, representa a síntese do conjunto de políticas públicas a cargo de cada unidade da Federação.

Para Cappelletti (2003, p. 132): “Na ausência de um controle judicial, o poder político se expõe mais facilmente ao risco de perversão.” Para que isso não ocorra trataremos a seguir da abordagem sobre a judicialização.

O Estado em todos os seus aspectos tem o dever de promover a defesa da saúde, uma vez que a efetivação de seus serviços e ações são de extrema relevância pública.



É preciso realçar, no plano genérico, o controle jurisdicional das políticas públicas, fixando premissas necessárias à compreensão de tão importante tema ligado à efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, considerando que o principal objeto dos direitos fundamentais sociais são justamente as políticas públicas, pontos que analisaremos a seguir.

## CAPÍTULO III

### O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

#### 3 O CONTROLE JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

##### 3.1 ASPECTOS GERAIS

As limitações nos mecanismos tradicionais da implementação de políticas sociais, aliadas à rediscussão do verdadeiro papel de intervenção na sociedade pelo Estado, encontram na ineficácia da realização de suas políticas públicas, determinadas constitucionalmente, o chamado controle judicial.

Tema de debate atual na ciência política contemporânea, a questão do controle judicial apresenta várias interpretações, sendo necessário delimitar de uma maneira clara seu real significado no meio político, jurídico e social.

A análise sob o prisma político legislativo, a judicialização da política é definida como a utilização de mecanismos exclusivamente judiciais na análise e interferência das ações do Poder Executivo pelo Judiciário.

Dentro desta questão, preceituam Maciel e Koerner, (2002, p. 114):

Se na idéia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciados de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e feito da expansão do poder das Cortes. A judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la a critérios de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido numa não decisão. Daí que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais.

Conforme aborda Gastaldi (2006), sobre a questão do controle judicial,

[...] é polêmica na doutrina e jurisprudência a questão sobre a judicialidade das políticas públicas. Há, pelo menos, três correntes que discorrem acerca do controle judicial em torno das políticas públicas: I) as do que entendem que o Poder Judiciário possui competência para intervir em políticas públicas sempre que estiver em xeque a efetividade dos Direitos Fundamentais, com maior fundamento na aplicabilidade imediata de tais direitos – artigo 5, parágrafo 1, da Constituição Federal; II) a dos que não admitem a referida intervenção, uma vez que as políticas públicas seriam assunto pertinente ao Poder Legislativo e Executivo, cujos agentes estariam legitimados pelo voto popular a realizar o juízo sobre as necessidades e possibilidades de sua implementação, em respeito ao princípio da independência dos Poderes – artigo 2 da Constituição Federal; e III) as do que crêem ser possível a intervenção judicial para garantir a integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, em observância ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais a prestações e ao princípio da vedação ou proibição do retrocesso social, estando condicionada, contudo, a reserva do possível, isto é a capacidade econômico-financeira do Estado para a sua imediata implementação.

Na atuação do Poder Judiciário, encontra-se uma variedade de manifestações judiciais no tratamento questões exclusivamente políticas, tendo sua limitação restringida às atividades nas instituições legislativas. Assim, procedem aos juízes quando realizam o controle de constitucionalidade, seja ele de forma concentrada ou difusa<sup>32</sup>, de uma lei ou emenda constitucional.

O Judiciário ainda aparece como controlador e regulador dos atores políticos, quando em sua função, realiza no exercício do poder público uma fiscalização ética.

O próprio Poder Judiciário emerge para o campo das decisões e discussões de implementação das políticas públicas sociais, agindo dessa maneira como um grande personagem que detém o aval de consentir aos atores políticos o caminho mais correto na efetivação das políticas públicas.

Conforme aborda Arenhart (2006),

[...] em tudo isso se vê a mão do juiz a participar, de uma forma mais efetiva, da gestão da coisa pública, influenciando diretamente na adoção e realização de políticas públicas. Esta influência, com efeito, já é sentida na prática, sendo constantes ações civis públicas que visam à implementação de certos direitos constitucionais ou que objetivam impedir o Estado de realizar algo de seu interesse. A grande questão a ser enfrentada diz com limites a

---

<sup>32</sup> Observe-se que é uma peculiaridade do sistema brasileiro o controle de constitucionalidade concentrado, realizado por juízes de uma corte (Supremo Tribunal Federal) que tem por competência analisar todas as questões referentes a normas constitucionais e não apenas esse controle. Não se exclui, também, a atuação das demais cortes na análise da constitucionalidade das normas em cada caso.

estas possibilidades. Até que medida pode o juiz interferir em uma política pública, sobrepondo sua decisão (judicial) àquelas outras (políticas) ditadas por representantes do Executivo e do Legislativo. Qual o limite para que uma decisão fundada em critérios objetivos (legais), mais ou menos precisos, possa afastar as conveniências políticas daqueles que (ao menos em princípio) foram eleitos para decidir os rumos do Estado brasileiro?

A fim de controlar a correta execução de uma política pública, é característica do modelo de Estado Constitucional, a concepção ao Poder Judiciário a prerrogativa de anular os atos administrativos praticados pelos gestores, como também alterar por meio de uma atividade substitutiva o seu conteúdo, realizando medidas consideradas de cunho prático a partir dos direitos previstos constitucionalmente. Neste caso, ocorre que deixa de ser a intervenção judicial invalidatória, passando a assumir uma característica substitutiva, pelo que se fala em atividade administrativa do Poder Judiciário.

Conforme assinala Canotilho (2003, p. 451) que, sob pena de invasão na esfera do Poder Executivo pelo Judiciário,

[...] para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais reconduz à garantia do mínimo social que resulta do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais.

Conforme destaca Marília Lourido dos Santos (2002), o que representa o constrangimento da interferência de um poder em outro,

[...] deve ser o mínimo necessário para assegurar o ideal de justiça [...] conceder ao Judiciário o poder de decidir sobre esse ideal (esses Direitos Fundamentais) não significa que os juízes representem melhor os interesses dos cidadãos que os parlamentares ou o ou Chefe do Executivo, que, aliás, são eleitos. Pois, os juízes também podem ser tiranos e arbitrários tanto quanto os titulares dos cargos eletivos. Destarte, o controle jurisdicional das políticas públicas representa apenas mais uma instância de controle, o que significa mais controle, qualitativa e quantitativamente, pois é um reforço apenas.

Não pretende se esgotar todas as concepções da judicialização na política, merecendo destaque a visão de Boaventura Santos (2003, p. 65): “Há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política.” O autor acaba definindo dois níveis de ocorrência dentro da judicialização política, o Judiciário figurando como órgão fiscalizador dos agentes públicos e

seus atos, considerado de baixa intensidade e o de alta intensidade, em que “parte da classe política, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais do sistema político, transfere para os tribunais os seus conflitos internos.” (2003, p. 65).

### 3.2 REVISÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A revisão judicial das políticas públicas comporta também a análise do conteúdo discricionário<sup>33</sup> da ação política através de com seus aspectos de oportunidade e conveniência, realizando desta maneira um julgamento sobre a decisão administrativa na aplicação dos recursos públicos frente às diversas possibilidades de sua alocação.

Conceder ao Poder Judiciário uma função como esta, importa romper com o clássico paradigma da obra de Montesquieu<sup>34</sup>, sobre a separação dos poderes que visava resguardar o princípio da segurança jurídica, limitando dessa maneira a atuação judicial.

Interpretar de uma maneira estanque a teoria da separação de poderes, não é mais possível, tendo em vista que a evolução político-social alterou de maneira significativa as estruturas estatais, passando a confiar às instituições governamentais a construção de um Estado ativo e promotor de grandes mudanças sociais.

Esse fenômeno torna-se bem representado pelo Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), que objetiva o cumprimento de uma agenda igualitária, e que acaba representando o ponto máximo da absorção do conceito de Justiça pelo Direito. Passando a configurar um importante instrumento de consecução de justiça e controle social.

Abrangendo uma maior atuação como prestador de serviços, cabe ao Estado seguir um novo caminho em elaborar e efetivar as políticas públicas, qualificando seus órgãos com objetivo de dar maior celeridade e eficiência às suas ações sociais e políticas.

---

<sup>33</sup> A Administração Pública, no exercício de suas funções, vale-se de sua chamada competência discricionária quando a adoção de uma ou outra solução é feita pela sua maior liberdade de ação segundo critérios de oportunidade e conveniência. Assim, o direito confere ao órgão político a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei.

<sup>34</sup> Para Montesquieu, em *O Espírito das Leis*, o Poder Judiciário não passava de um mero executor de leis. Os juízes seriam apenas "a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor." O "poder de julgar" teria somente a função de punir os criminosos e resolver a querela entre os particulares.

Diante da necessidade em publicar os atos, ainda mais técnicos e complexos, ocorreu uma grande produção normativa. Através desse processo as normas técnicas que rabordam sobre os aspectos sociais e econômicos foram gradativamente sobrepondo-se às normas jurídicas que perderam seu clássico caráter de abstração conceitual e generalismo. Tem-se, nesse momento a chamada jurisdicização das relações sociais.

Nesse sentido, o Estado de Bem-Estar interpreta em norma jurídica suas decisões políticas e, devido a esse caráter eminentemente o Poder Judiciário começa a decidir sobre matérias com as quais não teria contato se observado restritamente à concepção tradicional de separação dos poderes. A jurisdicização leva o Poder Judiciário a uma atuação interpretativa do texto legal, legislando implicitamente ao aplicá-lo<sup>35</sup>.

Considerando a Constituição Federal de 1988, como paradigma de direitos, contra os quais qualquer atuação do Estado é ilegítima, provocou o Poder Judiciário, dentro do chamado Estado Providência, a operar seguindo os direitos e garantias inseridas nela.

Nessa linha figuram as características do dirigismo constitucional e a vasta gama de direitos de natureza social que objetivam e instrumentalizam nosso sistema político. Dessa maneira, as decisões judiciais sobre matéria administrativa necessitariam de uma análise constitucional dos fatos, afim de, estarem as atitudes estatais em sintonia com os objetivos traçados pela Constituição.

Tornando-se as normas constitucionais cada vez mais específicas em delimitarem a atuação socioeconômica dos atores políticos, foi conferido ao Poder Judiciário competência para julgar as ações dos gestores públicos, segundo os parâmetros constitucionais de eficiência e justiça social. Com estas novas funções de legislador atípico, o Judiciário, apresenta a deficiência política do sistema social do Estado como prestador de serviços públicos essenciais.

As demandas sociais possuem um tempo real muito diferente do tempo político-legislativo, exigindo dos gestores decisões políticas rápidas e eficientes na aplicação e elaboração de políticas públicas. Desse modo, o ato de recorrer ao Poder Judiciário para

---

<sup>35</sup> Cappelletti (1993, p. 49) aponta dois comportamentos do Estado e de seu aparato (o que inclui o Judiciário) frente ao desafio imposto pelo aumento de encargos da intervenção legislativa: a) A criação de organismos "quase judiciários" (agências, conselhos, tribunais administrativos, etc) que exerceriam tarefas não executadas pela magistratura: "o controle dos "poderes políticos" e, com isso, a proteção dos cidadãos e da sociedade em geral, contra os abusos daqueles"; e b) Exercício pelo judiciário de uma postura ativa e criativa.

efetivação de garantias constitucionais, requerendo mecanismos como a tutela antecipada<sup>36</sup>, passa a ser o melhor caminho no sentido de obter a prestação jurisdicional do Estado.

José Eduardo Faria (2001, p. 3) antecipa a incapacidade de um sistema político jurisdicionado dar vazão a todas as demandas a ele apresentadas:

[...] O que tem estimulado e fundamentado a proliferação dessas estratégias é, entre outros fatores, uma espécie de cálculo de custo/benefício por parte dos legisladores contemporâneos. Com mecanismos normativos excessivamente simples para lidar com questões extremamente complexas e sem condições de ampliar a complexidade de seu ordenamento normativo e de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade dos problemas socioeconômicos, os legisladores, pensando pragmaticamente, não têm hesitado em optar pela desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização. Afinal, se quanto mais tentam disciplinar e intervir menos conseguem ser eficazes e obter resultados satisfatórios, o que ficou evidenciado desde a crise 'fiscal' e pela crise de 'ingovernabilidade sistêmica' do *Welfare State*, nos anos 80, não lhe resta outra alternativa para preservar sua autoridade funcional: quanto menos disciplinar e intervir, menor será o risco de serem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório.

O papel do Estado<sup>37</sup> vem sofrendo significativas modificações como prestador de serviços em favor de uma atuação mais regulatória. Aspectos particulares de transição do modelo de Bem-Estar para o que se convencionou denominar de Estado regulador são temas que não serão tratados aqui.

Os direitos sociais no Brasil, que são decorrentes da incorporação da justiça no Direito e do modelo de Estado de bem-estar, permanecem figurando como fundamentos constitucionais, da atuação estatal.

---

<sup>36</sup> A noção de tutela antecipada refere-se à necessidade de simplificar e acelerar os atos e o procedimento jurisdicionais quando a demora da decisão causar prejuízos. Consiste na antecipação dos efeitos da decisão, antes do seu julgamento final, com base na razoável probabilidade do direito e na necessidade de tutela urgente pelo demandante.

<sup>37</sup> Rocha (2005, p. 15) destaca que “[...] cada Estado tem sua capacidade dada por uma série de requisitos próprios. Esses requisitos são historicamente condicionados: os instrumentos de políticas estatais não são criações deliberadas de curto prazo, mas sim depende da história de cada nação. O poder político dos grupos de interesse e das classes depende, em grande medida, das estruturas e capacidades do Estado. E só o exame de cada caso em específico pode definir o grau de insulamento” que cada Estado possui.”

### 3.3 OMISSÕES NO ORÇAMENTO PÚBLICO E A QUESTÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>38</sup> teve como missão adicionar um novo modelo de controle na Administração Pública - o controle gerencial-, baseado no princípio constitucional da eficiência na análise dos resultados e descentralização do poder, sempre por meio da participação de todos os cidadãos.

Além disso, conforme destaca o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado da Presidência da República (1995), buscava-se que a Administração Pública apresentasse novas e flexíveis formas de gestão, por meio da horizontalização das estruturas, da descentralização das funções e por intermédio do incentivo à criatividade.

Segundo este modelo, a Administração Pública gerencial passaria a exercer seu controle interno pela definição dos objetivos e de metas de resultados em todos os setores da administração, exigindo a confiança no administrador público e nos agentes públicos de que o resultado – metas e objetivos – fosse atingido conforme o planejado.

Conforme destaca Broliani (2005, p. 121),

Com efeito, as metas são escolhas políticas e como tais são discricionárias, de regra, porque eleitas pelo administrador ao elaborar as leis orçamentárias. Contudo, existem algumas regras que estão dispostas pela Constituição como é o caso da educação e saúde, onde há percentuais definidos de investimentos estaduais e municipais. Mesmo nessas metas de investimentos em educação e saúde, o administrador tem relativa liberdade para escolher ações, obras e despesas que vai realizar para atingir esses fins.

O planejamento visando a resultados induz o aparelho administrativo a necessariamente fixar e perseguir objetivos. Em assim sendo, são os resultados que determinam e regulam os meios a serem realizados pela atividade administrativa.

Broliani (2005, p. 123) aborda ainda que,

Destarte, o controle, via de regra, concentra-se nas metas planejadas. Em assim sendo, são raras as vezes em que existem questionamentos no que se refere às omissões no planejamento, os quais são intentadas pelo Parquet, através do controle externo social, por meio de ação civil pública. No que se refere à resposta do Judiciário, tem-se que nem sempre aceita tais

---

<sup>38</sup> Lei Complementar 101/2000.



questionamentos, e quando o faz, raramente lhes confere efetividade no sentido de determinar ações concretas do Administrador omissos.

Surgem, sobre isso, alguns questionamentos que formam os objetivos desta pesquisa: se seria possível a alteração ou determinação de políticas públicas pelo Poder Judiciário que estejam contidas ou não no orçamento, ou seja, se haveria legitimidade na determinação de imposições de despesa que não foram previstas em leis orçamentárias?

Essa assertiva não é, desde logo, passível de resposta, uma vez que se parte do pressuposto de que os magistrados, em que pese não poderem definir políticas públicas, prerrogativa esta típica dos Poderes Executivos e Legislativos, quando chamados a decidir, serão incumbidos de opinar quanto à sua realização, baseando-se na eficácia de normas e princípios constitucionais, com vistas ao atendimento das necessidades sociais.

Nesta linha, Krell (2002, p. 102) destaca que,

O fato que os direitos sociais geralmente não são fruíveis ou exequíveis individualmente não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos judicialmente como se exigem os demais direitos subjetivos. Uma solução para o problema da dedicação insuficiente de verbas públicas para a realização dos serviços sociais seria a contestação e o controle das leis orçamentárias do respectivo ente federativo, por ação direta de inconstitucionalidade (através do Ministério Público, artigo 102, I CF) toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais.

Ademais Krell (2002, p. 99-101) adverte que

[...] o orçamento, enquanto instrumento de realização dos serviços sociais não só pode como deve ser alterado quando não entendidos os ditames constitucionais. [...] onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude mais ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação desses serviços básicos.

Importante destacar a visão de Leal (2005, p. 125)

[...] não significa o abandono ou a renúncia das competências institucionais próprias ou específicas dos entes federados, mas pelo contrário, o resguardo de suas autonomias e independências político-administrativas, ratificando o postulado fundacional que anima a idéia de República, a saber, a garantia de se criar um mecanismo de check na balance entre os Poderes estatais.

Esclarecendo que não se trata de substituir a política do governante pela do juiz, mas apenas efetuar a eliminação das hipóteses comprovadamente ineficientes. Sendo ineficiente, pode ser reputada como inválida, devendo ser substituída por outro meio para que possa atingir o fim ou meta prevista.

### 3.4 CONTROLE JURISDICIONAL E A PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao estudar a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e a função que o Estado deveria desenvolver nesta situação, Claus-Wilhen Canaris (2003, p. 58) explicitou que uma das funções dos Direitos Fundamentais é a de, exatamente, produzir o direito de seu titular ser protegido pelo Estado contra a violação por parte de terceiros. Essa concepção é chamada pelo autor alemão como “imperativo de tutela” e, a ela, foi agregada a noção de “proibição da proteção insuficiente”, isso é, de acordo com Canaris (2003), a Constituição não poderia permitir que se descesse abaixo de um certo nível de proteção estatal. Este patamar, apesar de não absoluto, porém, é aferível em cada caso concreto.

Este conceito foi esboçado com vistas a uma dimensão prestacional dos Direitos Fundamentais, referente ao nível de dever de proteção do Estado a esses direitos. Através deste motivo ele pode ser transposto para a função promocional dos Direitos Fundamentais veiculados por meio de políticas públicas. Nesse sentido, assim como não é dado aparato estatal para proteger de forma insuficiente determinado direito, também não pode realizar a prestação material prevista em uma norma de direito fundamental. De modo a não suprir a pretensão jurídica que ele gera a seus titulares ou destinatários.

Segundo Canaris (2003, p. 65), o dever constitucional de ação, nesse passo, acaba por ser uma das condições para que se possa falar em proibição de insuficiência. Assim como se exige que o Estado atue também se exige que a ação seja suficiente para o exercício integral do direito do titular.

Não há margem, nem argumento jurídico suficiente para se afastar a existência do dever estatal correspondente a proibição da insuficiência relativamente aos Direitos

Fundamentais sociais, mesmo porque a prestação desses direitos foi colocada pelo constituinte brasileiro como um “direito de todos e dever do Estado”.

A vinculação dos poderes públicos aos Direitos Fundamentais é inquestionável. Nesse sentido, manifesta-se Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 415), segundo o qual,

[...] para a verificação da proibição da insuficiência de realização dos Direitos Fundamentais sociais por meio das políticas públicas que se voltam a realizá-los, é fundamental a utilização dos princípios/postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Utilizando-se dos mecanismos de proporcionalidade e da razoabilidade pode-se verificar se uma prestação do Estado, realizada através meio de uma política pública, é insuficiente, devendo ser reprimida, pois corresponde a uma violação à norma constitucional.

Isso porque os Direitos Fundamentais submetidos a uma eficácia progressiva, exigem o cumprimento total de sua proteção, devendo seu amparo ser objeto de questionamento pelo Poder Judiciário.

### 3.5 ALGUNS PRECEDENTES DO CONTROLE JURISDICIONAL E SEUS MEANDROS

No cotidiano recente dos julgados forense, percebe-se a existência das decisões que acolhem a possibilidade do controle jurisdicional nas políticas públicas, delineando desta maneira os contornos da atividade judicial neste campo.

Aos poucos os Tribunais Superiores, no mesmo sentido que já vêm sendo decidido pelos juízes em concepções mais abertas com teses inovadoras, aprimoram os entendimentos à concretização dos direitos fundamentais, superando questões históricas onde o Poder Judiciário, apegado ao princípio da separação dos poderes, não examinava ações que envolvessem questões referentes às políticas públicas e orçamento.

Interessante ressaltar um breve estudo de caso de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, onde em um pronunciamento monocrático, o Ministro Celso de Mello procedeu da seguinte maneira:

Ementa: Argüição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando

configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração) (BRASIL, 2004).

As ponderações apresentadas pelo Ministro Celso de Mello nesta decisão, são extremamente alinhadas com a efetividade da Constituição<sup>39</sup>, ainda não é uma posição solidamente defendida no Supremo Tribunal Federal, sendo necessário levar em consideração a valoração dos argumentos apresentados, que contribuem na construção de importante teoria sobre a questão do controle jurisdicional de políticas públicas.

Na ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), o objetivo foi o veto do Presidente da República sobre o §2º do artigo 55 (posteriormente renumerado para artigo 59) da proposta legislativa que se consolidou na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias). O veto teria descumprido a Emenda Constitucional nº 29/2000, que garantia recursos financeiros a serem aplicados nos serviços públicos de saúde.

Desse modo, coube ao Supremo Tribunal Federal evitar lesão a preceito fundamental, protagonizada por ato do poder público em relação ao veto parcial à Lei de Diretrizes Orçamentárias. Exemplo de caso que provoca o Supremo Tribunal Federal promover através de atuação *a priori* o controle jurisdicional de políticas públicas, afim de, proteger uma afronta a preceitos fundamentais.

Na referida decisão o Ministro Celso de Mello enfrentou o assunto com lucidez, estabelecendo importantes premissas sobre o controle jurisdicional de políticas públicas. Reconheceu a excepcionalidade do controle, em virtude do afeto às funções institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo pela atividade promocional do Estado. Acrescentando, que:

[...] tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de

---

<sup>39</sup> Cabe observar, no julgado, bem lançadas teses acerca da: legitimidade do Poder Judiciário para o controle excepcional de políticas públicas; dimensão política da jurisdição constitucional; necessidade de preservar o “mínimo existencial” e de observar a “cláusula da reserva do possível”; da viabilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) como meio de concretizar direitos prestacionais.

direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (BRASIL, 2004).

Através desta decisão abriram-se as portas para uma nova perspectiva da atuação política do Poder Judiciário, dando ao controle jurisdicional de políticas públicas uma maior legitimidade, defendendo claramente ser necessária a análise da razoabilidade individual ou social da pretensão postulada, observando a disponibilidade financeira do Estado para a realização das prestações reclamadas.

### 3.6 POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL

No âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais são encontrados bem mais julgados que admitem o controle jurisdicional de políticas públicas, superando também, a superação da escassez de recursos.

Como se denota através de pesquisa realizada, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, são muito freqüentes as construções jurisprudenciais referentes ao controle jurisdicional de políticas públicas em matéria de saúde. Há muitos julgados no Estado do Rio Grande do Sul que determinam o direito ao fornecimento de medicamentos em observância ao direito à vida e à saúde, direitos estes que trataremos adiante sobre as concepções das decisões dos magistrados.

Pleitos desta ordem já chegaram até o Supremo Tribunal Federal que já havia se pronunciado, no sentido da obrigação do Estado em fornecer medicamentos às pessoas hipossuficientes. Cite-se, que entre os julgados que reconheceram a obrigatoriedade do Estado no fornecimento de medicamentos foram reconhecidas a aplicabilidade imediata do direito à saúde, decorrente do artigo 196 da Constituição federal de 1988, permitindo-se o controle judicial do direito fundamental social.

Interessa-nos investigar o tema sobre as concepções nas decisões, no tocante ao direito à saúde, bem como qual é o posicionamento dos magistrados na análise dos julgados sobre a efetivação de políticas públicas em matéria de saúde e orçamentária.

### 3.7 NOTA METODOLÓGICA DA PESQUISA<sup>40</sup>

Os dados apresentados a seguir exibem alguns dos resultados da pesquisa realizada, na qual a análise empírica abrangeu o estudo dos acórdãos<sup>41</sup> das decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, frente às ações originárias de autores de diversos municípios do Estado. A escolha baseou-se na competência recursal desse Tribunal que julga ações propostas contra o Poder Público estadual e municipal. A finalidade foi de recolher as decisões colegiadas reviam ou confirmavam decisões para a concessão de medicamentos e exames em primeira instância<sup>42</sup>.

Os acórdãos foram analisados qualitativamente, procurando através disso, identificar os argumentos e justificativas trazidas pelos julgadores na concessão ou não dos medicamentos, já no tipo de decisão predominante dentro do período analisado, a análise foi quantitativa. Foi desenvolvido um modelo de análise, tendo os seguintes itens investigativos:

- (i) Identificação da classe processual e número do acórdão<sup>43</sup>;
- (ii) Identificação das partes;
- (iii) Pedido postulado na ação ordinária;
- (iv) Argumentos e justificativas utilizadas pelo julgador.

Através da concepção do item i, procuramos identificar cada acórdão individualmente e, com o item ii, definir contra que ente do Poder Público a ação foi proposta

---

<sup>40</sup> Estes dados são o resultado da pesquisa realizada no Programa Integrado de Pós-Graduação e Graduação – PIPG, - da UNIVALI de Itajaí/SC, aprovado na categoria Mestrado em Gestão de Políticas Públicas em 2007, que contou com a orientação da Professora Dr<sup>a</sup> Cláudia Rosane Roesler juntamente com o auxílio da bolsista e acadêmica do curso de Direito Karina Dionísio. Com objetivo de coletar e analisar os dados empíricos sobre as concepções do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nas decisões das ações e recursos judiciais que versam sobre o direito a receber gratuitamente medicamentos, no período de janeiro a dezembro de 2006.

<sup>41</sup> Por meio do recorte temporal da pesquisa, o material analisado foi resultado da localização dos acórdãos do ano de 2006, totalizando 100 decisões. Através da leitura cuidadosa de cada acórdão, a amostra de nossa pesquisa foi reduzida a 30 decisões colegiadas que estavam compreendidas em nosso objeto de estudo. Os acórdãos restantes, foram excluídos por tratarem de controle jurisdicional de área distinta à saúde, tendo sido selecionadas pelo sistema do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela busca institucional. Para a seleção das decisões judiciais relevantes, utilizamos as seguintes combinações de palavras-chave: (i) "controle jurisdicional"; (ii) "direito à saúde"; (iii) "medicamento". Todas as anteriores foram realizadas com e sem a palavra "fornecimento de medicamento."

<sup>42</sup> Por este motivo, a maior parte das decisões encontradas são agravos de instrumento (recurso contra uma decisão tomada por juiz de primeira instância durante o processo, sem colocar fim ao mesmo).

<sup>43</sup> O número do acórdão foi incluído na pesquisa pela necessidade de identificação das decisões.

(Estado do Rio Grande do Sul, Município<sup>44</sup> ou outros) e seu pólo ativo, se coletivo (Ministério Público, Defensoria Pública ou associações representativas de interesse) ou individual. No item iii, analisou-se qual o pedido postulado pelo autor na ação ordinária e que fora submetida ao Tribunal para sua revisão. No item iv, operacionalizou-se análise dos argumentos e justificativas utilizadas pelo julgador.

A identificação da classe processual e o número do acórdão foi utilizado no critério (i). O critério (ii), identificação das partes, demonstrou por quem foram proposta as ações - se contra os Municípios / Estado do Rio Grande do Sul ou outros. Posteriormente foi analisado o pedido formulado na ação ordinária (iii) e qual o principal fundamento (iv) utilizado nas decisões pesquisadas.

### 3.8 ANÁLISE DO MATERIAL EMPÍRICO

O material analisado compreende os acórdãos que foram selecionados conforme a pesquisa (gráfico 1 a seguir), esta análise foi realizada com base nos critérios estabelecidos e descrito na nota metodológica (acima).

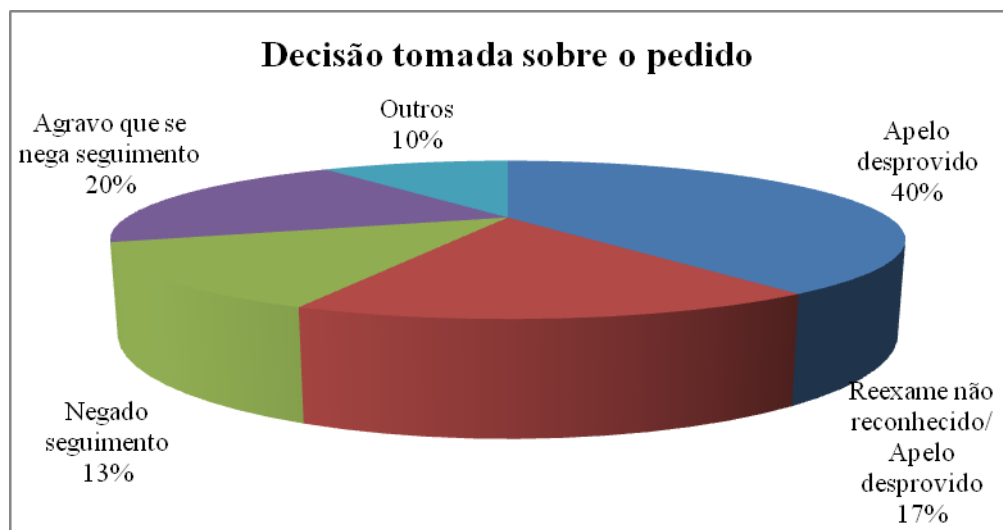
---

<sup>44</sup> Como são considerados indisponíveis os interesses públicos, administrados pelos Estados e Municípios, a lei exige que todas as decisões judiciais proferidas contra o poder público sejam novamente apreciadas, através de recurso, pela instância superior: é o "reexame necessário". Além de disposição legal, os representantes do Estado e do Município (procuradores) têm por função defender os entes públicos, de modo que são compelidos a recorrer de decisões desvantajosas ao poder público. Importante destacar que a análise de "Concedido", "Não Concedido", refere-se ao resultado do julgamento das peças processuais no Tribunal de Justiça, referendando o critério de "Concedido" às decisões que exigem o fornecimento de medicamentos/exames e internações postulados pelos autores nas iniciais, e "Não Concedido" para as decisões que negam o fornecimento de medicamentos.



**GRÁFICO 1: ACÓRDÃOS ANALISADOS**  
 FONTE: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Em relação ao critério (i), identificação da classe processual e número dos acórdãos<sup>45</sup>, observamos que a maioria dos acórdãos era definida dentro da classe processual dos agravos de instrumento, todos interpostos contra as decisões de primeira instância que concederam a tutela antecipada<sup>46</sup>.



**GRÁFICO 2: DECISÃO TOMADA SOBRE O PEDIDO**  
 FONTE: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

<sup>45</sup> O número do acórdão foi incluído no questionário pela necessidade de identificação das decisões.

<sup>46</sup> Foram encontradas também, em número bastante reduzido, outras classes processuais como o mandado de segurança, a apelação e os embargos infringentes.



Na identificação das partes, no critério (ii), a pesquisa demonstrou que a maioria das ações foi proposta contra os Municípios (60%) do Estado do Rio Grande do Sul e que o pólo ativo era em sua maioria dos casos de particulares (63%).



GRÁFICO 3: CONTRA QUEM FOI A AÇÃO  
FONTE: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

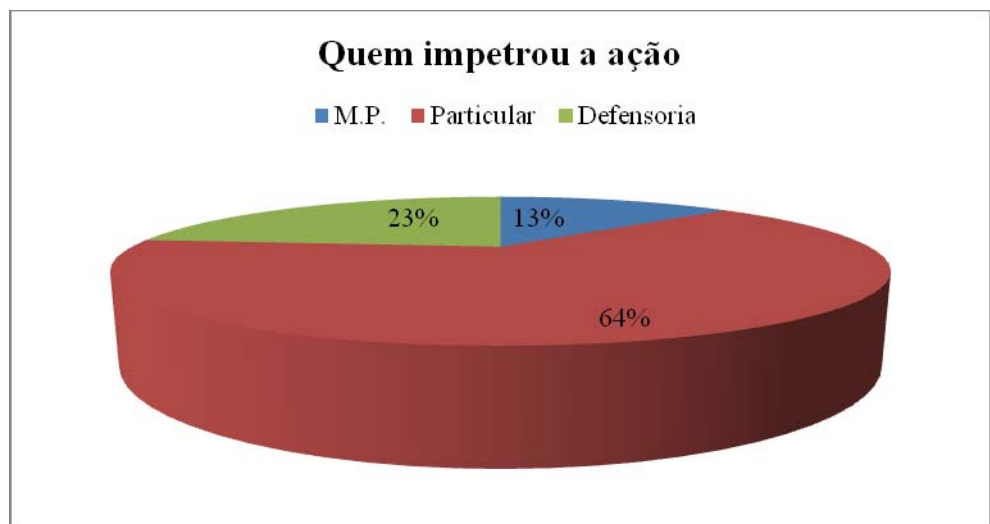


GRÁFICO 4: QUEM IMPETROU A AÇÃO  
FONTE: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

No pedido formulado pelos autores na ação ordinária (iii) , em sua grande maioria (83%) se referiu à concessão de medicamentos<sup>47</sup>, e à necessidade da realização de exames, internações hospitalares (7%) e alimentos especiais (7%).

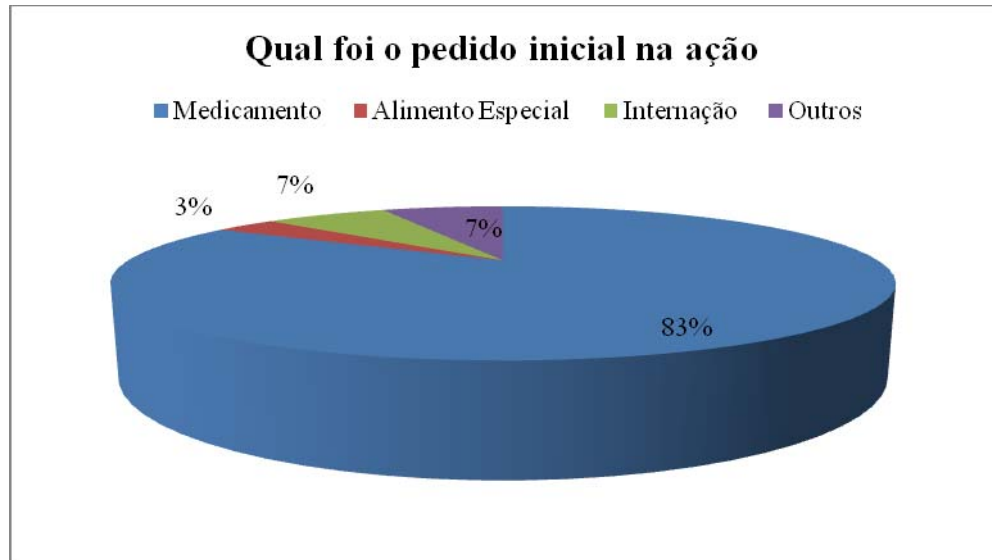


GRÁFICO 5: TIPO DE PEDIDO INICIAL NA AÇÃO  
 FONTE: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Quanto às justificativas e argumentos que foram utilizados nas decisões dos magistrados, ressaltamos que nos acórdãos favoráveis sobre a concessão de medicamentos, o mecanismo da antecipação de tutela<sup>48</sup> auxiliavam na pela valoração da defesa da vida e dignidade da pessoa humana.

Pudemos observar que o direito à vida e à saúde segue a linha básica de todas as justificativas dos votos dos desembargadores, ressaltando a necessidade do Estado no cumprimento de suas obrigações constitucionais<sup>49</sup>,

<sup>47</sup> Entre os pedidos de fornecimento de medicamentos em alguns casos o mesmo não encontra-se na lista do Ministério da Saúde.

<sup>48</sup> Na antecipação de tutela e seu fundamento verificamos que em todos os casos ela foi concedida, sendo eventualmente cassada pelo Tribunal, nos casos de acórdãos denegatórios (não concessão). O principal fundamento utilizado nessas decisões foi a possibilidade do paciente vir a falecer (fundado receio de dano irreparável) e a comprovação, por prescrição médica, do estado do paciente e da necessidade do remédio (verossimilhança da alegação), o que, segundo os julgadores, corresponderia à negação do direito à vida garantido pela Constituição Federal. Interessante ressaltarmos que o principal argumento utilizado pelos entes do Estado para a não concessão da tutela antecipada foi a irreversibilidade da decisão, pois uma vez alocados os recursos não haveria a possibilidade de devolução desses aos cofres públicos, considerando que o medicamento consumido não pode ser devolvido, o custo dele dificilmente será ressarcido e, por fim, a impossibilidade de interrupção do fornecimento diante do risco à saúde do paciente.

<sup>49</sup> Encontra-se em sua totalidade a seguinte fundamentação nas decisões proferidas pelos Desembargadores no Tribunal de Justiça.

Quanto ao mérito, tem-se que a Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, lato sensu (art. 196). Tal direito é corolário da inviolabilidade do direito à vida (CF, art. 5º).

A Carta Política prevê também no art. 6º o direito à saúde. Assim, tais direitos, que são "direitos e garantias fundamentais", pois estão expostos no Título II da Carta Magna que trata exatamente desse tema, e, por isso, esses direitos, à saúde e à vida, segundo disposição expressa da própria Constituição, estabelecida no § 1º do art. 5º, são de aplicação imediata e eficácia plena, não dependendo, a sua fruição, de lei ou outra norma subalterna, editada por quem quer que seja, para serem aplicados e obedecidos por todos.[...]

Importante destacar que na avaliação dos magistrados, existe uma necessidade urgente na revisão gerencial para implementação e execução de políticas públicas de saúde, essenciais na manutenção do direito à vida, reconhecendo que a falta destes mecanismos torna-se uma justificativa favorável aos autores e Judiciário para obrigar o Poder Executivo a fornecer os medicamentos.

### 3.9 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Na análise das concepções utilizadas pelos magistrados em suas decisões sobre o fornecimento de medicamentos, podemos destacar que em 97% dos casos, os fundamentos utilizados pelo relator, bem como, dos votos que acompanharam a decisão, encontramos a questão da valorização e proteção do direito fundamental à saúde e à vida, conforme observados na ementa do acórdão<sup>50</sup> a seguir.

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA. HONORÁRIOS. CONFUSÃO. Não se conhece do reexame necessário, tendo em vista o que dispõe o art. 475, § 3º, do CPC, tratando-se de matéria já pacificada no E. STF. O direito à saúde é corolário do direito à vida. Direito individual fundamental, de aplicação plena e imediata (CF/88, arts. 5º, e § 1º, 6º e 196). O não-atendimento desse direito não configura apenas uma ilegalidade, mas, o que é mais grave, constitui-se em violação da própria Constituição Federal. O provimento judicial que atende tal direito não ofende o princípio da independência e harmonia dos Poderes. Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do

---

<sup>50</sup> Acórdão – Reexame necessário – processo nº 70016879280.

controle judicial (CF/88, art. 5º, XXXV). O Poder Público não está acima do controle jurisdicional. Restringindo o feito a uma ação sob o rito ordinário em que a autora postula o fornecimento de medicação, tem-se que a juntada aos autos de laudos médicos que atestam a doença e o medicamento necessário para a sua cura é suficiente para comprovar os fatos constitutivos do direito (art. 333, inciso I, do CPC). [...]

O gráfico a seguir demonstra quais os fundamentos e justificativas que mais foram utilizados nas decisões dos relatores e votos dos magistrados.

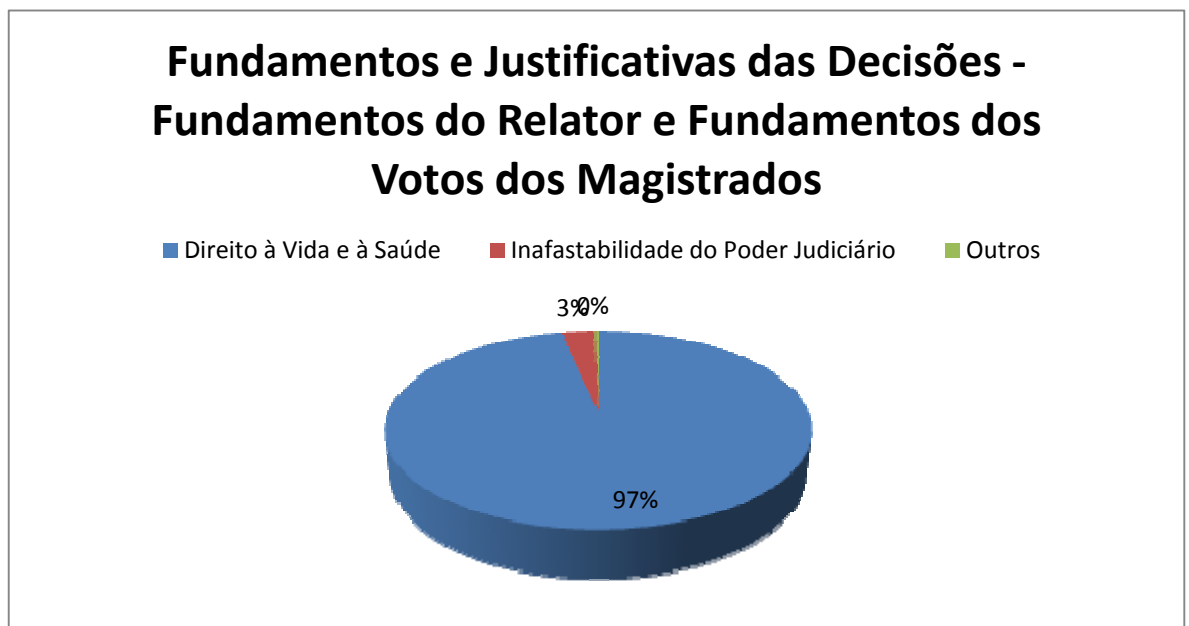


GRÁFICO 6: FUNDAMENTOS E JUSTIFICATIVAS DAS DECISÕES  
FONTE: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Os princípios constitucionais merecem uma análise especial no momento em que surgem como ponto principal na interpretação das normas constitucionais, neste aspecto torna-se importante desenvolver uma análise dos conceitos de "vida", "saúde" e "dignidade da pessoa humana", peças fundamentais para que apurar os limites da responsabilização e atuação do Poder Público na concretização das políticas públicas.

Importante destacar a importância do conceito da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos sociais de nosso Estado Democrático de Direito, tal preceito aparece em circunstâncias parecidas nas Constituições advindas do pós-Guerra Mundial como resposta às atrocidades praticadas por governantes contra as minorias. Nesse sentido aborda Konrad Hesse (1998, p. 110) que, em comentários à Constituição alemã, assim se manifestou:

O artigo de entrada da Lei Fundamental normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira da sua realização, indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal, de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação à qual falta significado jurídico, cabe a este princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de inumanidade e sob o signo da ameaça atual e latente à 'dignidade do homem', está no respeito e na proteção da humanidade.

Nesse particular, oportuna a transcrição dos ensinamentos do eminente constitucionalista português Jorge Miranda (1988, p. 166-167), para quem o princípio da dignidade da pessoa humana é acolhido por todo sistema dos direitos fundamentais<sup>51</sup>:

Quanto fica dito demonstra que a Constituição, a despeito de seu carácter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1º, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Surgindo a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais, quis nossa Constituição ao prescrever o direito à vida como um direito fundamental, valorar e garantir muito mais do que a norma estritamente escrita, pois pouca importância terá a vida se não vier preservada de maneira digna.

No Brasil, o reflexo do direito a uma existência digna, é atribuída pela obrigação do Estado na implementação integrada de ações destinada a assegurar a prestação dos direitos sociais. Nesse fator, estão incluídas ações realizadas através de políticas públicas sociais e econômicas, objetivando a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo, dessa maneira, o acesso universal igualitário aos serviços de promoção, recuperação e proteção da saúde.

Deste modo, por força dos elementos aqui desenvolvidos, não poderia ser outra a conclusão da impossibilidade de se afastar os vetores do direito à vida e à saúde da dignidade da pessoa humana. Oportuna a posição adotada por nossa Corte Suprema ao reconhecer que,

[...] o direito à saúde [...] representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera

---

<sup>51</sup> Ainda sob esse aspecto, oportuna a reprodução do pensamento do ilustre constitucionalista Paulo Bonavides (2001, p. 233), para quem "nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana."

institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (BRASIL, 2001).

Nessa linha segue o posicionamento utilizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>52</sup> em suas concepções,

[...] quanto ao mérito, tem-se que a Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, *lato sensu* (art. 196). Tal direito é corolário da inviolabilidade do direito à vida (CF, art. 5º).

A Carta Política prevê também no art. 6º o direito à saúde. Assim, tais direitos, que são "direitos e garantias fundamentais", pois estão expostos no Título II da Carta Magna que trata exatamente desse tema, e, por isso, esses direitos, à saúde e à vida, segundo disposição expressa da própria Constituição, estabelecida no § 1º do art. 5º, são de aplicação imediata e eficácia plena, não dependendo, a sua fruição, de lei ou outra norma subalterna, editada por quem quer que seja, para serem aplicados e obedecidos por todos.

No caso, sequer se trata de valores meramente econômicos, mas, fundamentalmente, está-se diante da própria saúde e da vida de um ser humano. Essa a relevância da questão, que supera toda e qualquer outra alegação que possa ser feita. O mínimo que o Poder Público deve e pode fazer é impedir, sendo isso possível, que seus cidadãos venham a morrer ou perder a saúde.[...]

Sob pena de responsabilização de seus atos (omissão ou abuso), o Poder Público deve assegurar com eficiência a prestação dos serviços públicos que garantam condições dignas de vida, isso ocorre em razão da previsão dada ao direito à vida como cláusula pétreia, bem como, sua estreita posicionamento com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Necessário registrar que a questão relativa à saúde consta na Constituição Federal de 1988, no Título VII, Capítulo II, relativo à Seguridade Social, em seu artigo 194, que a seguir se reproduz:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

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

I – universalidade da cobertura e do atendimento;.

---

<sup>52</sup> Apelação cível – processo nº 70016476301/2006. Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Em 11.10. 2006.

Esse fator é de grande importância na medida em que as decisões proferidas pelos magistrados abordam as diretrizes estabelecidas pela Constituição da necessidade do Poder Público ser o responsável pelo atendimento e cobertura universal na área de saúde, gerando desta maneira a responsabilização dos entes federativos,<sup>53</sup>

[...] com a legitimidade do Município, esta decorre da própria Constituição Federal, que em seu art. 196 estabelece a responsabilidade solidária de União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O ‘Estado’ referido no dispositivo constitucional é sinônimo de Poder Público, o qual, independentemente da esfera governamental, tem dever constitucional de proteger a vida e a saúde daqueles que necessitam de seu auxílio, e assim, por óbvio, o Município. O Estado é gênero, de que são espécies a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, daí a responsabilidade constitucional solidária e de cada um deles pela saúde e pelo fornecimento de medicação, como já decidiu o STF, [...]. A jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça tem decidido nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIRURGIA PARA CORREÇÃO DE ESTRABISMO. AÇÃO AJUIZADA CONTRA O ESTADO E MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. AGRAVO INTERPOSTO PELO ESTADO. AGRAVADAS RESIDENTES EM CANOAS. ESTRABISMO NOS DOIS OLHOS. PROBLEMA QUE NECESSITA DE CORREÇÃO URGENTE, SOB PENA DE COMPROMETER O SENTIDO DA VISÃO, COM SEQUELAS IRREVERSÍVEIS. VIDA E SAÚDE SÃO DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO, DE FORMA CONCORRENTE COM OS DEMAIS ENTES DA UNIÃO. O DIREITO A VIDA E A SAÚDE SE SUPERPÕEM A QUALQUER OUTRO, TANTO QUE ELENCADOS NOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO. OBRIGATORIEDADE DO PODER PÚBLICO EM FORNECER OS MEIOS NECESSÁRIOS E CUSTEAR A CIRURGIA OFTÁLMICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO, NOS TERMOS DA LEI Nº 9908/93. POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, MESMO QUE VEDADO POR LEI, PORQUE EM RISCO A SAÚDE DAS AGRAVADAS, GARANTIA CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA. AGRAVO DESPROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 7000060442, QUARTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. VASCO DELLA GIUSTINA, JULGADO EM 17/11/1999).

O C. STF também já se pronunciou pela responsabilidade solidária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente em decorrência da normatização e da existência do SUS. Vejam-se os seguintes precedentes que, definitivamente, demonstram a legitimidade passiva do Município:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe

---

<sup>53</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – processo nº 70016208654/2006.

ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios [...] (BRASIL, 2000).

Analisando os diferentes dispositivos constitucionais e decisões jurisprudenciais, conclui-se que a universalidade do atendimento e da cobertura na questão da saúde surge como forte instrumento na consolidação da dignidade da pessoa humana e principalmente do direito à vida, na exigência da correta implementação de políticas públicas de saúde.

Importante consignar que a matriz constitucional incorpora a universalidade no atendimento e na cobertura, trazendo como corolário, a grande necessidade do Estado responsabilizar-se pela assistência e atendimento de qualquer pessoa nesse setor da saúde.

Nesse aspecto, repita-se que a obrigatoriedade da universalidade no atendimento e na cobertura dos serviços de saúde pelo Estado somente se materializará naquelas situações relacionadas à manutenção da dignidade da pessoa humana, e do direito à vida. Cabe salientar que o raciocínio apresentado é capaz de potencializar a máxima eficácia das regras constitucionais na preservação do direito à vida de forma digna.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196<sup>54</sup> preocupou-se em estabelecer que a saúde é um direito de todos e também um dever do Estado, elencando as formas pelas quais esse serviço será garantido.

Nesse sentido, comprovado o nexo de causalidade na omissão estatal em garantir a preservação do direito à vida, abre-se o caminho legal para a propositura de medidas judiciais, por parte do cidadão prejudicado. Importante frisar que a responsabilização do Poder Público também pode ser argüida quando o mesmo assegurar de maneira ineficiente tal direito social.

Na pesquisa realizada, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em virtude do caráter universal dos dispositivos constitucionais e dos deveres do Estado, têm de acolhido de forma sistemática a grande maioria dos pedidos que partam para esse sentido.

O financiamento do Sistema Único de Saúde preconizado pela Constituição Federal de 1988 tem no orçamento da Seguridade Social, dos entes federados importante papel na responsabilização de cada um com parte legítima na universalização do atendimento e coberturas do direito à saúde.

---

<sup>54</sup> 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.



Exemplo disso citamos às manifestações proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde têm decidido que, tratando-se de um sistema único de saúde, e financiado pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios, são todos responsáveis por essas obrigações constitucionais de competência comum e inseridas no artigo 23, inciso II da Constituição Federal de 1988, que a seguir se reproduz:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Assim, a título de exemplificação, oportuno conferir a decisão jurisprudencial relacionado ao fornecimento de medicamentos gratuitos pelo Poder Público:

Direito à saúde. Fornecedor gratuito de medicamento. Lei nº 8.080/90. 1 – O direito à saúde está garantido na Constituição e a Lei nº 8.080/90 de 19 de setembro de 1990, é categórica ao estabelecer, em seu art. 2º, o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício; 2 – A União Federal é responsável pelo fornecimento gratuito de medicamentos, não só por força de mandamento constitucional, inserto nos arts. 196 e 198 da Constituição Federal de 1988, como também por força do estatuído na Lei nº 8.080/90 àqueles que não tem condições de arcar com as despesas do tratamento; 3 – Precedentes do Eg. Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº 21 2346/RJ (1999/0039005-9) e no ROMS nº 13452/MG (2001/0089015-2); 4 – Remessa necessária e recurso da União Federal a que se negam provimento.[...] (BRASIL, 2003).

Nessa linha, encontramos os comentários de Martins (1998, p. 428) onde destaca que, "Verifica-se que a saúde é um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, que, por contrapartida, tem o dever de prestá-la. Está, assim, entre os direitos fundamentais do ser humano."

Cabe analisar que, dada a legitimação da importância do direito à saúde, preconizada em norma constitucional até aqui citada, não se justifica a omissão da prestação jurisdicional do Estado por questões financeiras.

O Ministro Eros Grau (1998, p-125-126), destaca a questão do fator normativo das normas relacionadas à saúde observando que,

Ao aceitarmos, pacificamente, a existência de direitos sem garantias, alinhamo-nos, conscientemente ou inconscientemente, entre aqueles que concebem – inconsciente ou conscientemente, também – esteja a

Constituição integrada por fórmulas vazias, desprovidas de valor jurídico. Cumpre reconhecer, assim, que a Constituição é, toda ela, norma jurídica e, como tal, todos os direitos nela contemplados têm aplicação direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo, como o Legislativo. Sustento, nestas condições, que as normas constitucionais programáticas, sobretudo – repita-se – as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculante do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

Nesse aspecto considera-se absurda a idéia da existência de dispositivos Constitucionais incapazes de assegurar o pleno exercício dos direitos ali contidos, reforçando a concepção que pelo princípio da efetividade, todas as normas constitucionais, devem ser interpretadas pela visão que lhes dê maior aplicabilidade e eficácia e aplicabilidade

Sobre o tema do direito à saúde ser atrelado às normas e procedimentos delimitados pelo Ministério da Saúde, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no Recurso Especial de nº 267.612/RS, destaca:

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. nº 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição da República (art. 5º, *caput*, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

A legislação do Estado do Rio Grande do Sul, através das Leis nº 9.908/93, nº 9.828/93 e nº 10.529/95, instituem a preceitos fundamentais da Constituição da República, em especial aos artigos 5º, *caput*, e 196, uma maior efetividade, representando um gesto importante e solidário de apreço à saúde e à vida das pessoas, principalmente daquelas que nada possuem, a não ser a consciência de sua própria dignidade e de sua essencial humanidade.

O direito público à saúde é um bem jurídico tutelado constitucionalmente, representando uma prerrogativa indisponível visando exigir do Poder Público a formulação,

implementação, e execução de políticas sociais que garantam a todos os cidadãos o acesso igualitário e universal na assistência médica-hospitalar.

Nesse contexto, destaca-se o voto<sup>55</sup> dado pelo eminente Ministro Marco Aurélio de Mello sobre a necessidade do Estado em assumir suas obrigações constitucionais na prestação dos serviços públicos de saúde, rechaçando o impedimento de justificativas de ordem orçamentária, destaca desta maneira: "O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente. Por tais razões, não conheço deste extraordinário. É o meu voto."

Nessa linha argumentativa, transcrevemos o voto<sup>56</sup> do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello,

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

As discussões relacionadas à saúde sobre suas regras serem ou não de eficácia imediata perdem o sentido, pois, não existe regra de hermenêutica jurídica que pode sobrepor-se ao maior princípio inserido na Constituição vigente, que assegura a todos os cidadãos a uma vida digna<sup>57</sup> preservando o direito à saúde.

---

<sup>55</sup> RE nº 195.192-3/RS, j. em 22.2.2000.

<sup>56</sup> RE nº 232.335/RS.

<sup>57</sup> Nesse contexto, de fundamental importância a transcrição do voto proferido pelo ilustre Des. Salvador Horácio Vizzotto, relator do MS nº 596159988: Então, da conjugação das apontadas disposições constitucionais, interpretadas de modo conjugado e sistemático, resulta cristalino, que o direito à vida, à saúde, à integridade física e assim à dignidade da pessoa, está garantido objetivamente pelo direito material, residindo com o Estado a obrigação de assegurá-lo, independentemente de qualquer vinculação da pessoa a sistema de seguridade social, descabendo falar, em normas programáticas, como querem alguns e é sustentado nesta ação. A natureza programática das normas inferiores e de sustentação da norma fundamental insculpida no caput do art. 5º, da Lei Maior, a meu sentir, é aparente e diz respeito apenas à complexa estrutura organizacional e funcional do Estado Brasileiro, mas, evidentemente, não pode frustrar e, desse modo invalidar, o comando maior, para através de

A vida é um direito de todos, assim como a saúde, sendo uma obrigação nata do Estado em assegurá-la, independentemente do tipo de vínculo do necessitado ao sistema da seguridade social, constituindo-se a vida e a saúde fonte fundamental e a principal dos outros bens jurídicos.

A pesquisa detalhada demonstrou que por força das decisões jurisprudenciais, a questão voltada à saúde merece um tratamento especial, ainda mais que o que está em jogo é o direito à vida.

---

mecanismos de ordem meramente formal e burocrática, invalidá-lo. O Poder Executivo, das três esferas de governo, haverá de se mostrar apto e competente para cumprir o direito que tem, à saúde e, assim, à vida, os seus jurisdicionados, como assegura a Constituição Federal, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, especialmente, no caput do art. 5º, como, de resto, já sustentou, perante o colendo Primeiro Grupo Cível e em outros feitos, o eminente Desembargador Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (MS nº 592140180).

## CONCLUSÃO

Após as considerações exaradas, referentes às concepções do controle jurisdicional das políticas públicas de saúde sobre o fornecimento de medicamentos no Estado do Rio Grande do Sul, constatou-se da importância em se ter partido da delimitação e abordagem das principais características e elementos que cercam o modelo do Estado Constitucional.

Tornou-se necessário analisar as questões referentes à Administração Pública bem como suas diferentes formas de controle, destacando-se de uma maneira peculiar à questão do Poder Judiciário que assume um papel decisivo, através do controle jurisdicional da atividade pública, pois é frente à aplicação dos direitos fundamentais sociais, que surge a questão do papel do Judiciário no controle jurisdicional.

A partir daí partiu-se para uma verificação dos direitos sociais como direitos fundamentais, onde em uma das mais importantes inovações da Carta de 1988 foi o ajuste de uma gama de direitos como direitos fundamentais sociais, que contemplassem de uma maneira universal todos os cidadãos, garantindo-lhes participação em processos em mecanismos democráticos, bem como, condições necessárias e dignas de sobrevivência. É o que se aborda nos capítulos deste trabalho, sobre o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, no qual todos os cidadãos têm o direito à educação, à saúde, à moradia, à assistência social, à previdência, ao lazer.

Para tanto, buscou-se elucidar assuntos interdisciplinares como o Sistema Único de Saúde e suas Normas Operacionais Básicas demonstrando a característica teórica da prestação de saúde no Brasil.

Nesse sentido as políticas públicas surgiram como um mecanismo essencial do Estado, envolvendo de maneira participativa a sociedade civil, legitimando deste modo prestações de ações capazes a propiciar mudanças substanciais no meio social, especialmente nas áreas da saúde.

Os direitos fundamentais sociais devem ser analisados como uma categoria principiológica predominante nos processos de interpretação realizados pelo operadores jurídicos.

A pesquisa demonstra que a busca da efetividade das ações do Poder Público na área da saúde, é realizada pela figura dos particulares (presentes no pólo ativo na maioria das ações

- 63% dos casos) que exigem contra os entes federados – neste caso os Municípios detinham às maiores demandas – a prestação jurisdicional na aplicação das políticas públicas de saúde.

Dentre os pedidos formulados nas ações ordinárias sobre a concessão de medicamentos por parte do Poder Público, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sua totalidade, tem decidido favoravelmente pelo fornecimento, fundamentando a prevalência do direito fundamental à vida, como direito público subjetivo de exigir do Estado a prestação de serviços relacionados à saúde.

A efetividade da jurisdição dos direitos sociais decorre do seu alcance com a realidade social. A prestação jurisdicional na análise das ações referentes às políticas públicas de saúde reclama não somente a entrega de uma sentença de mérito e a possibilidade de efetivá-la, mas também a satisfação dos direitos em tempo cada vez menor.

A amplitude dos direitos sociais constitucionais gerou um ambiente favorável para que o Poder Judiciário começasse a atuar como um ator importante no fomento das políticas públicas de saúde. Exposto e analisado os acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, demonstra o reconhecimento do direito à saúde como corolário à vida, onde a falta de políticas públicas sociais e de seu adequado planejamento confirmam ainda mais os direitos dos autores, que buscam através do Poder Judiciário a concretização de seu direito à vida.

Tendo em vista esses parâmetros do controle jurisdicional, a análise empírica realizada demonstrou que em 100% das decisões de concessão, os magistrados reconheceram que a verdadeira efetivação do direito à saúde se dá pela execução de políticas públicas eficazes e observância dos direitos fundamentais à vida.

O presente estudo de caso leva-nos a concluir que a tutela jurisdicional do direito à saúde torna-se efetiva e adequada, uma vez que obriga o Poder Público ao cumprimento dos preceitos constitucionais.

As decisões judiciais analisadas, que concederam ou confirmaram a concessão de medicamentos solicitados pelos autores das ações, demonstram que o direito à vida e à saúde segue a linha básica de todas as justificativas dos votos dos desembargadores. Alguns critérios como a inafastabilidade do Poder Judiciário (utilizada em 95% das decisões concedendo o fornecimento de medicamentos) e a responsabilidade solidária dos entes federados, também consideram que a defesa da saúde é dever do Estado em todas as suas esferas.

Diante dos julgados analisados neste trabalho, destaca-se a influência dos fundamentos teóricos sobre o Poder Judiciário e é constatado que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre direitos fundamentais sociais tende a

adquirir papel norteador, haja vista que existe a prática de decidir conforme precedentes de ações já julgadas pelo próprio Tribunal, prática que pode estar influenciando outros tribunais e juízos de primeira instância, ainda de forma lenta, mas não esquecida.

É possível compreender as políticas públicas como mecanismos também de Estado e não apenas de governo, protegendo a constituição da dignidade da pessoa humana, através da proteção dos Direitos Fundamentais sociais.

O objetivo deste trabalho foi alcançado, demonstrando que a saúde, tema ligado à vida diária das pessoas e de fundamental importância em todos os setores da convivência humana depende de uma ação específica dos Poderes constituídos, a fim de garantir a igualdade formal promovendo direitos aos cidadãos, a qual do Estado demanda uma atuação mais intensa.

## REFERÊNCIAS

AGUILAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS passo a passo: gestão e financiamento**. São Paulo: Hucitec, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 28 nov. 2007.

ARRETCHE, Marta. **Descentralização das políticas sociais no Brasil**. São Paulo: Fundap: Fapesp; Brasília IPEA, 2002.

AUGUSTIN, Sérgio. **O controle jurisdicional do ato de governo**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso. **Democracia, hoje. Um modelo político para o Brasil**. Coordenação Maria Garcia. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 4. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba Academia Brasileira de Direito Constitucional. V.3, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 8. ed., 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Editora da UnB, 4. ed, 1997.



BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOVO, José Murari. **Federalismo fiscal e descentralização de políticas públicas no Brasil**. Araraquara: FCL/Laboratório Editorial/UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 10 dez. 2006.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/QUADRO/1990.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1990.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2007.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 14 mar. 2007.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado da Presidência da República**. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento no RE n. 271.286-8/RS**, Rel. Min. Celso de Mello, j. Em 12.9.2000, Boletim de Direito Administrativo, ago. 2001, p. 641.

BRASIL. TRF, 2.<sup>a</sup> Região, 5.<sup>a</sup> T., AMS nº 2002. 02.010009024-5/RJ, Rel. Des. Federal Antônio Ivan Athié, v. u., j. em 11.3.2003, DJU de 28.3.2003, p. 460.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 267.612 – RS, DJU de 23.08.2000, Rel. Min. Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental - ADPF nº 45 MC/DF, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 4.5.2004, Informativo nº 345- STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 195192/RS, STF, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22/02/2000, unânime, DJU de 31/03/2000, p. 60.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BROLIANI, Jozélia Nogueira. O controle judicial nas omissões do planejamento financeiro. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 21. p.119-134, jul./set/ 2005.

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

CADEMARTORI, Luiz Henrique. **Direito administrativo**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CALDAS, Ricardo Wahrendoff; PEIXOTO, João Paulo M. **Regimes políticos, eleições e reformas econômicas**: de João Figueiredo a Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 3. ed., 2002.

\_\_\_\_\_. **Estado adjectivado e Teoria da Constituição**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da 'Justiça Constitucional'. In: **Revista Forense**, São Paulo, n. 366, p. 127-150, março/abril 2003.

CARNOY, Martin. **Marx, Engels, Lênin e o Estado**. In: Estado e teoria política. 4. ed. Campinas: Papirus, 1994.

CARVALHO, Gilson. A inconstitucional administração pós-constitucional do SUS através de normas operacionais. **Ciência e Saúde coletiva**. Vol. 6, nº 2, 2001, p. 435-444.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto et al. (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição – 1988**. V. VIII. 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993. p. 4.346.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 8, n. 31. p. 117-135, jul./set/2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-Constituinte**. São Paulo: Graal, 2001.

FAVERET, Ana Cecília Sá Campello. A vinculação constitucional de recursos para a saúde: avanços, entraves e perspectivas. **Saúde e Sociedade**. Vol.13, n. 3, 2004, p. 30-35.

FORTES, Simone Barbisan e outro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GASTALDI, Suzana. **A implantação de políticas públicas como objeto juridicamente possível da ação civil pública**. 2006. Disponível em: < <http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=124>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

GARCIA, Maria. “Políticas públicas e atividade administrativa do Estado”. Em **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política** n° 15, ano 4. São Paulo: RT, abril-junho de 1996.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Tradução de Maria Luiza Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. Direitos, conceitos e normas jurídicas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998. p. 125-126.

GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade**: de John Locke a Robert Nozick/ Mariano Grondona. Trad. Ubiratan de Macedo. São Paulo: Mandarim, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Depois da queda**: o fracasso do comunismo e o futuro do socialismo. et al.; Robin Blackburn, (Org.); tradução Maria Inês Rolim, Susan Semler, Luis Krausz. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 109-111.

KRELL, Andreas J. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. A constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (dês) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**: cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, belo Horizonte, ano 5, n. 20, abr./jun/2005.

LEVCOVITZ, Eduardo et al. Política de saúde nos anos 90: relações intergovernamentais e o papel das Normas Operacionais Básicas. **Ciência e saúde coletiva**. Vol. 6, n. 2, 2001, p. 269-291.

MACIEL, D. & KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**: São Paulo, nº 57, p. 113-133.

MANET, Pierre. **História intelectual do liberalismo**: dez lições. Trad. De Vera Ribeiro. Revisão técnica de Francisco Inácio Pinkusfeld Bastos. Rio de Janeiro, Imago, 1990. Título original, Histoire intellectuelle du libéralisme: dix leçons.

MARQUES, Marília Bernardes. **Cadernos da nona conferência nacional de saúde – Descentralizando e democratizando o conhecimento. Considerações sobre a reforma sanitária brasileira face ao novo paradigma tecnológico.** Cultura Gráfica e Editora. 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26. ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmaneul Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo, Malheiros, 10. ed., 1998.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Norma Operacional Básica do sistema Único de Saúde/ NOB-SUS 96.** Brasília: Ministério da Saúde, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 4.

MORAES, Marcelo Estevão. Seguridade social e direitos humanos, **AJURIS**, Porto Alegre, Ano XXX – n. 90, jun. 2003.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MULLER, Pierre; SUREL, Ives. **Análise das políticas públicas.** Pelotas: EDUCAT, 2004.

NUNES, Tânia Celeste. **Cadernos da Nona Conferência Nacional de Saúde – Descentralizando e Democratizando o Conhecimento. Recursos humanos em saúde e municipalização: um novo ciclo da descentralização.** Cultura Gráfica e Editora. 1992.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto; BIASOTO, Geraldo. Descentralização das Políticas Sociais no Brasil. In: ARRETCHE, Marta; RODRIGUEZ, Vicente. **Descentralização das Políticas Sociais no Brasil.** São Paulo, Fapesp/IPEA/Fundap. 1999.

PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da administração pública. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: nº 139, 1998.

REMÉDIOS caros são empurrados para o SUS. **Jornal Zero Hora**. Porto Alegre, p. 38 e 39, 12 jun. 2005.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Controle externo da administração pública federal no Brasil**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. De Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Teoria do Estado, democracia e poder local**. Rio de Janeiro - RJ: Lúmen Júris Ltda, 2. ed., 2002.

ROCHA, Carlos Vasconcelos. Neoinstitucionalismo como modelo de análise para as políticas públicas. Civitas: **Revista de Ciências Sociais**. Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Ano 1, n. 1. v. 5 (janeiro-junho 2005). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 11-28.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Políticas Públicas (econômicas) e controle**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 58, ago 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em: 15 abr. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Revista Sociologias**. Universidade federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, nº 16, ano 8, p. 20-45, jul/dez 2006.

TÁCITO, Caio. A Constituição e o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 242, out./dez. 2005.

TEIXEIRA, Carmen Fontes. Promoção e vigilância no contexto da regionalização da assistência à saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, vol. 18 (supl.), Rio de Janeiro, 2002, p.153-162.

TESTA, Rafael; ROESLER, Claudia; DIONISIO, Karina. Relatório final do programa integrado de pós-graduação e graduação - PIPG/UNIVALI/SC. 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Fabril, 1990.

**ANEXOS**



## ANEXO A - TABELA 01

Nº	Nº PROCESSO	DATA DO JUGAMENTO	CONTRA	QUEM IMPRETOU	PEDIDO	DECISÃO	MEDIDA LIMINAR
01	70011332293	14/06/2006	Estado RS	M.P	Fornecimento de Medicamento	Apelo Desprovido	
02	70014689137	07/06/2006	Estado RS	Particular	Fornecimento de Medicamentos	Apelo Desprovido	
03	70014874127	07/06/2006	Município de Santo Cristo	Particular	Fornecimento de Medicamentos	Apelo Desprovido	
04	70015404932	06/07/2006	Estado RS e o Município de Passo Fundo	Defensoria	Fornecimento de Medicamentos	Deram Parcial Provimento à primeira apelação e negaram provimento às demais apelações	
05	70015563992	12/07/2006	Estado RS	Particular	Fornecimento de Medicamentos	Apelo provido em parte	
06	70015577570	28/06/2006	Município de Passo fundo e Estado RS	Defensoria	Fornecimento de Medicamentos	Reexame não reconhecido. Apelos Desprovidos	
07	70015670938	12/07/2006	Estado RS e Município de Caxias do Sul	Particular	Fornecimento de Medicação	Reexame não reconhecido. Apelo do Estado provido em parte. Apelo do Município desprovido	
08	70015674245	12/07/2006	Município de Caxias do Sul	Particular	Fornecimento de Medicação	Apelo desprovido. Reexame não reconhecido	
09	70015755549	03/07/2006	Município de Vacaria	Particular	Fornecimento de Medicação	Negado seguimento ao agravo de instrumento. Decisão monocrática.	Tutela Anteci-pada
10	70015892912	16/08/2006	Município de Santo Angelo	Particular	Fornecimento de Medicação	Apelo Desprovido	
11	70015941750	06/07/2006	Município de Montenegro	Particular	Alimento especial de caráter medicinal	Negado seguimento de instrumento	Tutela Anteci-pada
12	70016098105	23/08/2006	Estado RS	Particular	Fornecimento de Medicação	Apelo Desprovido	
13	70016184491	25/07/2006	Município de São Gabriel	Particular	Fornecimento de Medicação	Agravo que se nega seguimento	
14	70016200529	27/07/2006	Município de Fazenda Vilanova	Particular	Fornecimento de Medicação	Agravo que se nega seguimento	Antecipação de Tutela
15	70016260283	06/09/2006	Município de Pelotas	Defensoria	Fornecimento de Medicação	Apelo Desprovido	
16	70016208654	27/09/2006	Estado Rs e Município de Restinga Seca	Defensoria	Fornecimento de internação hospitalar	Apelos Desprovidos	

17	70016297582	03/08/2006	Município de São Gabriel	Particular	Fornecimento de medicação	Agravo que se nega seguimento	
18	70016297749	03/08/2006	Município de São Gabriel	Particular	Fornecimento de medicação	Agravo que se nega seguimento	
19	70016386815	05/10/2006	Estado RS	M.P	Fornecimento de um par de próteses auditivas	Negaram provimento á ambos os recursos	
20	70016402612	10/08/2006	Município de Serafina Corrêa	Particular	Fornecimento de medicamentos	Agravo a que se nega seguimento	
21	70016413726	11/10/2006	Município de São Lourenço do Sul	Particular	Fornecimento de medicamentos	Apelo Desprovido	
22	70016454506	06/09/2006	Estado RS e Município de Jaguari	Defensoria	Fornecimento de medicamentos	Reexame não reconhecido. Apelos Desprovidos	
23	70016471229	13/09/2006	Município de Alegrete	Particular	Fornecimento de medicamentos	Apelo Desprovido	
24	70016476301	11/10/2006	Estado RS	M.P	Fornecimento de medicação (Centro de Tratamento Intensivo e todas as despesas médico-hospitalares)	Apelo Desprovido	
25	70016513913	11/10/2006	Município de Panambi	Defensoria	Fornecimento de medicamentos	Reexame não reconhecido. Apelo Desprovido. Recurso Adesivo Provido	
26	70016523698	27/09/2006	Município de Pelotas	Particular	Fornecer o medicamento e exames	Negaram provimento ao apelo	
27	70016553851	27/09/2006	Município de Pedro Osório	M.P	Fornecimento de Tratamento Psiquiátrico	Apelo Desprovido	
28	70016987588	26/09/2006	Município de São Gabriel	Particular	Obtenção de medicamentos	Agravo que se nega seguimento	Antecipação de tutela postulada
29	70016879280	11/10/2006	Estado RS	Defensoria	Fornecimento de medicação	Reexame não reconhecido. Apelos Desprovidos	
30	70016662314	11/10/2006	Município de Pelotas	Particular	Fornecimento de medicação (exame)	Apelo Desprovido	

## ANEXO B - TABELA 02

FUNDAMENTO RELATOR	FUNDAMENTO VOTOS	RELATOR	VOTANTES
Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Direitos fundamentais à vida e à saúde	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Roque Joaquim Volkweiss Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à vida e à saúde	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional; Responsabilidade constitucional solidária e de cada um deles pela saúde e pelo fornecimento de medicamentos	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Roque Joaquim Volkweiss Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à vida e a saúde	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional; Responsabilidade constitucional solidária e de cada um deles pela saúde e pelo fornecimento de medicamentos	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Roque Joaquim Volkweiss Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à Saúde	Direito à Saúde	Des. Rui Portanova	Des. Luiz Ari Azambuja Ramos Des. José Ataídes Siqueira Trindade
Direito à Saúde e à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Roque Joaquim Volkweiss Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à Saúde e à vida	Direitos fundamentais à saúde e à vida	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. Roque Joaquim Volkweiss
Direito à Saúde e à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional; Direitos fundamentais à saúde e à vida	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Roque Joaquim Volkweiss Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à Saúde e à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Roque Joaquim Volkweiss Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à Saúde e à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	
Direito à Saúde e à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à Saúde e à vida; Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	
Direito à Saúde e à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à Saúde e à vida; Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	
Direito à saúde é corolário do direito á vida; Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	

Direito à saúde é corolário do direito à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à saúde é corolário do direito à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. Roque Joaquim Volkweiss
Direito à saúde é corolário do direito à vida; Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional		Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à saúde é corolário do direito à vida; Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	
Direito à saúde (ECA)	Direito à saúde (ECA)	Des. Rui Portanova	Des. Luiz Ari Azambuja Ramos Des. Claudir Fidélis Faccenda
Direito à saúde e à vida; Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à saúde é corolário do direito à vida; Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Direito à saúde é corolário do direito à vida	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à saúde é corolário do direito à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à saúde é corolário do direito à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Roque Joaquim Volkweiss Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à saúde é corolário do direito à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à saúde é corolário do direito à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. Roque Joaquim Volkweiss
Direito à saúde é corolário do direito à vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. Roque Joaquim Volkweiss

Direito à saúde é corolário do direito á vida; Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional.		Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à saúde é corolário do direito á vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. João Armando Bezerra Campos
Direito à saúde é corolário do direito á vida	Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional	Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano	Des. Arno Werlang Des. João Armando Bezerra Campos

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)