

FÁBIO DE SOUZA SILVA

O DILEMA DE ASCLÉPIO

- análise crítica do controle judicial das políticas públicas de saúde -

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, como trabalho de conclusão do Curso de Mestrado em Sociologia e Direito.

Orientador Prof. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva

Rio de Janeiro
2009

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

ÍNDICE

RESUMO.....	1
ABSTRACT	2
INTRODUÇÃO.....	3
Capítulo I – A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL.....	9
I.1 Saúde na Colônia e no Império: primeiras experiências dos serviços de saúde brasileiros	9
I.2 Políticas de Saúde: instrumentos do projeto civilizatório	11
I.3 Saúde e Progresso: vinculação necessária, precedência duvidosa	16
I.4 Sanitaristas informam: a ditadura é prejudicial à saúde.....	17
I.5 Saúde e democracia: contribuição do movimento sanitário para o restabelecimento democrático.....	19
Capítulo II – DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	26
II.1 Conteúdo do direito à saúde	26
II.2 Direito à saúde como direito fundamental.....	28
II.3 Direito social à saúde e direito fundamental à saúde.....	29
II.3.1 Jusfundamentalidade dos direitos sociais.....	29
II.3.2 Mínimo existencial sanitário	32
Capítulo III – LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA	36
III.1 Acesso à justiça como direito fundamental.....	37
III.2 Contencioso Administrativo	39
III.3 Origem do contencioso administrativo francês: o “processo do ato administrativo”	41
III.4 A centralidade dos direitos fundamentais e a mudança de finalidade do contencioso administrativo.....	43
III.5 Contencioso administrativo: contribuição para a melhoria da administração pública.....	47
III.6 Possibilidades da atuação do Judiciário no controle da Administração Pública: controle das omissões estatais ..	49
III.7 Exigibilidade dos direitos fundamentais e dos direitos sociais	51
III.8 Controle de atos políticos.....	54
III.9 Controle judicial de Políticas Públicas: uma atividade holística	56
Capítulo IV – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UM CONFLITO ENTRE SISTEMAS	59
IV.1 Noções básicas sobre a teoria dos sistemas.....	59
IV.2 Direito como sistema autopoietico.....	61
IV.3 O acoplamento estrutural e o papel da Constituição	63
IV.4 Direito, Saúde e Gestão Pública: acoplamento estrutural na Constituição de 1988	66
Capítulo V– SISTEMA JUDICIAL	68
V.1 Análise jurisprudencial	68
V.2 Análise sociológica da atividade do sistema judicial: quem são os seus destinatários?	74
V.3 Gratuidade da saúde pública: uma opção legislativa.....	76
V.4 Análise da estrutura comunicativa das decisões judiciais e o seu potencial de universalização.....	78
V.4.1 A pretensão de correção das decisões judiciais	79
V.4.2 A decisão judicial como etapa da comunicação	85
Capítulo VI – SISTEMA MÉDICO-SOCIAL	88
VI.1 Modelo biológico de saúde	88
VI.2 Demandas artificiais	90
VI.3 O poder judiciário e o uso racional dos medicamentos: uma crítica do sistema médico-social	95
Capítulo VII – SISTEMA DA GESTÃO PÚBLICA	97
VII.1 Reserva do possível e desequilíbrio orçamentário.....	97
VII.1.1 Reserva do possível	98
VII.2 Desorganização administrativa provocada pelas decisões judiciais	100
Capítulo VIII – SAÚDE E FEDERAÇÃO: AINDA UMA CRÍTICA DOS GESTORES PÚBLICOS	105
VIII.1 Federação brasileira	105
VIII.2 Descentralização e subsidiariedade.....	108
VIII.3 Política nacional e responsabilidade municipal: uma federação cooperativa	113
VIII.3.1 Federação cooperativa e princípio da subsidiariedade	114
VIII.3.2 Cooperação, descentralização e subsidiariedade na saúde	117
VIII.3.3 Obrigação subsidiária: o segundo corolário do princípio da subsidiariedade.....	119
VIII.3.4 Controle judicial, descentralização e subsidiariedade	120
VIII.3.5 Cuidados necessários no controle judicial da saúde pública	122
Capítulo IX – CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131
Livros e artigos impressos	131
Livros e artigos na <i>internet</i>	141
Outros sítios na <i>internet</i>	143

RESUMO

A dissertação versa sobre o controle judicial das políticas públicas de saúde, sob um enfoque crítico interdisciplinar. A crescente demanda judicial por prestações sanitárias exige o estudo sobre a forma do atuar judicial e os seus reflexos em outras áreas do saber. Isso porque tal controle é uma atividade holística, com a influência de sistemas de conhecimento distintos: judicial, sociológico, médico-social e da gestão pública. Por isso, investiga-se a forma como cada um desses sistemas enxerga a judicialização da saúde. Nessa análise, constata-se a necessidade de diferentes graus de proteção de acordo com a fundamentalidade do direito à saúde, definido como direito ao acesso às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Os diferentes graus de proteção justificam-se em razão da existência de um direito fundamental à saúde (mínimo existencial sanitário) e um direito social à saúde (não fundamental). As críticas dos diversos sistemas envolvidos na questão permite a conclusão sobre a necessidade de um novo modelo teórico para o controle judicial das políticas sanitárias, que atenda às necessidades de eficiência e legitimidade da crescente atuação dos tribunais nesse campo. Assim, sustenta-se o modelo da judicialização cooperativa, por meio da qual Judiciário, Executivo e Legislativo, além da medicina social, auxiliam-se mutuamente na formulação, execução e controle das políticas públicas.

ABSTRACT

The object of this work is the judicial review of health policies, in a critical interdisciplinary approach. The growing number of judicial cases claiming for health services requires the study of how the courts operate and the effects of this work in other areas of knowledge. This is because such control is a holistic activity, with the influence of different knowledge systems: legal, sociological, social medicine and public management. Therefore, we investigate the way each of these systems sees the judicialization of health. This analysis reveals the need of different degrees of protection according to the fundamentality of the right to health (the right to access actions and services for its promotion, protection and recovery), which is divided into a fundamental right to health (minimum existential health) and a social right to health (not fundamental). The criticisms of the various systems involved in the issue allow a conclusion: is needed a new theoretical model for judicial review of health policies, which meets the needs of efficiency and legitimacy of the growing role of the courts in this field. Thus, it is suggested the cooperative judicialization model, whereby the judiciary, executive and legislative systems, and the social medicine, assist each other in the formulation, implementation and control of public policies.

INTRODUÇÃO

*Ser ou não ser, essa é que é a questão:
Será mais nobre suportar na mente
As flechadas da trágica fortuna
Ou tomar armas contra um mar de escolhos
E enfrentando-os, vencer? Morrer – Dormir:
Nada mais; e dizer que pelo sono
Findam as dores, como os mil abalos
Inerentes à carne – é a conclusão
Que devemos buscar. Morrer – Dormir.
Dormir! Talvez sonhar – eis o problema,
Pois os sonhos que vieram nesse sono
De morte, uma vez livres deste invólucro
Mortal, fazem cismar. Esse é o motivo
Que prolonga a desdita desta vida.(...)¹*

A vida é um bem valioso – provavelmente, o mais valioso dos bens. A sua conservação fundamenta teorias sobre a constituição do Estado, pautadas na idéia de que a sociedade se organiza para permitir ao homem obter as condições necessárias à sobrevivência.² Mesmo as visões amparadas em uma realidade transcendental valorizam de modo extremado a oportunidade da existência corpórea, como forma de garantir um bem-estar futuro.

Assim, independentemente das opções religiosas ou concepções transcendentais, os homens valorizam a vida. Mesmo aqueles que acreditam na existência de uma saúde espiritual³, regozijam-se com o prolongamento saudável da vida física. Enfraqueceu-se a dúvida entre ser ou não, pois ganhou força extraordinária a opção pelo ser.

¹ SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução de Anna Amélia Carneiro de Mendonça. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995, p. 89.

² Essa é idéia de fundo extraída das teorias contratualistas, de Hobbes a Rawls, que, apesar das grandes variações, sustentam que os homens se uniram e definiram regras capazes de garantir, ao menos, as suas vidas.

³ Há diversas obras que associam a saúde espiritual à saúde física. Como exemplo, cf. CHUENGSAIANSUP, Komatra. *Spirituality and health: an initial proposal to incorporate spiritual health in health impact assessment*. Disponível em <www.shi.or.th/download/100/>, acesso em 19 de abril de 2009.

Não é sem motivo que, a cada dia, a benéfica evolução científica garante novas descobertas capazes de superar doenças e estender o tempo de existência dos seres humanos. O avanço da ciência, todavia, não significa a disponibilidade de tratamento. Os altos custos das inovações tecnológicas, muitas vezes impedem o acesso às ofertas das ciências biomédicas⁴. Temos o melhor da medicina, para poucos beneficiários.

Por outro lado, sob o disfarce de supostos avanços tecnológicos, alguns agentes econômicos influenciam a sociedade e a comunidade médica, criando demandas muitas vezes desnecessárias. Forma-se grande pressão para a substituição de tratamentos eficazes de baixo custo, por caras tecnologias cuja agregação de benefícios é questionável.

O binômio custo-benefício exerce grande influência na decisão sobre a incorporação das novas tecnologias nos serviços de saúde públicos e privados. A análise sobre a possibilidade financeira do oferecimento dos novos medicamentos e tratamentos, bem como a utilidade das recentes técnicas são consideradas nas escolhas dos órgãos responsáveis pelas políticas públicas de saúde.

É nesse momento de escolha que surge o grande dilema de Asclépio⁵: fornecer o tratamento mais avançado a elevado custo ou garantir tratamentos menos eficazes, porém suficientes para a preservação da vida? Como lidar com as limitações impostas pelo Leviatã para a garantia do direito à saúde?

⁴ Com uma visão poética, Rachel de Queiroz narra: “A gente então vai, mas vêm os outros. E esses outros a cada dia logram vida mais longa – graças ao mais importante de nossos dons: a inteligência, que trabalha incessantemente para vencer os inimigos da carne [...] E não dou nem um século, e estaremos (ou estarão pelo menos os ricos) vivendo tranqüilamente até a marca dos 900 [...] Eu disse tranqüilamente? Mas isso não posso garantir. E nem mesmo posso garantir que seja bom.” In QUEIROZ, Rachel de. *A longa vida que já vivemos*. Rio de Janeiro: Ágora Comunicação Integrada, 1998, p. 78.

⁵ “Nos primórdios da Grécia, três eram as figuras principais ligadas à arte da cura: Apolo, Asclépio e Hipócrates. Apolo, filho de Zeus e irmão gêmeo de Ártemis, era o mais formoso e amável dos deuses, era o deus da Poesia, da Música, das Artes e da Medicina. De seu amor por Coronis – filha de Flegias, rei dos Lapitas – nasceu Asclépio. Narra Ovídio que Coronis traiu Apolo com Isquias. Ao ser informado pelo corvo, transtornado pelo ódio, Apolo, para transpassa o coração da infiel. Antes de morrer ela revela que em seu ventre espera um filho de Apolo, para quem implora clemência. Da pira mortuária que havia depositado o corpo de sua amada, Apolo retira seu filho a quem batiza de Asclépio, conferindo o simbolismo que o viria a transformá-lo no deus da Medicina. Seu nascimento é a vitória da vida sobre a morte.” In SILVA, Márcio José Andrade de. Um Galo a Asclépio. In *Filosofia Especial*. Ano II. Número 07. São Paulo: Escala, 2008, p. 07.

Fora de dúvida que essa é uma escolha política, ainda que pautada em dados técnicos. Assim, Asclépio partilha com Leviatã a responsabilidade pela decisão sobre a incorporação de novas tecnologias nos serviços de saúde, por meio da formulação e execução das políticas por eles escolhidas.

Asclépio e Leviatã têm liberdade para tomar a decisão que julgarem mais eficazes para garantir a saúde dos cidadãos em geral. Todavia, como para toda liberdade há limites, também as decisões políticas sobre os serviços de saúde estão submetidas a parâmetros que não podem ser desrespeitados. Mesmo Asclépio e Leviatã devem observar regras que estão fora de sua margem de discricionariedade.

Caso desrespeitem esses limites, ficam submetidos à fiscalização de Thêmis, que tem o poder de, dentro de uma margem, modificar as decisões sobre as políticas públicas de saúde. A atuação judicial, porém, deve respeitar as opções políticas inseridas nos limites democráticos das atividades dos órgãos responsáveis pelas escolhas. Apenas quando rompidas as barreiras da discricionariedade é que o controle judicial deve sindicá-las.

O equilíbrio entre o controle judicial, a atividade política e a técnica médica, entretanto, não é simples. Os limites não são delimitados de modo hialino e a tentação de Thêmis se sobrepor a Asclépio e a Leviatã se coloca a cada instante.

O fato, é que a busca da tutela jurisdicional para a obtenção de serviços de saúde apresenta-se cada vez mais freqüente, traduzindo-se em um crescente número de processos judiciais, por meio dos quais são emitidas ordens para fornecimento de medicamentos⁶, realização de cirurgias, oferecimento de tratamentos e, até mesmo, funcionamento de postos de saúde e hospitais⁷.

⁶ “Em 1991, havia apenas um mandado de segurança contra o Estado do Rio para fornecimento de medicamento. Hoje o estado já responde a 7.758 ações desse tipo que, se somadas às impetradas contra o município, chegam a 13 mil, segundo reportagem de *O Globo* de 19/12/2005. Em São Paulo, no ano passado, o secretário estadual de Saúde, Luiz Roberto Barradas Barata, publicou em diversos jornais o artigo *Remédios na dose certa* (*Radis* nº 39, Súmula) declarando que os gastos do seu estado com demandas judiciais por medicamentos no primeiro semestre de 2005 — no valor de R\$ 86 milhões — já correspondiam a quase o dobro dos recursos despendidos para o mesmo fim em todo o ano de 2004. Guardadas as devidas proporções, a situação não é muito diferente nos outros estados.” in LOPES, Cláudia Rabelo.

Os reflexos desse novo fenômeno social ainda não se revelaram por completo. São freqüentes as alegações da Administração Pública sobre a inviabilidade do sistema de saúde em decorrência da interferência do Poder Judiciário, afirmando-se que, diante de um cenário de recursos limitados, as ordens judiciais apenas provocariam o deslocamento de recursos públicos de aplicações previamente estabelecidas para aquelas determinadas pelo juiz, deixando sem atendimento outros serviços de saúde⁸.

Por outro lado, a imperiosa – muitas vezes urgente – necessidade de acesso às prestações de saúde pública, diante da inoperância administrativa, transforma o processo judicial na última esperança do indivíduo para a garantia dos meios necessários ao seu tratamento e, por conseqüência, à conservação de sua vida.

Esta complexa equação começa a provocar nas ciências jurídicas a tentativa de encontrar a melhor forma de prestação da tutela jurisdicional relacionada ao controle das políticas públicas de saúde. Há alguns esforços para a fixação de critérios para a obtenção do direito ao medicamento e ao tratamento, tipos de serviços a serem prestados, situações cobertas, entre outras questões.

Porém, por se tratar de uma atividade interdisciplinar, é essencial observar o conjunto de críticas e aportes ao debate pelos diversos ramos do saber envolvidos na questão. A presente dissertação analisa as contribuições do Direito em comparação com a medicina social, a sociologia e a gestão pública.

VASCONCELOS, Wagner. *Medicamentos na justiça*. Disponível em <http://comvisa.anvisa.gov.br/tiki-read_article.php?articleId=484&PHPSESSID=9661fff88a03daa3b8d9_d10f985da7fe>, acesso em 18 de junho de 2008.

⁷ Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 18ª Vara Federal. Processo nº 2008.51.01.004637-6. Data da decisão: 02/04/2008. Disponível em <www.jfrj.gov.br>, acesso em 20 de junho de 2008.

⁸ “*O Judiciário está tomando o lugar do médico*”, sentenciou o ministro da saúde, José Gomes Temporão. *A queixa procede. Decisões judiciais que obrigam o poder público a fornecer tratamento a pacientes já respondem por uma conta que passa dos R\$ 500 milhões por ano. O acúmulo de liminares está afetando a capacidades das autoridades de planejar e executar seus programas. (...)* In *Médicos togados*. Folha de São Paulo. Edição de 22/10/2007. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2210200702.htm>>, acesso em 06/06/2008.

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

O capítulo II delimita o alcance desse direito, traçando a distinção entre o direito social à saúde e o direito fundamental à saúde, identificando o último como o mínimo existencial sanitário.

Já o capítulo III constata a legitimidade do controle judicial da atividade administrativa sanitária. Para tanto, analisa a origem e as características da jurisdição administrativa, revelando a legitimidade de sua atuação mesmo diante de atos discricionários e políticos, bem como de políticas públicas, desde que manejado como forma de proteção de direitos fundamentais.

O capítulo IV demonstra que o controle judicial de políticas públicas de saúde é uma atividade holística, tendo em vista o acoplamento estrutural dos sistemas da saúde coletiva e da gestão pública ao do Direito. Por isso a importância dos aportes desses sistemas de conhecimento.

O sistema judicial é analisado no capítulo V, no qual identifica-se o conteúdo e os argumentos utilizados pelos tribunais, bem como as características sociais do atuar das cortes. Ademais, verifica-se, ainda, a importância da adoção de algumas medidas pelos julgadores, como a fiscalização da hipossuficiência dos demandantes e o potencial de universalização das decisões judiciais.

Já o capítulo VI é dedicado ao sistema médico-social, cuja produção científica alerta para as distorções do mercado farmacêutico e seus reflexos na atividade curativa e preventiva. O capítulo demonstra que, para atuar como protetor do direito fundamental à saúde – e, não, como garantidor dos lucros dos laboratórios – faz-se necessária a atenção do juiz aos argumentos dos sanitários.

As críticas do sistema da gestão pública são abordadas nos capítulos VII e VIII. O primeiro trata da reserva do possível e do risco de desorganização administrativa do serviço sanitário em razão das decisões judiciais. Já o capítulo VIII é integralmente destinado à questão federativa, constatando que, em razão do princípio da subsidiariedade, existe uma solidariedade de mão única entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em que o ente maior é co-responsável com o menor pelo fornecimento da prestação sanitária.

A conclusão está no capítulo IX, no qual se apresenta a proposta de uma judicialização cooperativa das políticas públicas sanitárias, mediante um atuar colaborativo entre poderes constituídos e os sistemas de conhecimento envolvidos no debate.

Desse modo, a dissertação pretende oferecer uma análise crítica do controle judicial das políticas públicas de saúde, contribuindo para a solução do dilema de Asclépio.

CAPÍTULO I – A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

A análise da trajetória histórica das políticas públicas de saúde brasileiras – ainda que sem a pretensão de um estudo exauriente – constitui valioso instrumento para a compreensão das características atuais do sistema de saúde, pois permite uma melhor identificação dos avanços e das dificuldades desse serviço público. Essa investigação conduz à conclusão de que o estágio atual não é fruto do acaso ou de idéias descontextualizadas, mas uma construção histórica.

Considerando as características desse processo evolutivo, identificou-se seis períodos históricos. O primeiro envolve as épocas colonial e imperial; o segundo engloba a República Velha e a Era Vargas; em um terceiro momento, analisa-se a experiência democrática pré-golpe militar; o quarto período coincide com a fase ditatorial; a abertura democrática anterior à Constituição de 1988 é analisada no quinto período; por fim, o sexto período trata da fase pós-constitucional.

O presente capítulo analisa a evolução das políticas públicas de saúde até a Constituição de 1988 ou, mais precisamente, até a edição da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, e da Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Os desdobramentos posteriores são objeto de considerações nos capítulos VI e VIII.

I.1 Saúde na Colônia e no Império: primeiras experiências dos serviços de saúde brasileiros

Os serviços de saúde no período colonial eram precários, não apenas pelo estágio da ciência médica à época, mas, sobretudo, pela escassez de profissionais, que inviabilizava uma estrutura de atenção à saúde da população.

Na realidade, as prestações sanitárias tiveram origem das Santas Casas, tendo sido a primeira delas a Santa Casa da Misericórdia de Santos, fundada

por Braz Cubas e inaugurada em 1543⁹. No Rio de Janeiro, o Hospital Geral da Santa Casa foi fundado por José de Anchieta, em 1582¹⁰.

Com grande vinculação a essas instituições, os jesuítas desempenhavam relevante papel na medicina colonial, que contava também com outros agentes de cura: os físicos, os cirurgiões, os barbeiros e os boticários. Os primeiros (físicos), formados por universidades européias, constituíam o menor grupo e eram raros no território brasileiro. Os cirurgiões eram práticos submetidos a um exame perante as autoridades sanitárias (comissários do físico-mor ou do cirurgião-mor), a fim de obter sua “carta de examinação”. O barbeiro podia receber a permissão oficial para realizar cirurgias (tornando-se cirurgião-barbeiro) ou restringir-se à aplicação de ventosas, sarjaduras e sanguessugas, corte de cabelo ou barba e extração de dentes. Já aos boticários cabia a preparação e o comércio de medicamentos.¹¹

O cenário sanitário apenas foi modificado com a chegada da família real ao Brasil, em 1808. A fixação na corte portuguesa em território brasileiro produziu a necessidade de criação de uma estrutura sanitária mínima, bem como estimulou a vinda de profissionais europeus. Mais que isso, deflagrou o processo de institucionalização do setor de saúde¹², inclusive com a

⁹ IVAMOTO, Henrique Seiji. *Santa Casa da Misericórdia de Santos*. Disponível em <http://www.scms.org.br/noticia.asp?codigo=42&COD_MENU=24>, acesso em 17 de julho de 2009.

¹⁰ Informação disponível em <<http://www.santacasarj.org.br/1582.htm>>, acesso em 17 de julho de 2009.

¹¹ Dicionário Histórico-Biográfico das Ciências da Saúde no Brasil (1832-1930), verbete Escola de Cirurgia da Bahia. Disponível em <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/P/verbetes/escirba.htm>>, acesso em 17 de julho de 2009.

¹² BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In MATTA, Gustavo Corrêa. MOURA, Ana Lúcia de. *Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 31.

inauguração, ainda em 1808, da Escola de Cirurgia da Bahia¹³ e da Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica do Rio de Janeiro¹⁴.

A inspiração dessas medidas, todavia, não era o bem-estar dos indivíduos. “A preocupação maior era a saúde da cidade e do produto; a assistência ao trabalhador era uma consequência dessa política”¹⁵

A independência não trouxe grande avanço para os serviços sanitários do Império. Porém, é importante destacar uma relevante conquista simbólica: os “socorros públicos” foram contemplados no texto da Constituição de 1824 (Art. 179, XXI – “A Constituição também garante os socorros públicos”).

I.2 Políticas de Saúde: instrumentos do projeto civilizatório

O período da República Velha (1889-1930), inaugurado logo em seguida à abolição da escravidão e apenas poucos anos após a independência do país (1822), marca a utilização das políticas públicas de saúde como instrumentos de um projeto civilizatório.

Isso porque o país enfrentava problemas para a formação de um sentimento nacional e a construção de uma autoridade estatal sobre o território¹⁶, em razão do forte poder político e econômico das oligarquias locais, que impediam a penetração do poder do Estado. Por outro lado, a idéia

¹³ “A Escola de Cirurgia da Bahia foi criada a pedido de José Corrêa Picanço, pernambucano, cirurgião da Real Câmara, lente jubilado da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra. Como membro da corte portuguesa, Picanço retornou ao Brasil em 1808. Neste mesmo ano, o Príncipe-Regente D. João, atendendo a seu pedido, fundou a Escola de Cirurgia da Bahia na cidade de Salvador pela decisão régia de 18/02/1808, expedida pelo Ministro do Reino D. Fernando José de Portugal, ao Capitão-general da Bahia Conde da Ponte (João Saldanha da Gama)” in Dicionário Histórico-Biográfico das Ciências da Saúde no Brasil (1832-1930), verbete Escola de Cirurgia da Bahia. Disponível em <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/P/verbetes/escirba.htm>>, acesso em 17 de julho de 2009.

¹⁴ “A Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro foi criada pelo príncipe regente D. João, por Carta Régia, assinada em 5 de novembro de 1808, com o nome de Escola de Anatomia, Medicina e Cirurgia e instalada no Hospital Militar do Morro do Castelo. Até então a filosofia colonial dificultava o ensino superior no Brasil, por considerá-lo ameaça aos interesses da corte.” Informação disponível em <http://www.medicina.ufrj.br/colchoes.php?id_colchao=1>, acesso em 17 de julho de 2009.

¹⁵ BAPTISTA, Tatiana *op. cit.* (História...), p. 32.

¹⁶ LIMA, Nísia Trindade. FONSECA, Cristina M. O. HOCHMAN, Gilberto. A saúde na construção do Estado nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In LIMA, Nísia Trindade *et al.* (org.). *Saúde e Democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 30.

de uma *inferioridade climática e racial*¹⁷ contribuía para a inexistência de vinculações patrióticas, sendo freqüentes comentários como o do naturalista Saint-Hilaire, no sentido de que “*havia um país chamado Brasil; mas absolutamente não havia brasileiros*”¹⁸.

Desse modo, o coronelismo local se sentia pouco vinculado ao poder central, considerando-o dispensável para a administração de seus interesses e de seu protetorado. Outrossim, a população – especialmente no interior – apresentava um conformismo com as precárias condições sociais, resignando-se diante da idéia de que a miséria decorria do clima e da “raça” brasileiros.

Os problemas sanitários, todavia, provocavam reação distinta. Em primeiro lugar porque a busca por saúde e as tentativas de evitar a morte não permitiam o mesmo grau de resignação existente em outras matérias. A soma dessa peculiaridade com o impacto econômico das doenças na produção agropecuária conscientizou as elites políticas locais dos deletérios efeitos do quadro sanitário para seus projetos político-econômicos. Cabe destacar que a produção do café – base da economia à época – apresentava uma crescente necessidade de mão-de-obra, cuja captação era ameaçada pelas epidemias entre os trabalhadores.¹⁹

Ocorre que as políticas de saúde e saneamento para o combate às doenças transmissíveis dependiam do fortalecimento da autoridade estatal, especialmente do governo federal²⁰. Como os coronéis não tinham como assumir esse papel, sentiram-se pressionados a admitir a presença do Estado. É dessa forma que a política sanitarista transformou-se em um dos mais

¹⁷ *Id.*

¹⁸ SAINT-HILAIRE, Auguste. *Viagens pelo distrito dos diamantes e litoral do Brasil*. Tradução de Leonam de Azeredo Pena. Companhia Editora Nacional, 1941, p. 431, disponível em <<http://books.google.com.br>>, acesso em 19 de julho de 2009.

¹⁹ BAPTISTA, Tatiana *op. cit.* (História...), p. 32.

²⁰ *Id.*

importantes projetos nacionalistas e de reforma social²¹, contribuindo para a integração nacional²².

Desse modo, a responsabilidade pelo atraso nacional gradativamente deixou de ser atribuída à inferioridade racial dos brasileiros e foi substituída pela crença na doença generalizada²³, provocando a mobilização das elites intelectuais e políticas em favor do saneamento do interior.

Destarte, o país experimentou uma espécie de reforma da saúde, marcada pela criação de órgãos dedicados ao cuidado sanitário, como a Diretoria Geral de Saúde Pública (DGSP), em 1897, e o Instituto Soroterápico Federal, em 1900, posteriormente renomeado Instituto Oswaldo Cruz. Outrossim, o período ficou caracterizado por ações de saneamento e urbanização, ao menos na capital, bem como de combate a epidemias, inclusive por meio de campanhas de vacinação obrigatória, inspiradas por Oswaldo Cruz, que à época encontrou grande resistência, produzindo, até mesmo, uma revolta popular (Revolta da Vacina²⁴).

²¹ *Id.*

²² Como exemplo, destaca-se o papel das expedições científicas realizadas pelo Instituto Oswaldo Cruz e outras instituições, que desconstruíram a idéia do sertão como um espaço saudável, ficando demonstrada a necessidade da presença do poder público para a garantia da saúde dos sertanejos. Cf. *Id.*, p. 34.

²³ *Id.*, p. 35.

²⁴ “Em 1904, uma epidemia de varíola assolou a capital. Somente nos cinco primeiros meses, 1800 pessoas tinham sido internadas no Hospital São Sebastião. Embora uma lei prevendo imunização compulsória das crianças contra a doença estivesse em vigor desde 1837, ela nunca fora cumprida. Assim, a 29 de junho de 1904, o Governo enviou ao Congresso projeto reinstaurando a obrigatoriedade de vacinação antivariólica. Suas cláusulas previam vacinação antes dos seis meses de idade e para todos os militares, revacinação de sete em sete anos e exigência de atestado de imunização para candidatos a quaisquer cargos ou funções públicas, para quem quisesse se casar, viajar ou matricular-se numa escola. Davam ainda à polícia sanitária poderes para convidar todos os moradores de uma área de foco a se imunizarem. Quem se recusasse seria submetido à observação médica em local apropriado, pagando as despesas de estadia. O projeto estipulava ainda punições e multas para médicos que emitissem atestados falsos de vacinação e revacinação, obrigava diretores de colégio a obedecerem as disposições sobre imunização dos estudantes e instituía a comunicação de todos os registros de nascimento. Estas medidas draconianas estarreceram a população e a oposição a Oswaldo Cruz atingiu seu ápice. Os jornais lançaram violenta campanha contra a medida. Parlamentares e associações de trabalhadores protestaram e foi organizada a Liga contra a Vacinação Obrigatória. No dia 13 de novembro, estourou a Revolta da Vacina. Choques com a polícia, greves, barricadas, quebra-quebra, tiroteios - nas ruas, a população se levantou contra o governo. No dia 14, a Escola Militar da Praia Vermelha aderiu à rebelião, mas após intenso tiroteio os cadetes foram dispersados. Na Saúde, o Port Arthur carioca, os protestos continuaram. Finalmente, O Governo decretou estado de sítio e, no dia 16, conseguiu derrotar o levante, mas suspendeu a obrigatoriedade da vacina. Oswaldo Cruz acabou vencendo a batalha. Em 1907, a febre amarela estava erradicada do Rio de Janeiro. Em 1908, violenta epidemia de varíola levou a população em massa aos postos de vacinação. O Brasil

A análise das medidas sanitárias adotadas nesse período demonstra que seu objetivo principal continuava a ser a proteção da cidade. O indivíduo apenas recebia atenção médica com mera consequência dessa política. Assim, medidas radicais de polícia sanitária eram justificadas, objetivando o combate das epidemias. Isolamento hospitalar, interdição e demolição de prédios, multa e prisão, bem como a vacinação obrigatória, previstos no Decreto nº 1.151, de 5 de janeiro de 1904, que reforma o Código Sanitário, eram as principais formas de atuação do Estado na promoção da saúde.

É curioso destacar que o mesmo instrumento normativo (Decreto nº 1.151/1904) criou o “Juízo de feitos da saúde pública”, cuja competência abrangia todas as ações, cíveis e criminais, em matéria de higiene e salubridade pública, inclusive despejos, demolição, interdição e desapropriação de obras ou propriedades, cobrança de multas ou taxas sanitárias, julgamento de crimes e contravenções de higiene e salubridade públicas, além de qualquer outra ação em que a saúde pública pudesse ser interessada. A Justiça Sanitária foi extinta em 1911, após julgamento de 3.732 casos, número bastante significativo para a época, constituindo relevante instrumento para a manifestação contrária às práticas da polícia sanitária. Assim, ao contrário das demandas atuais que buscam compelir o Estado a prestar serviços de saúde, a Justiça Sanitária era provocada para impedir a atuação estatal.²⁵

A criação de um aparato e a concretização de medidas de saúde pública demonstram que os sanitaristas ganharam força e obtiveram conquistas importantes durante a Primeira República. Dentre elas, destaca-se a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), em 1920²⁶ lançando as bases para a criação de um sistema nacional da saúde verticalizado e concentrado nas ações do governo central²⁷.

finalmente reconhecia o valor do seu sanitarista.” Disponível em <<http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=114&sid=6>>, acesso em 16 de julho de 2009.

²⁵ Sobre a Justiça Sanitária, cf. QUEIROZ, Eneida Quadros. *Justiça Sanitária – cidadãos e judiciário nas reformas urbana e sanitária – Rio de Janeiro (1904-1914)*. Dissertação (mestrado). Universidade Federal Fluminense (UFF) – Instituto de Ciência Humanas e Filosofia, 2008.

²⁶ O DNSP foi dirigido até 1926 por Carlos Chagas. Cf. BAPTISTA, Tatiana *op. cit.* (História...), p. 36.

²⁷ *Id.*, p. 36-37.

O primeiro governo Vargas seguiu a tendência centralizadora, reforçando o papel da esfera federal na prestação dos serviços de saúde. O Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930, criou o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública (MESP) responsável pelos “*assuntos relativos ao ensino, saúde pública e assistência hospitalar*”^{28/29}. Desse modo, o DNSP passou à condição de órgão do MESP, até que em 1937 foi substituído pelo Departamento Nacional de Saúde (DNS), no mesmo ano em que o MESP foi sucedido pelo Ministério da Educação e da Saúde (MES).

Paralelamente, iniciou-se outra forma de tutela da saúde, por meio de entidades de previdência social. A Lei Eloy Chaves – em realidade o Decreto Legislativo 4.682, de 24 de janeiro de 1923 – cria as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os trabalhadores das estradas de ferro³⁰, aos quais era garantido o direito de receber “socorros médicos” para si e seus dependentes, além de medicamentos obtidos por preço especial³¹. O Decreto 5.109, de 20 de dezembro de 1926, estende a cobertura médico-previdenciária aos trabalhadores das empresas de navegação marítima e fluvial³². Em 1928, a Lei 5.484 cria as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os trabalhadores das empresas de serviços telegráficos e rádio-telegráficos.

Em 1930, mesmo ano de criação do MESP, o Governo Vargas criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC), por meio do Decreto 19.433, de 26 de novembro, ao qual estavam subordinados os Institutos de

²⁸ Decreto 19.402, de 14 de novembro de 1930, art. 2º - Este Ministério terá a seu cargo o estudo e despacho de todos os assuntos relativos ao ensino, saúde pública e assistência hospitalar.

²⁹ A pasta foi ocupada entre 1934 e 1945 por Gustavo Capanema Filho. Informação disponível em <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2:historia&catid=97:omec&Itemid=171>, acesso em 08 de junho de 2009.

³⁰ Decreto Legislativo 4.682, de 24 de janeiro de 1923, art. 1º Fica creada em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no paiz uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os respectivos empregados.

³¹ Decreto Legislativo 4.682, de 24 de janeiro de 1923, art. 9º - Os empregados ferroviários, a que se refere o art. 2º desta lei, que tenham contribuído para os fundos da Caixa com os descontos referidos no art. 3º letra "a" terão direito: 1- a socorros médicos em casos de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo tecto e sob a mesma economia; 2- a medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração; 3- aposentadoria; 4- a pensão para seus herdeiros em caso de morte.

³² Decreto Legislativo 5.109, de 20 de dezembro de 1926, art. 1º, § 1º - dispositivos da presente lei são extensivos a todas as empresas de navegação marítima ou fluvial e ás de exploração de portos pertencentes a União, aos Estados, aos municipios e a particulares, em tudo quanto lhes possa ser applicavel.

Aposentadorias e Pensões (IAPs), sucessores das Caixas de Aposentadorias e Pensões. Os IAPs não se limitavam aos trabalhadores de uma empresa específica, mas abrangiam toda a categoria profissional, permitindo a manutenção de hospitais e ambulatórios próprios.

Estava-se diante de uma divisão que traduzia mais que uma mera especificação de funções. Tratava-se, na verdade, de “*um formato diferenciado de reconhecimento de direitos sociais*”³³. Enquanto a assistência médica individual previdenciária, destinada aos trabalhadores inseridos no mercado formal de trabalho (essencialmente urbanos), estava a cargo do MTIC, aqueles não cobertos pela Previdência Social, identificados como pré-cidadãos³⁴ (pobres, desempregados, trabalhadores informais e rurais) eram atendidos pelos serviços de saúde pública vinculados ao MESP.

As duas formas de atuação, entretanto, marcaram um modelo de gestão de saúde pública cuja normatização estava concentrada no poder central, enquanto a execução pulverizou-se entre os Estados. Desse modo, o governo central mantinha vínculo com os poderes políticos locais, coordenando a sua atuação e reforçando o caráter centralizador do estado nacional.

I.3 Saúde e Progresso: vinculação necessária, precedência duvidosa

Durante a experiência democrática existente entre 1945 e 1964, caracterizada pela sede de progresso, “*instituíam-se a idéia de que a saúde era um bem de valor econômico, e de que investimentos em ‘capital humano’ eram fundamentais para o desenvolvimento e progresso nas nações, especialmente dos países pobres*”³⁵. A saúde da população, portanto, era uma condição para o desenvolvimento nacional, adquirindo importância cada vez maior no debate político.

A criação do Ministério da Saúde, por meio da Lei 1.920, de 25 de julho de 1953, reforça a tendência de maior politização das decisões sobre as ações

³³ LIMA, FONSECA. HOCHMAN. *Op. cit.*, p. 41.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*, p. 47.

de saúde, que passaram a ser objeto de interações entre os sanitaristas e a estrutura político-partidária³⁶. O discurso prevalecente consistia, portanto, em afirmar que a saúde precedia e condicionava o progresso do país e, por isso, independia do desenvolvimento econômico³⁷.

Gradativamente, porém, ganha força a idéia desenvolvimentista, que considera a saúde uma conseqüência do progresso econômico. Em outras palavras, estava estabelecido um debate entre a noção de saúde como causa do desenvolvimento econômico e social versus o pensamento de que a conquista sanitária seria um efeito do progresso^{38 39}.

Os debates, entretanto, não resistiram ao regime ditatorial militar, cuja prioridade era a assistência médica previdenciária.

1.4 Sanitaristas informam: a ditadura é prejudicial à saúde

Apesar da cobertura previdenciária ter sido padronizada ainda em 1960, pela Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, foi apenas em 1966 – sob o novo regime – que os IAPs foram unificados em um único Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), por meio do Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro, que tornou-se a destinação de todas as contribuições previdenciárias, bem como o responsável pela gestão das aposentadoria, pensões e assistência médica de todos os trabalhadores formais.

O INPS passou a gerir o Regime Geral de Previdência Social, bem como o Plano Básico de Previdência Social, criado pelo Decreto-Lei 564, de 01 de

³⁶ *Ibid.*, p. 51.

³⁷ É simbólica a mensagem de Juscelino Kubitschek ao Congresso Nacional na abertura da sessão legislativa de 1956: “Embora não seja possível da saúde, no seu conceito mais amplo – que não é apenas a ausência de doença ou enfermidade, mas um estado de completo bem-estar físico, mental e social -, torna-se, no entanto, possível evitar os sofrimentos de muitas delas por meio de medidas simples, de custo reduzido.” *in id.*, p. 53.

³⁸ *Id.*, p. 54.

³⁹ É válido comparar a mensagem de Juscelino Kubitschek, adrede colacionada, com o discurso de João Goulart, na sessão inaugural da 3ª Conferência Nacional de Saúde, em 1963: “a política que o Ministério da Saúde deseja implantar na orientação das atividades médico-sanitárias do País se enquadra precisamente dentro da filosofia de que a saúde da população brasileira será uma conseqüência do processo de desenvolvimento econômico nacional, mas que para ajudar nesse processo o Ministério da Saúde deve dar uma grande contribuição, incorporando os Municípios do país em uma rede básica de serviços médico-sanitários, que forneçam a todos os brasileiros um mínimo indispensável à defesa de sua vida...” *Id.*, p. 54.

maio de 1969, em favor dos trabalhadores rurais⁴⁰. Todavia, no que tange aos serviços de saúde, a indigitada autarquia continuava restrita aos trabalhadores formais urbanos, pois a assistência médica do plano básico seria prestada pelo Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (FUNRURAL⁴¹) (Decreto-Lei 564/1969, art. 7º).

Ainda com a mesma inspiração, a Lei 6.439, de 01 de setembro de 1977, cria o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia federal com atribuição de prestar assistência médica aos trabalhadores urbanos (art. 6º, I), incluindo os servidores públicos (art. 6º, II), bem como aos trabalhadores rurais (art. 6º, III) e à população carente, por meio de programas específicos.

Relegada a um segundo plano, a saúde pública (não previdenciária) tornou-se ineficiente, contrastando com as grandes quantias aplicadas no fomento – muitas vezes questionável – da assistência médica previdenciária, que experimentou na década de 1970 o seu maior crescimento⁴². A redução dos investimentos na saúde não previdenciária durante os anos do regime autoritário demonstra o acerto dessa assertiva. Em 1964, o investimento na área correspondeu a 3,65% do orçamento da União. Em 1968, houve uma redução para 2,21%, em 1970, para 1,6% e, em 1974, chegou a 0,9%⁴³.

⁴⁰ O Plano Básico de Previdência Social foi criado, originalmente, para atender aos empregados e trabalhadores avulsos do setor rural da agroindústria canavieira e das empresas de outras atividades que, pelo seu nível de organização, pudessem ser incluídas (art. 2º, Decreto-Lei 564/1969). Ainda em 1969, o Decreto-Lei 704, de 24 de julho, ampliou o universo de trabalhadores rurais beneficiados.

⁴¹ O FUNRURAL foi criado pelo art. 158, do Estatuto do Trabalhador Rural (Lei 4.214, de 02 de março de 1963), regido pelo Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários (IAPI), que previa como benefícios, além da assistência médica, a assistência à maternidade, o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez ou velhice, a pensão por morte e o auxílio-funeral (art. 164). Para prestar a assistência médica e a assistência à maternidade o IAPI estava autorizado a celebrar convênios com clínicas ou entidades hospitalares, bem como com outras instituições de previdência. Posteriormente, o Decreto-Lei 276, de 28 de fevereiro de 1967, em seu art. 2º, especifica que “a prestação de assistência médico-social ao trabalhador rural e seus dependentes far-se-á na medida das possibilidades financeiras do FUNRURAL e consistirá em: a) assistência médico-cirúrgica-hospitalar-ambulatorial; b) assistência à maternidade, por ocasião do parto; c) assistência social”.

⁴² ESCOREL, Sarah. NASCIMENTO, Dilene Raimundo. EDLER, Fávio Coelho. As origens da Reforma Sanitária e do SUS. In LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). *Saúde e Democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 61.

⁴³ CONTADOR, Vicente. A conjuntura política nacional e o Movimento Municipalista na área de saúde da década de 70. In *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das universidades e dos municípios*. Brasília: CONASEMS, 2007, p. 34.

Os indicadores do regime ditatorial na área da saúde “*refletiam as mazelas de um modelo econômico excludente e concentrador de rendas e de capital*”⁴⁴. A gestão de saúde, nos moldes utilizados pelo regime militar, logo se mostrou insustentável. A opção pela medicina curativa e o desperdício de recursos financeiros demonstravam a clara a necessidade de mudanças.

I.5 Saúde e democracia: contribuição do movimento sanitário para o restabelecimento democrático

Os desacertos das políticas públicas de saúde no regime militar estimularam a criação de um movimento sanitário, o qual se somou a outros movimentos sociais⁴⁵ com um objetivo em comum: “*a luta pelos direitos civis e sociais percebidos como dimensões imanentes à democracia*”⁴⁶.

Destarte, mais do que um esforço acadêmico e de reforma das políticas de saúde, o movimento sanitarista representou uma verdadeira “*oposição silenciosa à ditadura militar*”⁴⁷, que encontrou campo fértil nos Departamentos de Medicina Preventiva de algumas universidades, especialmente, UFF, UNICAMP, USP e UEL, traduzindo uma aproximação das Ciências Médicas e Biológicas e as Ciências Sociais^{48 49}.

Uma de suas principais bandeiras era a crítica ao modelo curativo e a conseqüente *medicalização* da medicina, que aumentava (e ainda aumenta) exageradamente os custos dos tratamentos, tornando-os inacessíveis a grandes parcelas da população. Em substituição a uma medicina cada vez mais

⁴⁴ *Id.*, p. 32.

⁴⁵ ESCOREL. NASCIMENTO. EDLER. *Op. cit.*, p. 60-62.

⁴⁶ *Id.*, p. 62.

⁴⁷ CONTADOR. *Op. cit.*, p. 39.

⁴⁸ *Id.*, p. 36 e 38-39.

⁴⁹ Na realidade, a medicina preventiva, disciplina incluída no currículo das faculdades pela reforma universitária de 1968, “*foi o locus a partir do qual começou a se organizar o movimento sanitário, que buscava conciliar a produção do conhecimento a prática política, ao mesmo tempo em que ampliava sem campo de ação, envolvendo-se com organizações da sociedade civil nas suas demandas pela democratização do país.*” In ESCOREL. NASCIMENTO. EDLER. *op. cit.*, p. 63.

elitizada, o movimento sanitário apregoava medidas como a atenção primária realizada por pessoal não profissional e a valorização da medicina tradicional⁵⁰.

As idéias do movimento sanitário não estavam isoladas no contexto brasileiro. A Declaração de Alma-Ata (Cazaquistão), de 1978, deixa evidente a preocupação da Organização Mundial de Saúde com a grave desigualdade existente nas condições de saúde, seja entre diferentes países, seja no plano interno, classificada como política, social e economicamente inaceitável. Como solução, indica o incremento da atenção primária à saúde⁵¹, a qual conceitua da seguinte forma⁵²:

La atención primaria de salud es la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación. La atención primaria forma parte integrante tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad. Representa el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el sistema nacional de salud, llevando lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen y trabajan las personas, y constituye el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria.

Percebe-se, com relativa clareza, que, com o movimento sanitário e a medicina social, a saúde extravasa a porta dos consultórios, os centros

⁵⁰ *Id.*, p. 63.

⁵¹ “Assim como a Medicina Comunitária, as propostas surgidas da Conferência, partem de uma lógica racionalizadora para os serviços de saúde, pretendendo responder aos investimentos necessários à assistência, com menores custos possíveis. Este cálculo é baseado em grande medida por uma determinada conjuntura de recessão econômica vivida pelo capitalismo. A lógica pensada, é a de que os estados não mais teriam recursos suficientes para continuar financiando os sistemas de saúde. Seria necessário então, articular uma proposta minimamente eficiente, de baixo custo, e capaz de ganhar a adesão entre os diversos segmentos da sociedade, contemplando amplas camadas da população com ações básicas de assistência em saúde.” In FRANCO, Túlio Batista. MERHY, Emerson Elias. PSF: Contradições de um programa destinado à mudança do modelo tecnoassistencial. In FRANCO, Túlio Batista. MERHY, Emerson Elias et al. *O trabalho em saúde: olhando e experienciando o SUS no cotidiano*. São Paulo: HUCITEC, 2003.

⁵² Disponível em <http://www.paho.org/spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm>, acesso em 13 de julho de 2009.

cirúrgicos e os balcões das farmácias, para ganhar as ruas e as assembleias, abrindo-se à deliberação da sociedade. Deixa de ser exclusivamente um problema clínico, para assumir, também, um viés político.

Essa dinâmica passa a receber significativo impulso com a criação do Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (CEBES), em 1976, entidade com objetivos acadêmicos e políticos, com atuação em diversas frentes: da produção e divulgação de conhecimentos ideologicamente parciais e de propostas de modificação das políticas de saúde à ocupação de espaços institucionais e aproximação com parlamentares⁵³. A atuação do CEBES viabilizou a realização do I Simpósio sobre Política Nacional de Saúde, pela Comissão de Saúde da Câmara de Deputados⁵⁴. Nesse evento ocorreu o primeiro debate público a respeito de um sistema único de saúde, sendo certo que o documento produzido pelo CEBES, para contribuição à discussão, transformou-se na cartilha do movimento sanitarista.

Também a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva (ABRASCO), criada em 1979, funcionou como celeiro de idéias do movimento sanitarista, especialmente a valorização da medicina preventiva e social. A ABRASCO ofereceu residência médica com esse enfoque, tendo celebrado convênio com o INAMPS e várias universidades e, como conseqüência, influenciando acadêmicos e gestores sanitários⁵⁵.

Ainda em 1980, foi realizada a VII Conferência Nacional de Saúde⁵⁶, com objetivo de elaborar um programa nacional de assistência básica à saúde,

⁵³ RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003, p. 35.

⁵⁴ ESCOREL. NASCIMENTO. EDLER. *Op. cit.*, p. 71.

⁵⁵ *Id.*, p. 68.

⁵⁶ “As Conferências Nacionais de Saúde vêm sendo organizadas em virtude de a Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, que deu nova organização ao Ministério da Educação e Saúde, haver estabelecido que o governo as convocaria a cada dois anos. As duas primeiras conferências se realizaram no Rio de Janeiro, sob os auspícios daquele Ministério, nos anos de 1941 e 1950. A 3ª Conferência foi também realizada naquela cidade, em 1963, já pelo Ministério da Saúde, criado em 1953 e instalado em 1954. Somente em 1967 é que, por proposta do Conselho Nacional de Saúde, teve lugar a 4ª Conferência, ainda no Rio de Janeiro. A partir daí as Conferências Nacionais de Saúde passaram a se realizar em Brasília, efetuando-se a 5ª e a 6ª em 1975 e 1977, respectivamente. A convocação da 7ª Conferência Nacional de Saúde teve por finalidade submeter a amplo debate os propósitos do governo quanto às ações a serem empreendidas, pelo Ministério da Saúde, com respeito à implantação e desenvolvimento de um programa nacional de serviços básicos de

sob forte influência do movimento sanitário e inspirado na Declaração de Alma-Ata, com grande preocupação com a universalização do acesso aos serviços de saúde. Apesar do governo militar não ter incorporado, às suas políticas públicas, as medidas definidas na VII Conferência Nacional de Saúde, caminhava-se para uma inevitável reforma do sistema de saúde, no mesmo ritmo em que o país aproximava-se da abertura democrática.

Seguindo essa trilha evolutiva, já em 1986, foi realizada a histórica⁵⁷ VIII Conferência Nacional de Saúde, com a participação de mais de quatro mil pessoas, na qual foi afirmada a saúde como um direito, consistente na “*garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade*”⁵⁸.

Foi na VIII Conferência Nacional de Saúde que se formulou a proposta concreta de criação de um sistema único de saúde, a ser informado por princípios específicos⁵⁹, tais como a universalização em relação à cobertura populacional a começar pelas áreas carentes e totalmente desassistidas; equidade em relação ao acesso dos que necessitam de atenção; atendimento de qualidade compatível com o estágio de desenvolvimento do conhecimento e

saúde que, sob a responsabilidade direta do setor público e sem prejuízo de um setor privado independente, vise oferecer à população brasileira um grau de cobertura de saúde que lhe permita levar uma vida social e economicamente produtiva. Por outro lado, quis o governo brasileiro marcar, com a vinda do Diretor-Geral da Organização Mundial da Saúde, o seu formal e definitivo engajamento no esforço de caráter mundial a que todos os países, com base na Conferência de Alma-Ata, de setembro de 1978, e na 32ª Assembléia Mundial da Saúde, de maio de 1979, se comprometeram a realizar dentro do lema “Saúde para todos até o ano 2000”, em prol da elevação do nível de saúde de suas populações. Desejou, por fim, o governo oferecer à Nação uma prova de sua determinação em imprimir à sua ação, no vasto campo da saúde, perfeita coerência e efetiva coordenação, através de ampla participação social e institucional, a ser orientada por uma nova política nacional de saúde devidamente integrada no processo de desenvolvimento do País.” In Relatório Final da VII Conferência Nacional de Saúde, disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/7conf_nac5_rel.pdf>, acesso em 21 de julho de 2009.

⁵⁷ “Esta conferência foi um marco histórico da política de saúde brasileira, pois, pela primeira vez, contava-se com a participação da comunidade e dos técnicos na discussão de uma política setorial” in BAPTISTA, Tatiana *op. cit.* (História...), p. 49.

⁵⁸ In Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde, p. 04, disponível em <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>, acesso em 21 de julho de 2009.

⁵⁹ “Divisor de águas na história da saúde no Brasil, nessa Conferência foram delineados princípios norteadores do que viria a ser o SUS proposto pela Constituição de 1988.” in CONTADOR, Op. Cit., p. 39.

com recursos disponíveis; fortalecimento do papel dos municípios; e a descentralização na gestão dos serviços⁶⁰.

A idéia do sistema único de saúde, todavia, não foi implantada imediatamente, tendo sido antecedida pelo Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), criado pelo Decreto nº 94.657, de 20 de julho de 1987, fundado na cooperação intergovernamental prevista no § 3º, art. 13, da Constituição de 1967 e no § 5º, do art. 10, do Decreto-Lei nº 200, de 1967⁶¹. Apesar de representar o início das idéias propugnadas pela VIII Conferência Nacional de Saúde⁶², em especial a universalização, o SUDS não explicitava uma política de municipalização, mantendo os recursos da saúde no âmbito federal.⁶³

Porém, o legado mais relevante da VIII Conferência Nacional de Saúde foi a influência na construção do texto constitucional. Em realidade, o indigitado evento pode ser considerado parte integrante do processo constituinte⁶⁴, sendo certo que “a área da saúde conseguiu chegar à Assembleia Nacional Constituinte com sua proposta discutida, legitimada e completa, do ponto de vista do ideário do movimento sanitário”⁶⁵, cujas idéias, em boa medida, foram traduzidas, não sem grandes embates, nos artigos 196 a 200 da Constituição de 1988.

⁶⁰ Cf. *Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde*, p. 04, disponível em <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>, acesso em 21 de julho de 2009.

⁶¹ SANTOS, Lenir. ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. *SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos*. Campinas: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 2007, p. 31.

⁶² SANTOS. ANDRADE. *Op. cit.*, p. 32.

⁶³ ESCOREL. NASCIMENTO. EDLER. *Op. cit.*, p. 80. No mesmo sentido, RODRIGUEZ NETO, *Op. cit.*, p. 79.

⁶⁴ “Quando se fala em processo Constituinte vivido pela sociedade brasileira, descarta-se a exclusividade da elaboração da nova Constituição pelos próprios parlamentares constituintes. Assume-se que, bem ou mal, pouco ou muito, houve uma participação direta de outros segmentos da sociedade na definição dos rumos, das teses e dos preceitos que passaram a integrar a nova Constituição.(...) Apesar de a 8ª Conferência Nacional de Saúde não ter feito propostas específicas para a nova Constituição, definiu o quadro de referência que passaria a informar, a partir de então, o conjunto de sugestões e reivindicações que o movimento sanitário passaria a apresentar no processo Constituinte. Vale registrar a referência feita a ela pelo presidente José Sarney no seu discurso realizado na ocasião: a 8ª Conferência Nacional de Saúde deveria constituir-se ‘numa verdadeira pré-constituinte da Saúde’.” In RODRIGUEZ NETO. *Op. cit.*, p. 20 e 53.

⁶⁵ ESCOREL. NASCIMENTO. EDLER. *Op. cit.*, p. 80. No mesmo sentido, RODRIGUEZ NETO, *Op. cit.*, p. 51.

Um dos resultados práticos da VIII Conferência Nacional de Saúde foi a criação da Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CNRS)⁶⁶, por meio da Portaria Interministerial MEC/MS/MPAS nº 02, de 22 de agosto de 1986⁶⁷, que assumiu a tarefa de elaborar proposta de texto constitucional para a saúde. Em razão da influência do movimento sanitário, a proposta da CNRS harmonizou-se com as diretrizes da mencionada conferência.

As discussões na Assembléia Constituinte foram permeadas por grandes disputas entre o movimento sanitarista e os defensores da iniciativa privada. Os primeiros debates foram travados na subcomissão de saúde, seguridade e meio ambiente, composta de vinte e um constituintes e seus suplentes, cuja maior parte não tinha propostas claras sobre saúde e desconheciam o cenário desse serviço⁶⁸. Observe-se que como a subcomissão possuía uma pauta mais ampla que a discussão sanitária, vários de seus integrantes tinham como foco de seu interesse discussões sobre meio ambiente, previdência social e assistência social.

Ainda assim, não obstante a forte pressão dos representantes das idéias liberais, as diretrizes do movimento sanitário prevaleceram no relatório da subcomissão. Para tanto, o sucesso do SUDS teve considerável peso, pois angariou a simpatia dos Estados e dos Municípios⁶⁹. Com a transposição do debate para a comissão da ordem social, surgiu e consolidou-se a idéia de incluir a saúde como um dos ramos da seguridade social, principalmente em razão de questões de financiamento⁷⁰. Na comissão de sistematização e no plenário continuaram os confrontos entre os sanitaristas e a iniciativa privada⁷¹, mas as idéias do movimento sanitário, com poucas exceções, foram adotadas no texto constitucional.

⁶⁶ ESCOREL, Sarah. BLOCH, Renata Arruda. As conferências nacionais de saúde na construção do SUS. In LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). *Saúde e Democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 99.

⁶⁷ Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/port_interministerial_02-1986.pdf>, acesso em 22 de julho de 2009.

⁶⁸ RODRIGUEZ NETO. *Op. cit.*, p. 61.

⁶⁹ *Id.*, p. 63.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 66-67.

⁷¹ *Ibid.*, p. 70-84.

Promulgada a Constituição da República, de 1988, os debates se voltaram para a regulação do SUS, que acabou sendo cindida em duas leis: Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, e Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Desde então, o SUS afirmou-se como um grande projeto público de inclusão social⁷².

⁷² SANTOS, Nelson Rodrigues dos. A reforma sanitária e o sistema único de saúde: tendências e desafios após 20 anos. *In* Saúde em Debate – Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. Volume 33. Rio de Janeiro: 2009, p. 17.

CAPÍTULO II – DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O equilíbrio entre a atuação de Thêmis, Asclépio e Leviatã variará de acordo com o grau de fundamentalidade do direito em jogo, como será demonstrado neste capítulo. Por esse motivo, é essencial verificar se o direito à saúde é, ou não, um direito fundamental. Este capítulo I identifica o direito à saúde como um direito fundamental e define os seus limites, sem a pretensão de aprofundar o debate sobre o conceito e a natureza dos direitos fundamentais ou a necessidade de sua positivação, pois tal discussão extrapolaria os objetivos da dissertação.

II.1 Conteúdo do direito à saúde

O art. 6º da Constituição da República (CRFB) afirma ser a saúde um direito social, deixando transparecer a possibilidade de o cidadão exigir alguma prestação estatal capaz de lhe garantir uma existência saudável. Ratificando essa previsão, o art. 196 da CRFB faz emergir hialina sua natureza de direito subjetivo público, ao afirmar tratar-se a saúde de “*direito de todos e dever do Estado*”.

Mas, o que é o “direito à saúde”?

Segundo a Constituição da Organização Mundial de Saúde, a saúde não é a mera ausência de doenças ou enfermidades, mas o estado de completo bem-estar físico, mental e social⁷³. Desse modo, é de fácil percepção que a saúde, assim como a felicidade, não é obtida por meio de prestações estatais ou de particulares, dependendo, em grande medida, do próprio indivíduo e, sobretudo, da natureza.

Não é sem motivo que a declaração de independência americana deixa de afirmar que a felicidade é direito de todos, para garantir, apenas, o direito de

⁷³ Constitution of the World Health Organization - “*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.*” Disponível em <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf>, acesso em 09 de junho de 2008.

buscá-la⁷⁴. Da mesma forma, no que tange à saúde, não é possível garantir a todos uma existência saudável, mas apenas o acesso aos meios disponíveis para a sua busca.

Desse modo, quando se fala em direito à saúde, se está tratando dos meios necessários à *promoção da saúde*, que, segundo a Carta de Ottawa, elaborada durante a Primeira Conferência Internacional de Promoção da Saúde, em 1986, significa o processo de capacitação da pessoa para a melhoria e o aumento de controle da saúde⁷⁵.

Sendo a saúde o estado de completo bem-estar, é evidente que a sua promoção não se esgota nas prestações sanitárias, dependendo de políticas públicas relacionadas a outros campos da atuação estatal, como aquelas necessárias à conquista de paz, moradia, educação, alimentação, renda, ecossistema saudável, recursos sustentáveis, justiça social e equidade⁷⁶.

Porém, essa visão ampliada da *promoção da saúde* ultrapassa os limites do próprio *direito à saúde*, considerado isoladamente, pois depende de iniciativas intersetoriais. É evidente que moradia, educação e renda contribuem para a promoção da saúde, porém não integram o conceito de direito à saúde, uma vez que constituem direitos autônomos. Caso contrário, concluiríamos que o *direito à saúde* teria “*menos a ver com o campo regional da saúde e mais a ver com o campo global da sociedade*”⁷⁷, apesar da clara disposição constitucional de tutelá-lo autonomamente.

Assim, o direito subjetivo público à saúde deve ser considerado como o *direito ao acesso às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*.

⁷⁴ “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.” Disponível em <<http://www.ushistory.org/declaration/document/index.htm>>, acesso em 08 de novembro de 2009.

⁷⁵ Ottawa Charter for Health Promotion, disponível em <http://www.who.int/hpr/NPH/docs/ottawa_charter_hp.pdf>, acesso em 08 de novembro de 2009.

⁷⁶ Essas são os recursos e as condições fundamentais para a saúde, segundo a Carta de Ottawa.

⁷⁷ LEFEVRE, Fernando. LEFEVRE, Ana Maria Cavalcanti. *Promoção de saúde: a negação da negação*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007, p. 29.

II.2 Direito à saúde como direito fundamental

Identificada a existência de um direito subjetivo público consubstanciado no acesso às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, é necessário verificar a existência de jusfundamentalidade.

Como adrede afirmado, não é objetivo deste trabalho aprofundar o debate sobre o conceito e a estrutura dos direitos fundamentais. Busca-se, exclusivamente, aferir se o direito à saúde pode ser caracterizado como fundamental. Todavia, algumas considerações iniciais são necessárias.

Em primeiro lugar, importa destacar que os direitos fundamentais são direitos subjetivos públicos⁷⁸. Como leciona ROBERT ALEXY, um sistema de posições jurídicas fundamentais acata uma tríplice divisão de direitos: direitos a algo, liberdades e competências. Os primeiros (direitos a algo) englobam tanto os direitos a ações negativas, quanto positivas. Estas últimas podem significar tanto o direito de exigir do Estado uma ação fática, quanto uma ação normativa.⁷⁹

Desse modo, como o direito à saúde foi identificado como um direito subjetivo a ações estatais positivas, sua estrutura se adéqua perfeitamente à de um direito fundamental.

Some-se a isso o fato de os instrumentos normativos positivados também realçarem a fundamentalidade desse direito. Ainda que a interpretação isolada do texto constitucional não extinga todas as dúvidas, o art. 2º, da Lei 8.080, 19 de setembro de 1990, inclui expressamente a saúde⁸⁰ no rol dos direitos fundamentais.

⁷⁸ CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: LGDJ, 2001, p. 32.

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 193-203.

⁸⁰ É evidente que, ao se referirem ao direito à saúde, os textos normativos, estão tratando, em realidade, do direito às prestações de saúde, consistentes em medidas preventivas, bem como no “*acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*” (art. 196, CRFB).

Por outro lado, a Constituição da Organização Mundial da Saúde, da qual o Brasil faz parte, afirma que o gozo dos mais altos padrões de saúde possíveis constitui direito fundamental de todo ser humano⁸¹, o que interessa diretamente o ordenamento jurídico interno, em razão do art. 5º, § 2º, da CRFB.

Destarte, tanto a sua estrutura, quanto os atos normativos que o regulamentam, deixam evidente que o direito à saúde, ao menos em parte, é um direito fundamental. Resta, todavia, verificar se a fundamentalidade alcança inteiramente ou apenas parte do direito.

II.3 Direito social à saúde e direito fundamental à saúde

O fato do direito à saúde caracterizar-se como fundamental, não significa que todas as *ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação* sejam dotadas de fundamentalidade. Ao contrário, o que se sustenta neste tópico é a existência de um gênero (direito à saúde) com duas espécies: direito social à saúde (não fundamental) e direito fundamental à saúde.

II.3.1 Jusfundamentalidade dos direitos sociais

A controvérsia quanto à caracterização dos direitos sociais como direitos fundamentais é antiga e está longe de encontrar solução uníssona. Enquanto alguns autores sustentam a fundamentalidade de todas as prestações sociais positivadas na Constituição, independentemente de sua vinculação à dignidade da pessoa humana⁸², outros negam a inclusão desses direitos no rol em análise.

⁸¹ Constitution of the World Health Organization. Disponível em <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf>, acesso em 09 de junho de 2008.

⁸² Como exemplo, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares*. In SARMENTO, Daniel (org.). GALDINO, Flavio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 572-573.

Dentre os últimos, destaca-se o pensamento de RICARDO LOBO TORRES, para quem apenas os direitos que tutelam a liberdade são fundamentais⁸³. TORRES, todavia, alerta que a mera “não interferência” (*status negativus libertatis*) do Estado na esfera jurídica individual não é suficiente para a garantia da liberdade efetiva, pois, muitas vezes, a ameaça à liberdade tem origem em elementos exteriores à organização estatal, surgindo a necessidade de proteger o indivíduo contra contingências sociais impeditivas da fruição de uma vida livre. Em outras palavras, além da “liberdade de”, faz-se mister garantir a “liberdade para”^{84 85}.

Surge, assim, o *status positivus libertatis*, que corresponde ao direito às condições da liberdade⁸⁶ e também é integrado pelo mínimo existencial. Existe, portanto, uma proteção positiva da liberdade, a ser materializada por meio da entrega de prestações de serviço público (como prestação jurisdicional, educação primária e saúde pública), pelo fornecimento de subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas ou mesmo pela entrega de bens públicos (como roupas, alimentos e remédios).⁸⁷

Essas condições de liberdade se apresentariam no mínimo existencial, composto não só pelas condições para a sobrevivência do ser humano, mas também pela liberdade e pelas condições para o exercício dessa liberdade.

Para aquele autor, portanto, o mínimo existencial⁸⁸ é orientado pela idéia de liberdade, enquanto os direitos sociais, baseados no conceito de máxima utilidade, inspiram-se nas idéias de justiça e redistribuição de rendas,

⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direitos constitucional financeiro e tributário*. Volume V. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 165.

⁸⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional da era dos direitos*. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 260-261.

⁸⁵ “A liberdade ‘para’ encontra sucedâneo na idéia de condições da liberdade, que são garantias mínimas exigidas para que possa florescer a liberdade. (...) A liberdade para ou as condições da liberdade são conceitos próximos ao de igualdade de chances ou de oportunidades, que é igualdade na liberdade.” In TORRES, *op. cit.* (Cidadania...), p. 262-263.

⁸⁶ TORRES, *op. cit.*, (A cidadania...), p. 268.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ O mínimo existencial apresenta-se como direito subjetivo do cidadão, mas também tem um aspecto objetivo, como norma de declaração de direito fundamental. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 315.

permanecendo entre ambos um campo de indefinição.⁸⁹ Porém, é possível afirmar que, sendo o mínimo existencial o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é integrado pelos direitos fundamentais originários (direitos de liberdade), bem como pelos direitos sociais fundamentais, que são aqueles que constituem as condições da liberdade.⁹⁰

Logo, segundo TORRES, para se chegar ao conteúdo do mínimo existencial é necessário, com base na ponderação e na razoabilidade – princípios de legitimação de todos os outros princípios constitucionais⁹¹, identificar os núcleos essenciais dos direitos fundamentais originários e dos direitos fundamentais sociais. O mínimo existencial consistirá no conjunto desses núcleos essenciais.

A exclusão de alguns direitos subjetivos públicos do elenco de direitos fundamentais parece ser inevitável. Será que o décimo terceiro salário, o salário-família e o fundo de garantia do tempo de serviço são dotados de fundamentalidade? Parece evidente que não. Contudo, aquelas prestações que integram as condições mínimas necessárias à garantia de uma vida digna, devem receber proteção especial do ordenamento jurídico, garantindo-se ao cidadão o acesso ao núcleo desses direitos, ainda que contrarie o interesse de algum dos poderes constituídos.

Por esse motivo, concorda-se com RICARDO LOBO TORRES, quando afirma que apenas os direitos sociais que integram o mínimo existencial são fundamentais.

Entretanto, diverge-se daquele autor quanto ao critério utilizado para a definição do mínimo, que não pode ficar adstrito à garantia da liberdade, uma vez que há outros valores essenciais a serem protegidos. Por exemplo, ANTONIO ENRIQUE DE PÉREZ LUÑO defende a idéia de que os direitos humanos econômicos, culturais e sociais, de onde é extraído o conteúdo do mínimo existencial, fundamentam-se no valor *igualdade*, não dependendo de sua

⁸⁹ *Ibid.*, p. 314.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 315.

⁹¹ TORRES, *op. cit.*, (A legitimação...), p. 502.

vinculação à liberdade para justificarem-se. Desse modo, é desnecessário buscar as idéias libertárias para fundamentar a existência de direitos sociais. Como conseqüência do pensamento do autor espanhol, é possível chegar-se ao conteúdo do mínimo existencial com base exclusivamente nas exigências igualitárias.

Para PÉREZ LUÑO, a função do mínimo existencial é oferecer uma igualdade de oportunidades, concretizada por meio da fixação de um sistema fiscal avançado, capaz de permitir a redistribuição equitativa da riqueza, bem como da criação dos serviços públicos ou prestações que permitam equiparar a todos os cidadãos no desfrute de condições econômicas, sociais e educativas que impeçam situações de domínio.⁹² Uma vez oferecida essa igualdade de condições e oportunidades básicas, como ponto de partida, as respectivas situações na sociedade devem ser decididas pelas capacidades e os méritos dos cidadãos.⁹³ Logo, o mínimo existencial seria composto pelos direitos necessários à garantia de uma igualdade de condições e oportunidades.

A divergência entre os autores apontados, como uma amostra da falta de consenso sobre a questão, demonstra que o mínimo existencial não se amolda com perfeição a um único valor constitucional, pois é integrado por um plexo de direitos e garantias necessários não apenas à liberdade ou à igualdade, mas a uma existência digna.

Desse modo, os direitos sociais necessários à dignidade do ser humano integram o mínimo existencial e são dotados de jusfundamentalidade.

II.3.2 Mínimo existencial sanitário

A definição do conteúdo do mínimo existencial é sempre tarefa árdua, mesmo diante de um caso concreto. No plano abstrato a missão torna-se ainda mais difícil, sendo escassas as produções científicas que identificam quais seriam suas parcelas integrantes.

⁹² *Ibid.*, p. 116.

⁹³ O autor exemplifica a aplicação do critério: “... una vez garantizada la gratuidad de la enseñanza primaria y dotado un eficaz sistema de becas para la secundaria y superior, no parece legítimo establecer privilegios para el ingreso en las Universidades públicas o para el acceso a cargos públicos.” in *Ibid.*

Uma dessas obras é a de ANA PAULA DE BARCELLOS, que chega ao mínimo existencial por meio de uma ponderação⁹⁴ abstrata de normas, realizada antes do surgimento de um caso concreto. A idéia é antecipar os conflitos constitucionais com auxílio de situações hipotéticas, criando-se parâmetros capazes de orientar o aplicador da norma.⁹⁵

Essa estrutura de pensamento permitiu à autora ponderar a dignidade humana e outros princípios constitucionais, tais como o princípio democrático e o da separação de poderes, chegando-se, como resultado, ao mínimo existencial. A idéia é que a ponderação abstrata revela um núcleo denso do princípio da dignidade, caracterizado pelo mínimo existencial, que assume a natureza de regra, não mais passível de novas ponderações. “*A natureza de regra atribuída a o mínimo existencial tem exatamente o propósito de retirar os bens que o compõem da ponderação freqüente, própria dos princípios. Na realidade, o mínimo existencial proposto é o resultado de uma ponderação já realizada, prévia, e não deve sujeitar-se a um novo processo ponderativo.*”⁹⁶

Em outras palavras, ANA PAULA DE BARCELLOS sustenta que, por meio de uma ponderação preventiva, realizada abstratamente, encontra-se o mínimo existencial como o núcleo denso do princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar do resultado da ponderação levar em conta as circunstâncias fáticas e históricas atuais, justificando sua redefinição em conjunturas distintas, o mínimo existencial assume caráter de regra, ficando resguardado de novos processos ponderativos.⁹⁷

A autora realiza a indigitada ponderação e conclui que o mínimo existencial é composto por quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental: (a) educação fundamental; (b) saúde básica; (c) assistência aos

⁹⁴ Ponderação é uma “*técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.*” In BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 146-149.

⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 287.

⁹⁷ *Id.*, p. 287.

desamparados; e (d) acesso à Justiça.⁹⁸ Esse seria o conteúdo do mínimo existencial. Assim, apenas integrariam o mínimo existencial as prestações classificadas como de *saúde básica*, que seriam aquelas que todos os indivíduos necessitaram (*e.g.*: atendimento no parto e acompanhamento pós-natal), necessitam (*e.g.*: saneamento básico e atendimento preventivo) ou provavelmente necessitarão (*e.g.*: acompanhamento de doenças típicas da terceira idade)⁹⁹, servindo como parâmetro de balizamento os modelos de planos básicos de saúde previstos no art. 12, da Lei 9.656, de 03 de junho de 1998.

Apesar da tese valiosa e inovadora, os parâmetros de definição do mínimo existencial em saúde oferecidos por BARCELLOS não são suficientes para aferir quais são as prestações sanitárias necessárias à obtenção de uma vida digna. Assim, ainda que úteis como ponto de partida para a reflexão, é necessário avaliar cada situação, atento às circunstâncias específicas, para se aferir o que deve ser oferecido ao indivíduo para a manutenção de sua dignidade.

Essa assertiva não quer significar que o mínimo existencial dependerá do estado de saúde ou do risco de morte para o paciente. Não é porque a pessoa é portadora de uma doença grave, ou está em estado terminal, que o mínimo existencial englobará mais ou menos parcelas. Lembre-se que o direito é às prestações de saúde e não à saúde propriamente.

Assim, todos têm direito a um tratamento digno, mesmo que a morte iminente seja inevitável. O direito à saúde garante prestações capazes de garantir a dignidade humana até o último suspiro. Mas não há direito ao custeio estatal de um busca desproporcional pela cura (*e.g.*: com tratamentos experimentais) ou por terapias similares às oferecidas pelo Estado com semelhante eficácia.

Esse tratamento digno varia em cada caso, motivo pelo qual pode ser necessário o oferecimento de prestações quantitativa e qualitativamente

⁹⁸ *Ibid.*, p. 288.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 312.

distintas. Desse modo, apenas com a avaliação do caso concreto poderá ser constatado o conteúdo do *mínimo existencial sanitário*.

CAPÍTULO III – LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA

O capítulo II revelou que o direito à saúde envolve prestações incluídas no rol dos direitos fundamentais (mínimo existencial sanitário), bem como outras que, apesar de constituírem direito subjetivo público, não são dotadas de fundamentalidade.

Partindo dessa premissa, é importante verificar se – e em que grau – é legítima a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos estatais relacionados à concretização desse direito. Em outras palavras, até que ponto Thêmis pode interferir na atividade de Leviatã, a fim de garantir a atuação de Asclépio.

Verifica-se, portanto, que o debate sobre a judicialização da saúde se insere em um contexto maior no qual se discute a legitimidade do controle judicial dos atos da Administração Pública. Por esse motivo, para bem compreender o tema da dissertação, é fundamental analisar a evolução do controle judicial da atividade administrativa e, em seguida, direcionar a investigação, especificamente, para a administração sanitária. Essa é a proposta deste capítulo III.

A distinção entre o direito social à saúde e o direito fundamental à saúde é importante em razão da especial proteção que se confere aos últimos. Lembre-se que a construção teórica dos direitos fundamentais surge como forma de limitar a ação estatal, especialmente a administrativa¹⁰⁰. Atribui-se a um conjunto de liberdades básicas uma proteção especial, tornando-o intangível

¹⁰⁰ “Alors qu’elles n’ont encore envers le législateur q’une valeur programmatique – qui ne doit d’ailleurs pas être négligée puisqu’on verra que les droits fondamentaux ont trouvé à cette époque une large transcription législative –, les normes constitutionnelles vont s’imposer progressivement à l’administration au fur et à mesure que se développe le principe de légalité et que se mettent en place les juridictions administratives destinées à le faire respecter à l’époque du constitutionnalisme tardif. Alors que, comme le dit Bornhak, un des principaux auteurs de cette période, ‘les droits fondamentaux ne sont pas une affaire de droit constitutionnel, mais de droit administratif’, les droits fondamentaux se coulent naturellement dans le moule prévu par la procédure administrative applicable aux litiges de droit public et acquièrent ainsi dès cette époque la qualité de droits subjectifs publics qu’ils conserveront par la suite.” In CAPITANT, *op. cit.*, p. 27.

pelo administrador e pelo legislador, pois é entregue à proteção direta do juiz, que o tutela de modo imediato e independente dos demais poderes¹⁰¹. Essa limitação impõe ao Estado não apenas abstenções, mas também obrigações positivas, como o direito às prestações de saúde.

Cabendo ao juiz a primazia na tutela dos direitos fundamentais, constata-se que a garantia desses depende de um efetivo acesso à Justiça. É necessário permitir ao cidadão ter acesso aos tribunais pátrios para pleitear prestações inadimplidas pela Administração Pública. Isso conduz o próprio acesso à Justiça ao *status* de direito fundamental. Sem ele, não há como se reconhecer a existência efetiva de qualquer outro direito.

III.1 Acesso à justiça como direito fundamental

O acesso à justiça é uma das condições essenciais à construção de uma sociedade integrada por indivíduos livres e iguais. É evidente que não se alcançará a promoção de valores tão elevados apenas por meio dessa garantia, pois há problemas sociais imunes à atuação do Direito. Entretanto, em uma sociedade sem efetivo acesso à justiça, há condições propícias para que os mais preparados, física ou intelectualmente, se sobreponham aos indivíduos menos favorecidos, rompendo-se as dimensões da igualdade e reduzindo, ou anulando, a liberdade por meio de um processo de dominação.

No plano ideal, com o objetivo de evitar ou corrigir tais distorções, é delegado ao Estado o monopólio da promoção coercitiva da justiça, a fim de que, se colocando como entidade neutra, solucione os conflitos de interesses entre os membros sociais, mantendo, ao menos naquela relação, a liberdade e a igualdade das partes envolvidas. Em outras palavras, como os indivíduos não têm a segurança de que sempre conseguirão impor sua vontade, resolvem abdicar do direito de promover a justiça “pelas próprias mãos”, atribuindo essa

¹⁰¹ ENTERRÍA, Eduardo García. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. 11ª edição. Madri: Thomson Civitas, 2008, p. 573.

missão ao Estado, em troca da garantia de que um terceiro também não poderá exercer sua força contra ele¹⁰².

Essa construção teórica, sobre a qual foram edificados os sistemas jurídicos modernos, faz com que a garantia de um efetivo acesso à justiça ganhe importância capital, seja por um aspecto moral, seja pela consequência social. Sob o prisma moral, se o indivíduo perde, em favor do Estado, a possibilidade de promover a justiça por meios próprios, deve ter direito a acessar a justiça estatal, pois caso contrário teria sido afastado definitivamente de qualquer possibilidade de obter um tratamento justo¹⁰³.

O reflexo social dessa obstaculização é evidente. Quando a atuação estatal não oferece ao indivíduo os meios de acessar a Justiça, não há motivos para que este continue a ceder ao Estado o monopólio dessa atividade, passando a buscar o justo sem o amparo do aparato estatal. É o que ocorre em Pasárgada¹⁰⁴ e em outros meios sociais.

Por isso a preocupação teórica com a construção de sistemas capazes de garantir a todos o direito de buscar o Estado como o mediador de tensões entre pretensões antagônicas. Tal preocupação vem sendo encampada pelos textos constitucionais ocidentais, como, por exemplo, no art. 24.1 da Constituição Espanhola de 1978, art. 19.4 da Lei Fundamental de Bonn de 1949 e no art. 24 da Constituição Italiana de 1947.

A necessidade de se garantir o direito a uma tutela judicial efetiva também não passou despercebida na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, cujo art. 47 prevê que toda pessoa cujos direitos e liberdades

¹⁰² Tratando dos desafios de uma sociedade bem ordenada, Rawls afirma que a garantia é um dos problemas a serem enfrentados. Para o autor, deve se “assegurar às partes que cooperam, que o acordo comum será mantido. A disposição de cada pessoa contribuir depende da contribuição das outras”. In RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 297.

¹⁰³ “O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida” In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20.

¹⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. In SOUZA Jr., J. G. (org.). *Introdução crítica ao direito*. Brasília, UnB, 1993.

garantidos pelo Direito da União tenham sido violados possui direito à tutela judicial efetiva, conteúdo semelhante ao do art. 13 da Convenção Européia de Direitos Humanos.

No Brasil, o acesso à justiça, em seu conteúdo formal, é garantido no sistema constitucional pela inafastabilidade do controle jurisdicional, positivada no art. 5º, XXXV da Constituição da República (CRFB), segundo o qual a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

Não escapam à apreciação judicial, nem mesmo, os conflitos travados entre o Estado (Administração Pública) e o indivíduo (administrado)¹⁰⁵. Aliás, em um Estado de Direito, essas relações entre a Administração Pública e o cidadão assumem grande importância, pois ambas as partes estão submetidas a uma disciplina normativa restritiva de sua atuação. Não apenas o cidadão tem a sua liberdade limitada pelo ordenamento jurídico, como a Administração encontra limites para o seu atuar, devendo obediência à lei (princípio da legalidade), além de normas não positivadas, e, sobretudo, à Constituição e aos direitos fundamentais. A ultrapassagem de tais limites causa, em regra, lesão a direito subjetivo público do cidadão, ou a direitos transindividuais, cabendo ao Judiciário, quando provocado, solucionar esse conflito. Trata-se do contencioso administrativo.

III.2 Contencioso Administrativo

O termo contencioso administrativo, em sua acepção material própria ao sistema brasileiro, quer significar a função de controle da atividade administrativa, por meio de substituição da vontade do Estado, enunciada pela

¹⁰⁵ Interessante destacar a previsão constitucional italiana que aborda, especificamente, o direito de acesso à justiça para os casos em que a ofensa a direito foi ocasionada pela Administração Pública: “*art. 113 - Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa [241, 1031,2, 1251]. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.*”

Administração, por outra vontade do Estado, pronunciada pelo Judiciário^{106/107/108}.

A sua disciplina, portanto, mescla características do Direito Administrativo e do Direito Processual, havendo peculiaridades que não podem ser ignoradas. É necessário um olhar que preserve a ordem processual justa, mas que esteja em harmonia com a missão estatal na esfera administrativa¹⁰⁹.

A origem do contencioso administrativo encontra-se na Espanha medieval, com a figura do “*Justicia de Aragón*”, surgida no final do século XII e início do século XIII¹¹⁰. Tratava-se de um funcionário independente encarregado de dirimir as controvérsias entre o Rei e a nobreza e, posteriormente, os demais cidadãos^{111/112}. Porém, o processo histórico lento e

¹⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 568.

¹⁰⁷ No Brasil, adotou-se o modelo da jurisdição una. Trata-se de sistema distinto da maior parte dos países europeus, como a Alemanha e a França, que optam pela divisão entre jurisdição judicial, para as causas de direito privado, e jurisdição administrativa, para as causas de direito público. Sobre o assunto, MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. Paris: Montchrestien, 2005.

¹⁰⁸ É válido trazer à colação uma das conclusões do Colóquio Brasil-Espanha-França “Princípios Fundamentais e Regras Gerais de Jurisdição Administrativa”: “*Finalidade e alcance da jurisdição administrativa. As causas de direito público e de direito privado referentes a decisões administrativas ou a qualquer outro comportamento de entes públicos ou de entes privados no exercício do poder público, devem ser regidas por princípios e regras que assegurem uma tutela judicial efetiva a partir do equilíbrio entre os interesses públicos e os interesses dos demandantes. Portanto, os princípios e regras estabelecidos na presente proposta acadêmica são aplicáveis aos litígios de que participem pessoas públicas ou privadas no exercício do poder público, independentemente do direito material cabível – público ou privado – e dos órgãos judiciais competentes para julgá-los. Devem, ainda, ser analisados sob três perspectivas: (a) a dos atos e decisões administrativos unilaterais; (b) a dos contratos administrativos de direito público ou de direito privado; e (c) a da responsabilidade patrimonial em sentido amplo.*” Disponível em <http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num22/conclusiones/I%20Coloquio%20Brasil-Espa%C3%B1a%20Francia.pdf>, acesso em 04 de fevereiro de 2008.

¹⁰⁹ “... partindo da relação jurídica administrativa, faz sentido que, tal como nas relações jurídicas privadas, nas relações jurídicas criminais, nas relações jurídicas político-eleitorais, nas relações jurídicas trabalhistas, nas relações jurídicas criminal-militares e nas relações jurídicas internacionais, que demandam, respectivamente, a diferenciação de um contencioso cível, contencioso penal, contencioso eleitoral, contencioso trabalhista, contencioso penal-militar e um contencioso internacional, se diferencie também a contenda administrativa, se não formalmente, submetida a um ramo especializado do Judiciário, pelo menos materialmente, conformando um sistema contencioso administrativo, atento às peculiaridades da relação jurídica-administrativa. A tudo isso leva a consideração, que se impõe, da autonomia científica do Direito Administrativo, uma vez que, por apresentar princípios próprios e peculiaridades doutrinárias inconfundíveis, o tratamento das situações contenciosas e o das relações jurídicas administrativas, de que aquelas derivam, convém que seja uno e rigorosamente sistemático.” In MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 566.

¹¹⁰ O Rei Felipe V, todavia, suprimiu a figura do “*Justicia*” em 1711. Cf. <<http://www.eljusticiadearagon.com/index.php?zona=historia>>, acesso em 21 de janeiro de 2009.

¹¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La Justicia Administrativa en Iberoamérica*. Buenos Aires: Lexis Nexis Aregentina, 2005, p. 27. Interessante o comentário de Cassagne sobre a influência

gradual de evolução do contencioso administrativo encontrará seu marco mais relevante na Revolução Francesa¹¹³.

III.3 Origem do contencioso administrativo francês¹¹⁴: o “processo do ato administrativo”

A vinculação do Estado ao Direito, com a superação do absolutismo, representou uma grande conquista para a liberdade e, em certa medida, para a igualdade. O movimento símbolo dessa busca da liberdade do indivíduo contra o Estado foi a Revolução Francesa, marcada pelas idéias burguesas, que, de alguma forma tratavam da igualdade, mas focalizavam essencialmente a liberdade¹¹⁵.

Como ensinam EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, as idéias revolucionárias introduziram no pensamento político ocidental dois princípios capitais: o princípio da legalidade (art. 7º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) e o princípio da liberdade (art. 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de

da figura do “*Justicia de Aragón*” no direito estadunidense: “*lo cierto es que su prestigio traspasó las fronteras españolas muchos siglos después ya que esa denominación (Justice y no Judge) es la que han tenido, y actualmente tienen, los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos.*” in *id.*

¹¹² Disponível em <<http://www.eljusticiadearagon.com/index.php?zona=historia>>, acesso em 21 de janeiro de 2009. A importância desse figura é de se destacar e pode ser inferida do seguinte excerto: “*Pero su función más importante y prestigiosa era recordar a quien gobernaba que las leyes las debían de cumplir todos, empezando por el que las promulgaba. Y así, ya en el juramento de los Reyes de Aragón decía: ‘Te hacemos Rey si cumples nuestros Fueros y los haces cumplir, si no, no’*” in *id.*

¹¹³ Ressalta-se, porém, que CASSAGNE contesta a importância da Revolução Francesa para o contencioso administrativo, afirmando que sua origem data do antigo regime francês. In CASSAGNE, *op. cit.*, p. 38.

¹¹⁴ O estudo da origem do contencioso administrativo francês é essencial para a compreensão adequada do desenvolvimento da matéria na Espanha, pois, como afirmam Jaime Rodríguez-Arana e Manuel J. Sarmiento Acosta, em artigo que narra a evolução histórica da jurisdição administrativa espanhola, o exemplo de francês “*es un punto de referencia insoslayable, porque como es bien sabido, en España se configuró el modelo de la justicia administrativa a imagen y semejanza de Francia*”. In RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. ACOSTA, Manuel J. Sarmiento. El contencioso-administrativo como elemento garantizador de los derechos fundamentales. In BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez*. Tomo II. Madri: Civitas, 1993, p. 1505.

¹¹⁵ “*Mais especificamente, as exigências do burguês foram delineadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios da nobreza, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. ‘Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis’, dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que somente no terreno da ‘utilidade comum’*” in HOBBSAWN, E. J. *A revolução francesa*. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 20.

1789)¹¹⁶. Como corolário, surge o conceito de ato arbitrário, “*que es el acto de un agente público que no está por su competencia o por su contenido legitimado en la Ley*”¹¹⁷ e seria natural a evolução até uma ação judicial, por meio da qual, o juiz passaria a examinar a existência de arbítrio do ato do agente público, eliminando-o e restabelecendo a liberdade por ele afetada.¹¹⁸

Todavia, a idéia do controle judicial dos atos arbitrários sofreu profundo golpe com a interpretação revolucionária do princípio da separação de poderes, que conduziu à quase intangibilidade dos atos da Administração pelo Judiciário^{119 120}. Em razão dessa radical visão da separação de poderes, o sistema jurídico francês foi obrigado a encontrar uma solução para a garantia dos dois valores basilares da revolução: a legalidade e a liberdade¹²¹. A fórmula encontrada para a proteção do cidadão em face da Administração foi a criação de um contencioso administrativo, cujo símbolo maior é o Conselho de Estado, instituído pela Constituição Napoleônica do ano VIII.

É importante notar, todavia, que o foco do contencioso administrativo desenvolvido pelo sistema francês era o ato e, não, o cidadão. Em outras

¹¹⁶ ENTERRÍA. FERNÁNDEZ. *Op. cit.* (Curso... Vol. II), p. 573.

¹¹⁷ *Id.*, p. 574.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Id.*, p. 574-575

¹²⁰ Tomás Ramon Fernandez, citando Enterría, resgata uma referência de Assembléia Constituinte, da qual emanou a Lei de Separação de 16-24 de agosto de 1790, sobre a imunidade do Executivo: “*La nación no ha olvidado lo que debe a los Parlamentos; ellos solos han resistido a la tiranía; ellos solos han defendido los derechos de la nación... Se les debe reconocimiento; pero no es de reconocimiento de lo que hay que ocuparse para regenerar un imperio... Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir el despotismo, pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria.*” In FERNÁNDEZ. Tomás Ramón. Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor. In BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez*. Tomo II. Madri: Civitas, 1993, p. 1095.

¹²¹ O Conselho de Estado Francês funcionou, inicialmente, como um órgão puramente administrativo, com a função de assistir ao governo nas dificuldades advindas da matéria administrativa. Mas, posteriormente, passou a receber queixas dos cidadãos contra a atuação da Administração Pública e a decidir sobre pedidos de anulação de atos administrativos eivados de vícios de legalidade, ainda em um sistema de justiça retida. Apenas em 1872, o Conselho de Estado passou a decidir por meio de jurisdição delegada. Cf. ENTERRÍA. FERNÁNDEZ., *op. cit.* (Curso... Vol II), p. 575. Também a Constituição Política do Império do Brasil, de 24 de março de 1824, previa a existência de um Conselho de Estado, cujos conselheiros seriam “*ouvidos em todos os negocios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as ocasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições proprias do Poder Moderador, indicadas no Art. 101, á excepção da VI*”.

palavras, a preocupação do juiz administrativo era analisar a legalidade do ato e, apenas de modo indireto, garantir os direitos subjetivos públicos dos indivíduos.

Na realidade, o contencioso era considerado uma atividade administrativa de auto-tutela, informada pelo princípio “*juger l’Administration c’est aussi administrer*”. Por isso, sua disciplina e seu estudo foram incorporados pelo Direito Administrativo, que à época “*se ha concentrado en la función negativa o de defensa; en asegurar la legalidad de la acción administrativa; en promover y fiscalizar la ausencia de vicios formales e infracciones materiales*”¹²².

Tratava-se de um “processo do ato administrativo” (proceso al acto), de viés objetivo, e, não, uma tutela dos direitos subjetivos dos cidadãos^{123 124}.

Percebe-se, desse modo, que o fim da imunidade jurisdicional do Estado foi um relevante e decisivo passo para a construção de Estados de Direito. Entretanto, era necessário avançar mais, permitindo que a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos alcançasse primazia no contencioso administrativo.

III.4 A centralidade dos direitos fundamentais e a mudança de finalidade do contencioso administrativo

Os acontecimentos geopolíticos da primeira metade do século XX marcaram profundamente a humanidade, gravando suas marcas nos sistemas jurídicos e, especialmente, no controle judicial dos atos da Administração Pública.

¹²² BARNES, Javier. Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas. In *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2006, p. 267.

¹²³ “La decisión final del Consejo de Estado sería una simple restauración de la legalidad objetiva, en consideración a los fines objetivos que legitiman ésta, no para tutelar el derecho de nadie (...) el juicio del Consejo de Estado y la sentencia que concreta ese juicio no se refiere para nada al ‘interés’ del recurrente, a su posición jurídica subjetiva, sino al puro problema ‘objetivo’ de la legalidad del acto según el Derecho objetivo que pauta su producción.” In ENTERRÍA. FERNÁNDEZ., *op. cit.* (Curso... Vol. II), p. 597.

¹²⁴ Essa também era a visão da jurisprudência espanhola antes da Constituição de 1978, mesmo após os influxos da Ley Jurisdiccional de 1956, como se infere da Sentença do Tribunal Supremo, de 29 de março de 1978: “(...) *la jurisdicción contencioso-administrativa no puede ser considerada como un escalón jerárquicamente superior a la Administración pública que le permita imponer a sus órganos una determinada línea de actuación; ha de limitarse a corregir las resoluciones extraviadas, en su función meramente fiscalizadora de la legalidad.*” in RODRÍGUEZ-ARANA. ACOSTA. *Op. cit.*, p. 1508.

Inspirados pela onda renovadora do pós-guerra e impulsionados pela necessidade de construir uma nova forma de trabalhar com o Direito, capaz de coibir abusos e ofensas indeléveis à dignidade humana, os tribunais quebram o paradigma de separação absoluta entre as esferas jurídica e moral, para admitirem a influência direta de princípios e valores na atuação judicial. Há o reconhecimento, portanto, de que o direito não é apenas o que está posto, mas também o que é pressuposto, por meio de uma base valorativa e principiológica, a ser revelada pelo Poder Judiciário na análise dos casos concretos que lhe forem apresentados.

Captando com exatidão essa mudança de paradigma e analisando sua influência no Direito Administrativo, Javier Barnes afirma que, nesse novo momento, *“el principio de legalidad se traduciría así en una suerte de programación material de la acción administrativa (a consecuencia de la incorporación en la ley de los concretos comportamientos o respuestas para cada caso) o, si se prefiere, en un programación condicional (si concurre la circunstancia prevista, entonces se desprenderá el efecto dispuesto)”*.¹²⁵

Por isso, o legislador deixa de ser o centro das preocupações, transferindo-se a atenção para o administrador e, sobretudo, para o juiz¹²⁶, que recebe a missão, quando provocado, de garantir ao indivíduo as prestações estatais necessárias à sua integração ao diálogo democrático, por meio de preservação da liberdade e da igualdade.

O fenômeno da valorização do Judiciário vem acompanhado de uma ampliação quantitativa e qualitativa do rol dos direitos fundamentais, novos ocupantes da parte nuclear do sistema jurídico. A garantia de uma vida digna aos cidadãos passa a constituir fundamento dos Estados, como se infere dos arts. 1º e 10 da Constituição Espanhola de 1978, art. 1º da Lei Fundamental de

¹²⁵ BARNES. *Op. cit.*, p. 269.

¹²⁶ *“Es un hecho comprobado que las demandas de la sociedad actual han generado, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, un crecimiento enorme de la administración de justicia y de los poderes de los jueces.”* In HOYOS, Arturo. Justicia contencioso-administrativa y derechos humanos. In BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez*. Tomo II. Madri: Civitas, 1993, p. 2604.

Bonn de 1949 e art. 1º da Constituição Brasileira de 1988. Em resumo, avança-se de um estágio original de Estado de Direito, para um Estado Democrático de Direito, marcado pela busca efetiva de justiça e igualdade.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da Constituição Brasileira), a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais (art. 3º, II da Constituição Brasileira) e a promoção do bem de todos (art. 3º, IV da Constituição Brasileira) passam a ser os objetivos fundamentais do Estado que, para cumpri-los, torna-se devedor de direitos subjetivos públicos, os quais não se restringem a instrumentos de limitação da atuação estatal (liberdades públicas), mas também exigem prestações estatais positivas. Surgem, assim, direitos econômicos e sociais, dos quais os indivíduos passam a ser credores do Poder Público¹²⁷.

Destarte, não se pode olvidar que o conteúdo dos postulados de liberdade, igualdade e fraternidade, ideários liberais da Revolução Francesa, evoluiu sensivelmente de 1789 até os dias atuais. De um *status negativus* da liberdade e de uma concepção meramente formal da igualdade, passa-se a atribuir ao Estado o dever de garantir materialmente a liberdade e a igualdade, além de preservar a solidariedade¹²⁸, ampliando significativamente o rol de direitos fundamentais e outros direitos subjetivos públicos e, como conseqüente, de demandas a eles relacionadas. E, em um novo passo, a própria idéia de igualdade material evolui para a concepção de uma igualdade de oportunidades, dando origem a outras espécies de comportamentos estatais.

Mas, de pouca utilidade seria um rol de direitos fundamentais se não pudessem ser exigidos em caso de inadimplemento voluntário da obrigação estatal. Por isso ganha *status* de fundamentalidade o direito à tutela judicial efetiva, que “*es garantía de los demás derechos constitucionales. Pero no es ella misma un derecho meramente conexo, sino autónomo, con un contenido*

¹²⁷ “A lo largo del siglo XIX el proletariado va adquiriendo protagonismo histórico, a medida que avanza el proceso de industrialización, y cuando desarrolla una conciencia de clase reivindica unos derechos económicos y sociales frente a los clásicos derechos individuales, fruto del triunfo de la revolución liberal burguesa.” In PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9ª edição. Madri: Tecnos, 2007, p. 38.

¹²⁸ Sobre o assunto, cf. TORRES. *Op. cit.* (A cidadania...).

propio, aunque ciertamente complejo y polivalente, puesto que comporta muchas operaciones jurídicas.”¹²⁹ ¹³⁰

Desse modo, o contencioso administrativo é diretamente influenciado pelo incremento do rol de direitos fundamentais e demais direitos subjetivos públicos, pois sua finalidade passa a ser a tutela dos direitos dos cidadãos perante Administração Pública, em substituição ao controle de legalidade dos atos administrativos. Transforma-se de um “processo do ato administrativo” (*proceso al acto*), em instrumento de promoção dos direitos fundamentais¹³¹.

Assim, cabe aos juízes uma dupla missão: controlar a atuação da Administração Pública e tutelar os direitos e os interesses legítimos de todas as pessoas. Como consequência natural das circunstâncias histórico-sociais adrede narradas, que conduziram à centralidade dos direitos fundamentais, o papel de garantidor de direitos e interesses legítimos foi colocado em posição de destaque¹³².

¹²⁹ MORAL, Antonio Torres del Moral et al. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madri: Colex, 2007, p. 602.

¹³⁰ A dinâmica desses acontecimentos foi captada pela doutrina da efetividades das normas constitucionais, valendo destacar as palavras de Luís Roberto Barroso: “a doutrina da efetividade importou e difundiu, no âmbito do direito constitucional, um conceito tradicionalmente apropriado do direito civil, mas que, na verdade, integra a teoria geral do direito: o de direito subjetivo. Por direito subjetivo, abreviando uma longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. Mais relevante para os fins aqui visados é assinalar as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial”. BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In *Temas de direito constitucional*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 73-74.

¹³¹ Na Espanha, o marco da mudança de paradigma foi a Constituição de 1978. O art. 106.1 prevê o controle judicial da Administração Pública, não apenas em relação à legalidade de seus atos, mas, também, quanto à sua adequação aos fins que a justificam. Por outro lado, o art. 24.1 afirma que “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”. É verdade que a Ley Jurisdiccional de 1956 já havia apresentado significativas mudanças no contencioso administrativo espanhol. Porém, apenas com a Constituição de 1978, houve a quebra do paradigma francês.

¹³² O ordenamento espanhol reflete essa assertiva com precisão. Em que pese a nova Ley Jurisdiccional de 13 de julho de 1998 continuar a prever questões jurisdicionais não relacionadas à tutela de direitos ou interesses legítimos, emerge hialina, como principal finalidade da jurisdição contenciosa administrativa, a hipótese do art. 2º, a: “*La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*”.

III.5 Contencioso administrativo: contribuição para a melhoria da administração pública

Em que pese o foco central do contencioso administrativo ser a garantia dos direitos subjetivos dos cidadãos frente ao Estado, continua viva sua finalidade de controle de legalidade e legitimidade da atuação administrativa, de grande utilidade para a melhoria da Administração Pública.

Desse modo, além de garantir os direitos individuais perseguidos no caso concreto, uma sentença administrativa produz (ou deveria produzir) reflexos na atuação da Administração Pública em todos os casos semelhantes. Isso porque o precedente jurisdicional sinaliza o erro ou o acerto da conduta administrativa e permite ao administrador aperfeiçoar sua atuação, adequando-a ao entendimento dos tribunais.

Os efeitos práticos da atuação judicial na defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos extrapolam os limites da relação processual, para, como leciona FRANCISO PERA VERDAGUER, transcender da órbita individual para a órbita coletiva. Por isso, o controle judicial não menoscaba o prestígio ou a eficácia da Administração. Ao contrário, contribui para o seu melhor desempenho e, conseqüentemente, fortifica sua autoridade e legitimidade¹³³.

Destarte, o juiz do contencioso administrativo é, a um só tempo, garantidor dos direitos subjetivos públicos e colaborador da gestão da Administração Pública. Isso não significa, de modo algum, que o Judiciário deve assumir o papel de administrador. Mas, é sua missão verificar se a Administração está servindo com objetividade os interesses gerais e atuando de acordo com a lei e o Direito (art. 103.1 da Constituição Espanhola), ou, ainda, aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da Constituição Brasileira).

¹³³ “Y de ahí la certeza del aserto de que cuando la Jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigioso y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública.” in VERDAGUER, Francisco Pera. *Jurisdicción contencioso-administrativa*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 11.

Isso quer significar que, no contencioso administrativo, o juiz assume um papel diferente daquele desempenhado na jurisdição cível em sentido estrito. Não se chega ao ponto de reavivar a máxima “*juger l’Administration c’est aussi administrer*”. Porém, é impossível olvidar o aspecto transcendente das decisões judiciais que controlam a Administração Pública¹³⁴. Por isso, é possível afirmar que *julgar a Administração Pública é contribuir com a administração*.

O contencioso administrativo reforça a vinculação do administrador aos comandos ditados pelos atos normativos mais elevados, no topo dos quais está a Constituição, especialmente, quando trata dos direitos fundamentais. Por esse motivo, o juiz administrativo colabora com a Administração Pública, pois funciona como instrumento para a imposição dos comandos constitucionais e legais aos administradores de todos os níveis¹³⁵.

A atuação do Poder Judiciário, de modo cristalino, é vocacionada à tutela de direitos e interesses legítimos postos em discussão nas demandas levadas aos juízes e tribunais. Algumas vezes, todavia, os impactos sociais das decisões extrapolam os limites subjetivos da relação processual, para contribuir com a proteção de direitos e interesses externos.

Essa finalidade pedagógica das decisões judiciais é mais rara na jurisdição civil, mas está presente invariavelmente na jurisdição criminal, cuja função é, além de repressiva, preventiva.

¹³⁴ É interessante notar que Montesquieu, ao se referir ao “Poder de Julgar”, afirma que sua função é punir crimes e julgar demandas dos particulares. Não há referência aos conflitos entre Administração Pública e cidadão. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondart, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169-173.

¹³⁵ “*Le contentieux administratif, et c’est là une de ses fonctions essentielles, est un instrument nécessaire aux pouvoirs publics quels que soient les principes politiques dont ils sont animés. En effet, le redressement par le juge des irrégularités administratives consiste essentiellement à assurer le respect par les diverses autorités administratives des règles établies par les autorités placées à la tête du corps politique. Le contrôle de la légalité des actes administratifs constitue à cet égard un des procédés les plus efficaces pour mettre fin à l’observation de ces règles et il joue certain rôle préventif en menaçant l’administration de nouvelles sanctions en cas de renouvellement de l’illégalité. Si l’on observe que la légalité administrative n’est en réalité que l’expression des impératifs formulés par les titulaires du pouvoir politique, on conçoit que le contentieux administratif aboutit à assurer l’application exacte de ces impératifs et qu’il constitue un facteur d’ordre et de discipline dans les institutions administratives.*” In AUBY, J.-M. DRAGO, R. *Traité de contentieux administrative*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962, p. 9-10.

No contencioso administrativo, a questão ganha contornos mais delicados. Por um lado, o princípio da separação de poderes impede que o Judiciário assumira o papel de administrador público. Por outro, a centralidade dos direitos fundamentais fez com que o contencioso administrativo ficasse vinculado, quase exclusivamente, à finalidade de preservação de direitos e interesses legítimos dos cidadãos.

Entretanto, faz-se mister revisitar a jurisdição administrativa direcionando atenção também para essa sua segunda finalidade. Sem perder de vista o caráter precípua de garantia dos direitos subjetivos públicos e interesses legítimos postos em juízo, é fundamental perceber a existência de uma missão adicional ao juiz administrativo: *contribuir para a melhoria da administração pública*.

Por isso, a necessidade de transformar o contencioso administrativo em um ambiente de colaboração entre o juiz e o administrador, unindo-os no objetivo comum de garantir os direitos fundamentais. Isso significa que o Judiciário deve estar aberto às estratégias do Executivo para alcançar as metas constitucionais e, por outro lado, deve contribuir, quando provocado, para a formulação, execução e controle dessas estratégias.

III.6 Possibilidades da atuação do Judiciário no controle da Administração Pública: controle das omissões estatais

A constatação de que cabe ao juiz do contencioso administrativo o exercício de um duplo papel, tutela de direitos e contribuição com a melhoria da administração pública, amplia as possibilidades de atuação judicial.

Na realidade, é possível afirmar que o rol de pretensões admissíveis perante a jurisdição administrativa deve ser bastante amplo: (a) pretensão meramente declaratória; (b) pretensão impugnatória de ato administrativo individual; (c) pretensão impugnatória de ato administrativo geral, concreto ou abstrato; (d) pretensão impugnatória de contratos da administração, públicos e

privados; (e) pretensão condenatória de fazer, não fazer, dar coisa e dar quantia certa¹³⁶.

Destacam-se, para este estudo, as pretensões condenatórias de fazer e dar coisa, pois significam que a mera inatividade administrativa pode ser objeto do contencioso administrativo¹³⁷, cabendo ao Judiciário compelir a Administração Pública a atuar. Desse modo, mais que impugnar um ato administrativo, pleiteando a declaração de sua nulidade, é possível ao cidadão exigir uma prestação estatal positiva.

Essa conclusão não apresenta qualquer novidade quando se está diante de um ato vinculado. Como exemplo, se um segurado do Regime Geral de Previdência Social completa todos os requisitos para a aposentadoria por idade (carência e idade) e a Administração Pública, apesar de provocada, permanece omissa, é perfeitamente admissível o pedido ao Judiciário para que condene Administração a conceder a aposentadoria. O mesmo ocorre, se o Estado se recusa a fornecer um medicamento já integrado aos programas do Sistema Único de Saúde,

Porém, o raciocínio não é tão tranqüilo quando se analisa a possibilidade de extensão do âmbito de atuação judicial aos atos discricionários. É verdade que a doutrina administrativista já há algum tempo, rompeu o paradigma da insindicabilidade dos atos discricionários, para afirmar a possibilidade de pretensões impugnatórias mesmo quando baseadas em críticas ao mérito administrativo¹³⁸.

¹³⁶ I Colóquio Brasil-Espanha-França “Princípios Fundamentais e Regras Gerais de Jurisdição Administrativa”. In Revista Internauta de Prática Jurídica. Número 22, Ano 2008, p. 149. Disponível em <http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num22/conclusiones/I%20Coloquio%20Brasil-Espa%C3%B1a-%20Francia.pdf>, acesso em 04 de fevereiro 2008.

¹³⁷ LLOBREGAT, José Garberí. *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 62.

¹³⁸ Essa é a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O Judiciário pode, assim, anular atos administrativos discricionários, fundados em inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade de objeto e ineficiência de objeto, apenas controlando os limites objetivos do exercício discricionário.” in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 84.

Em síntese, o pensamento tradicional no Direito Brasileiro admite a impugnação do mérito de atos administrativos, cabendo ao judiciário declarar sua nulidade, quando houver vícios no exercício da discricionariedade. Todavia, a possibilidade de obrigar a Administração Pública a praticar atos discricionários ainda encontra grande resistência.

É nesse ponto que ganha relevância a distinção entre o *direito fundamental à saúde* e o *direito social à saúde*. Se a omissão administrativa fere um direito fundamental, cabe ao Judiciário, no exercício do seu duplo papel, determinar que Administração pratique o ato discricionário, ou, em último caso, praticar o próprio ato substituindo a demandada. Impedir a atuação judicial no caso de omissão na prática de ato administrativo prejudicial a um direito fundamental é sustentar a existência de um inadmissível espaço livre do Direito. Desse modo, o juiz atua na proteção dos direitos fundamentais e contribui com a melhoria da atividade administrativa.

No que tange aos direitos subjetivos públicos não fundamentais, existe a necessidade de uma maior deferência às decisões da Administração, que, por motivos de conveniência e oportunidade, pode optar, até mesmo, por não atuar.

Percebe-se, desse modo, a existência de grande diferença de exigibilidade entre os direitos fundamentais e os direitos sociais.

III.7 Exigibilidade dos direitos fundamentais e dos direitos sociais

Assim como o debate quanto à fundamentalidade dos direitos sociais está distante de um consenso, também os conexos questionamentos sobre a sua exigibilidade oferecem espinhosa tarefa ao cientista jurídico.

CARLOS BERNAL PULIDO apresenta cinco linhas de pensamentos sobre o tema, classificando-as de acordo com como enxergam as disposições sobre os direitos sociais: (a) normas programáticas; (b) fontes de normas de fins do Estado; (c) fontes de deveres estatais objetivos; (d) direitos definitivos; (e)

direitos *prima facie*¹³⁹. No presente trabalho destaca a idéia dos direitos sociais como fonte de normas finalísticas do Estado, pois reconhecem a existência de uma vinculação do Poder Público aos objetivos constitucionais, mas não ao caminho a ser perseguido para alcançá-lo.

Apesar da inexistência de uma compulsoriedade dos meios a serem empregados, é evidente que se uma medida for essencial para o atendimento dos objetivos traçados pelo constituinte, não há como deixar de reconhecer a vinculação estatal à sua adoção. Afinal, se um determinado atuar estatal for condição *sine qua non* à conquista do fim ditado pela Constituição, não há outro caminho a adotar, se não a prática da conduta essencial, que passa então a ser exigível. Essa atividade estatal essencial à persecução do fim constitucional é identificada por KARL-PETER SOMMERMANN¹⁴⁰ como o núcleo essencial do direito social. Assim, no que tange ao núcleo essencial o direito social seria exigível independentemente da atuação legislativa ou administrativa. Quanto aos demais aspectos, a exigibilidade dependeria da integração pela lei e por atos administrativos.

Essa idéia se aproxima do conceito de mínimo existencial traçado por RICARDO LOBO TORRES¹⁴¹, para quem o mínimo existencial consiste no conjunto de núcleos essenciais dos direitos fundamentais e dos direitos sociais. Associando as lições de SOMMERMANN e TORRES, chega-se à conclusão favorável à exigibilidade no mínimo existencial.

É verdade que a teoria dos direitos sociais como fontes de normas fins do Estado se aproxima do terceiro grupo de idéias, que os enxerga como fonte de deveres estatais objetivos, uma vez que ambos vislumbram nos direitos sociais a indicação de fins a serem alcançados, sem o detalhamento do caminho a ser percorrido.

¹³⁹ PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 151.

¹⁴⁰ SOMMERMANN, Karl-Peter. *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 379-396, disponível em <http://books.google.com.br/books?id=YtoOqEoS_uMC&printsec=frontcover&lr=#v=onepage&q=&f=false>, acesso em 10 de agosto de 2009.

¹⁴¹ Cf. item II.3.1 supra.

Não é por outro motivo que GUSTAVO AMARAL realiza uma classificação tripartite das correntes científicas que tratam da exigibilidade dos direitos fundamentais, tocando diretamente na problemática das prestações sociais: (a) as que reconhecem a exigibilidade de todos os direitos sociais previstos na Constituição; (b) as que consideram exigíveis apenas os direitos negativos, condicionando os direitos positivos à reserva do possível e, conseqüentemente, de mediação legislativa; e (c) as que sustentam a exigibilidade apenas do núcleo dos direitos positivos ligados ao mínimo existencial¹⁴² (que reúne tanto os autores que consideram os direitos sociais como direitos definitivos, quanto como direitos *prima facie*).

Neste trabalho, parte-se de idéia de que o mínimo existencial é composto pelos conteúdos mínimos dos direitos subjetivos públicos necessários a uma vida digna, motivo pelo qual se caracteriza como direito fundamental. Outrossim, sustenta-se que os direitos fundamentais merecem especial proteção, estando avalizados pelo Judiciário contra omissão da Administração Pública e do Legislativo. Desse modo, conclui-se pela legitimidade do controle judicial da omissão estatal no fornecimento do mínimo existencial.

Como o direito fundamental à saúde integra o mínimo existencial, ele pode ser exigido judicialmente, não podendo ser restringido pelos demais Poderes constituídos. Isso significa que, em caso de ofensa a direito fundamental, a discricionariedade legislativa e administrativa é reduzida, estando submetida ao controle judicial.

Porém, no que tange às prestações do direito social à saúde, há que manter uma deferência maior às opções, mesmo omissivas, do legislador e do gestor público.

¹⁴² AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35.

III.8 Controle de atos políticos

Identificada a ampla justiciabilidade dos atos administrativos discricionários que contrastem com direitos fundamentais, passa-se a questionar sobre a possibilidade de extensão do controle jurisdicional àqueles atos nos quais a discricionariedade se manifesta de modo ainda mais intenso: os atos políticos. É possível a impugnação judicial de atos políticos? É possível a pretensão condenatória de praticar um ato político? O assunto interessa especialmente à discussão das políticas públicas sanitárias, pois, como previsto no art. 196 da Constituição de 1988, a saúde é garantida “*mediante políticas sociais e econômicas*”.

A doutrina do ato político ou ato de governo foi criada pelo Conselho de Estado Francês, tendo sido classificada por Enterría como “*uma das escassas máculas de sua história exemplar*”¹⁴³. Na realidade, tratava-se de estratégia adotada para que aquele órgão, herança napoleônica, sobrevivesse à restauração da dinastia Bourbon¹⁴⁴. O Conselho negava-se a conhecer as reclamações relacionadas a problemas políticos derivados da extinção do regime napoleônico, dando origem à teoria do motivo político, segundo a qual, independentemente do objeto do ato, ele transmudava-se de administrativo em político quando fosse emitido por motivação política, ficando imune ao controle do contencioso administrativo¹⁴⁵.

O sistema funcionou dessa forma até 1875, quando o Conselho de Estado havia recuperado seu poder e já atuava na forma de jurisdição delegada. Naquele ano, julgando o caso “Príncipe Napoleão”¹⁴⁶, o Conselho rejeitou a

¹⁴³ ENTERRÍA. FERNÁNDEZ., *op. cit.* (Curso... Vol. II), p. 583.

¹⁴⁴ “*Le Conseil d’État, héritage napoléonien, est mal vu sous la Restauration. Toutefois, on n’ose pas le supprimer. Ses interventions juridictionnelles et surtout consultatives deviennent plus discrètes.*” in PEISER, Gustave. *Contentieux administratif*. 14ª edição. Paris: Dalloz, 2006, p. 7.

¹⁴⁵ ENTERRÍA. FERNÁNDEZ., *op. cit.* (Curso... Vol. II), p. 583.

¹⁴⁶ O príncipe Jerónimo Napoleón, foi nomeado general de divisão por seu primo de Napoleão III. Após a queda do segundo império, o ministro republicano da guerra recusa a inscrição de seu nome na lista de generais. Jerónimo Napoleón recorreu ao Conselho de Estado, que se reconheceu competente para julgar a reclamação, que afirmou que para que um ato de governo fique imune ao controle do juiz, não é suficiente

teoria do motivo político e iniciou um processo de redução dos casos de imunidade jurisdicional. Atualmente, há um rol restrito de atos considerados de governo: atos do Executivo em sua relação com o Legislativo (ex: eleição nas assembleias parlamentares, iniciativa de leis); e atos em matéria de relações internacionais.¹⁴⁷

Mas não seria necessário sequer identificar a origem da teoria do ato político para perceber que a idéia de sua imunidade jurisdicional não encontra amparo em um Estado de Direito, o qual, como afirma a exposição de motivos da Lei do Contencioso Administrativo Espanhol, “*es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad – llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política – excluida ‘per se’ del control jurisdiccional*”¹⁴⁸. Destaca-se que na Espanha, mesmo antes da lei afirmar a inexistência de imunidade jurisdicional dos atos políticos, o Tribunal Constitucional já havia afirmado que em caso de ofensa a direitos fundamentais esses atos eram plenamente sindicáveis¹⁴⁹.

No Brasil, é possível afirmar que os princípios do Estado de Direito e do acesso à Justiça proíbem a existência de atos políticos imunes à apreciação judiciária¹⁵⁰. O juiz do contencioso administrativo poderá syndicar os atos políticos sempre que representem lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental. Desse modo, cumprirá a sua dupla função: tutelar os direitos dos

que seja ditado por um interesse político. No mérito, o Conselho rejeitou o recurso, afirmando que o ato do ministro estava em conformidade com a legislação vigente. Cf. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 632.

¹⁴⁷ PEISER, *op. cit.*, p. 39-44.

¹⁴⁸ A exposição de motivos continua: “*Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al Derecho. En realidad, el propio concepto de ‘acto político’ se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo.*” in LLOBREGAT, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁹ *Id.*, p. 69.

¹⁵⁰ “... entre nós, não existe o ato político, tal como o entende a jurisprudência do Conselho de Estado francês, dotado de singular autonomia que o tornaria imune à apreciação judiciária” In MOREIRA NETO, *op. cit.* (Curso...), p. 132.

cidadãos e contribuirá não apenas com a melhoria da Administração, mas também com o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito¹⁵¹.

Em resumo, é poder-dever do juiz do contencioso administrativo controlar a interferência dos atos políticos nos direitos fundamentais, para tutelá-los e, conseqüentemente, contribuir com a melhoria da administração pública.

III.9 Controle judicial de Políticas Públicas: uma atividade holística

A admissão do controle judicial de atos políticos, apesar de fornecer uma diretriz, não responde, ainda, a questão sobre a possibilidade de interferência judicial nas políticas públicas.

As políticas públicas se caracterizam como programas originados de uma visão global do Estado com o objetivo de cumprir objetivos de interesse dos cidadãos. Em valioso trabalho, MARIA PAULA DALLARI BUCCI oferece um conceito de política pública que contribui para a presente pesquisa:

*Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.*¹⁵²

¹⁵¹ “... o aperfeiçoamento do Estado Democrático de direito não se atinge com a defesa anacrônica de prerrogativas de poder que medram e se homiziam em zonas de incerteza jurídica, mas com avanços nos espaços ensolarados da sindicabilidade e da responsabilidade, que haverão de nos proporcionar as teorias que evoluem, transitam e porfiam nos debates forenses e doutrinários”. In MOREIRA NETO, *op. cit.* (Legitimidade...), p. 86.

¹⁵² BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39. Contribuição relevante também é oferecida por Patrícia Helena Massa-Arzabe: E também: “... as políticas públicas podem ser colocadas sempre sob o ângulo da atividade, como conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direito e de objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com

Percebe-se, pois, que a noção de política pública, ao invés de referir um ato da Administração Pública, traduz um processo (seqüência de atos) que envolve diversos atos, desde a análise das possibilidades financeiras e materiais até a escolha dos meios necessários e eficazes para o cumprimento de um objetivo.

Desse modo, as políticas públicas não se referem a um direito subjetivo público de um único indivíduo, mas a um plano de atuação estatal geral e holístico¹⁵³, que envolve diversas áreas de atuação e conhecimentos específicos de diversos ramos do saber.

Do ponto de vista estritamente teórico, as mesmas considerações relacionadas ao controle judicial da atividade estatal adrede expostas se aplicam às políticas públicas. Isso significa que não existe imunidade de jurisdição quando estão em jogo direitos fundamentais. Em outras palavras, se uma política pública, por ação ou omissão, ofende um direito fundamental – inclusive o direito ao mínimo existencial sanitário – o Judiciário deve atuar para garantir a observância dessa garantia dos cidadãos, uma vez que o seu desrespeito não é uma opção aberta ao legislador ou ao gestor público.

A simplicidade teórica da transferência de argumentos gerais sobre controle da atividade administrativa para as políticas públicas contrasta, todavia, com as dificuldades de sua aplicação aos casos concretos. Afinal, não exige-se muito esforço para perceber as dificuldades que o juiz enfrentará para aferir se uma determinada política pública é, ou não, possível, eficaz ou adequada para alcançar um objetivo constitucional.

Em razão do caráter holístico, a formulação e a execução de políticas públicas é essencialmente interdisciplinar, envolvendo debates muito distantes

dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazer uso desses recursos.” In MASSA-ARZABE. Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63.

¹⁵³ “Holismo: abordagem, no campo das ciências humanas e naturais, que prioriza o entendimento integral dos fenômenos, em oposição ao procedimento analítico em que seus componentes são tomados isoladamente [Por ex., a abordagem sociológica que parte da sociedade global e não do indivíduo.]” in Dicionário Houaiss da língua portuguesa – versão eletrônica. Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=holismo&stipe=k>>, acesso em 20 de novembro de 2009.

das lições extraídas dos livros jurídicos. Por esse motivo, também o controle dessas políticas deve estar aberto a todos esses argumentos.

Isso quer significar que o controle de políticas públicas é essencialmente uma atividade que envolve a relação entre distintos sistemas de conhecimento. Logo, se por um lado, é legítimo o controle judicial de políticas públicas, por outro, essa legitimidade só se confirmará no caso concreto se o atuar judicial respeitar e se adequar a essa dinâmica holística.

CAPÍTULO IV – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UM CONFLITO ENTRE SISTEMAS

Considerando que a formulação, a execução e o controle de políticas públicas são atividades holísticas, o capítulo IV busca identificar os sistemas de conhecimento que participam mais ativamente das políticas de saúde, constatando a influência decisiva da saúde social e da gestão pública, além do Direito. Para chegar a essa conclusão, porém, faz-se mister uma breve consideração sobre a teoria dos sistemas, bem como a análise da relação do Direito com os mencionados sistemas de conhecimento.

IV.1 Noções básicas sobre a teoria dos sistemas

O ser humano recebe, de modo contínuo, estímulos sensoriais, os quais são interpretados, viabilizando uma projeção dos efeitos da experiência ou da ação que o estimulou. Todavia, muitas vezes torna-se extremamente difícil (ou mesmo impossível) precisar os efeitos que advirão de uma determinada experiência, pois essas são marcadas pela complexidade e pela contingência.

Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas.¹⁵⁴

Diante dessa situação, desenvolvem-se estruturas para lidar com o problema da complexidade e da contingência, permitindo a criação de regras abstratas¹⁵⁵ capazes de facilitar a previsão dos efeitos de uma ação ou experiência: os sistemas. A função dos sistemas é a redução da complexidade e da contingência, facilitando a atualização das possibilidades advindas de ações ou experiências.

Um desses sistemas, todavia, enfrenta um desafio ainda maior: o sistema social. Quando o homem busca projetar os efeitos de uma ação ou experiência relacionada a outro ser humano, provoca um aumento tanto da

¹⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Volume I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 46.

complexidade, quanto da contingência, uma vez que as possibilidades atualizadas por outros homens se juntam às possibilidades projetadas pelo próprio indivíduo, dando origem a uma dupla contingência.

A partir daí introduz-se no mundo um elemento de perturbação, e é tão-somente assim que se constitui plenamente a complexidade e a contingência. As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades. (...) Com isso adquire a chance de absorver as perspectivas dos outros, ou de utilizá-las no lugar das minhas, de ver através dos olhos dos outros, de deixar que me relatem algo, e dessa forma ampliar meu próprio horizonte de expectativas sem um maior gasto de tempo. Com isso alcanço um imenso aumento da seletividade imediata da percepção. O preço disso está na potenciação do risco: na elevação da contingência simples do campo de percepção, ao nível da dupla contingência do mundo social.¹⁵⁶

Assim, o sistema social – em razão da dupla contingência – lida com expectativas sobre o comportamento alheio, que poderão se confirmar ou não. Não basta, portanto, realizar experiências, é preciso que o indivíduo tenha uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele¹⁵⁷. Esse sistema estabiliza as expectativas objetivas pelas quais as pessoas se orientam, transformando-as em regras. Com isso, torna desnecessária (ou menos necessária) a orientação por meio de expectativas, reduzindo riscos¹⁵⁸. As regras já projetam as expectativas, dispensando o indivíduo de se arriscar a formular a sua própria projeção.

Em uma sociedade complexa, as inúmeras relações sociais determinam uma diferenciação funcional e a conseqüente criação de sistemas parciais não integráveis¹⁵⁹. Por exemplo, direito, política, economia, medicina

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 46-47.

¹⁵⁷ “Frente à contingência simples erigem estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a desapontamentos (...) Frente à dupla contingência necessita-se outras estruturas de expectativas, de construção muito mais complicada e condicionada: as expectativas” in *Id.*, p. 48.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 52.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 225.

social e assistência social dedicam-se a formular regras para campos sociais distintos.

Nas palavras de MARCELO NEVES:

... a supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro lado, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional. Na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que significa risco), desenvolve-se uma sobrecarga seletiva que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos.¹⁶⁰

Os sistemas sociais parciais, ao se voltarem para funções específicas, criam códigos próprios e se fecham operacionalmente, em uma verdadeira autopoiese.

IV.2 Direito como sistema autopoietico

Os sistemas sociais, advindos da diferenciação funcional, são autopoieticos¹⁶¹, o que significa que operam de modo fechado em seu interior, mas são abertos às entradas e às pressões do entorno com o qual se comunica.

Um sistema autopoietico é, portanto, autônomo em relação ao meio, pois ele próprio determinará quais elementos o integram. Essa seleção é realizada por meio de um código binário (e.g. falso/verdadeiro; direito/não direito), que exclui os elementos que não se adéqüem às características do sistema.

A autopoiese determina, também, que o sistema seja fechado, ou seja, apenas os elementos aceitos por meio do código binário passam a integrá-

¹⁶⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16.

¹⁶¹ “A denominação autopoiese é a fusão de dois termos: ‘auto’, que se refere ao próprio objeto, e ‘poiese’, que diz respeito à reprodução/criação. A autopoiese é uma terminologia empregada inicialmente por dois biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela para designar os elementos característicos de um sistema vivo e sua estrutura” in TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 71.

lo. Dessa forma, para o surgimento de um novo elemento no sistema, é necessário que o código do próprio sistema o admita. A referência para a evolução do sistema é, portanto, o próprio sistema (auto-referência¹⁶²), provocando uma espécie de auto-reprodução.

A idéia de que o direito se caracteriza com um sistema social parcial autopoietico, apesar de extrair inspiração em LUHMANN, foi desenvolvida originalmente por GUNTHER TEUBNER que afirmou ser possível estabelecer uma analogia entre a teoria biológica da autopoiese e o sistema jurídico, que passa a ser entendido então como um subsistema social de segunda ordem¹⁶³.

MAURÍCIO VIEIRA MARTINS, analisando a obra de TEUBNER, define o que seria a autopoiese do direito, na visão do autor germânico:

... poderíamos afirmar que estamos diante não de uma independência causal do sistema jurídico, mas antes da sua capacidade de retraduzir aquelas determinações que ele recebe das demais instâncias objetivas (econômicas, políticas, etc) segundo a lógica peculiar que o comanda. De forma muito resumida, tal lógica poderia ser caracterizada por acionar o binômio legal/ilegal, produzido segundo critérios do ordenamento jurídico, como paradigma norteador para cada tomada de decisão que se apresente para o sistema. A capacidade de levar esta retradução a bom termo, buscando assimilar como fenômeno endógeno mesmo aquilo que chega do exterior ao sistema, é o que caracteriza propriamente a dinâmica autopoietica.¹⁶⁴

¹⁶² “Como vemos, a auto-referencialidade dá conta de uma dinâmica circular, onde os processos vigentes no interior de um sistema conseguem referir-se à própria lógica interna do sistema, e não mais a uma determinação exógena” in MARTINS, Maurício Vieira. É o direito um sistema autopoietico? Discutindo uma objeção oriunda do marxismo. In MELLO, Marcelo Pereira (org.). *Justiça e Sociedade*. Rio de Janeiro: LTr-UFF, p. 47.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 49. É importante destacar, todavia, que o VIEIRA sustenta o equívoco do pensamento de Teubner, afirmando inexistir autopoiese no direito.

A idéia do direito como um sistema autopoético foi encampada por LUHMANN¹⁶⁵, ao analisar a Constituição como uma aquisição evolutiva.

IV.3 O acoplamento estrutural e o papel da Constituição

A diferenciação funcional, acompanhada da autopoiese, apesar de provocar *a priori* uma simplificação, acaba por aumentar a complexidade social. Na realidade, essa assertiva está pautada em um duplo fundamento: (a) a diferenciação funcional, em princípio, simplifica o meio, porém torna mais complexos os sistemas; e (b) os diferentes sistemas parciais podem apresentar soluções colidentes para os mesmos problemas sociais¹⁶⁶, provocando conflitos internos na sociedade.

Apesar de não integráveis, os sistemas parciais da sociedade tornam-se reciprocamente dependentes¹⁶⁷. Assim, definições sobre políticas públicas de saúde estão diretamente relacionadas com conclusões extraídas dos sistemas político, jurídico e sanitário, além do econômico. Em verdade, a comunicação com outros sistemas torna-se um requisito da autopoiese¹⁶⁸.

Cada sistema social parcial está inserido em um meio composto por outros sistemas parciais. Esses sistemas são autônomos, porém exercem influência na conformação dos demais, em um processo de acoplamento estrutural, que “*serve para que os outros sistemas – que possuam conteúdos pertencentes também ao sistema jurídico – realizem trocas comunicativas.*”¹⁶⁹.

Sobre o acoplamento estrutural do sistema do Direito, afirma LUHMANN:

¹⁶⁵ LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In ZAGREBELSKY, Gustavo *et al* (organizador). *Il futuro della costituzione*. Roma: Einaudi, p. 112.

¹⁶⁶ “As verdades cientificamente alcançáveis, por exemplo, podem colidir com necessidades econômicas e políticas, enquanto que, inversamente, não se dispõe de verdades suficientes para as necessidades de decisão no âmbito econômico e político.” in LUHMANN, *op. cit.* (Sociologia... V.I), p. 226.

¹⁶⁷ *Id.*, p. 227.

¹⁶⁸ TRINDADE, *op. cit.*, p. 89.

¹⁶⁹ *Id.*

*... a diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o direito está mais conseqüentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial.*¹⁷⁰

O ambiente social, portanto, impactará a evolução do direito, ainda que respeitado o seu caráter autopoietico. Nesse sentido é válido trazer à colação o ensinamento de MARCELO NEVES:

*Isso porque as influências recíprocas entre sistemas, nas diversas formas de interpenetração, acoplamento estrutural e interferência, tornam a evolução do direito, esmo no contexto de sua reprodução autopoietica, não apenas condicionada causalmente, mas também funcional-estruturalmente sensível ao ambiente social, embora não determinada diretamente por ele.*¹⁷¹

De forma geral, é na seara constitucional que ocorre o acoplamento estrutural dos sistemas parciais jurídico e político – e é disso que trata o presente tópico. No caso brasileiro, muitos outros sistemas (como os da economia e da medicina social) também utilizam a mesma estrutura de acoplamento.

Na realidade, como adrede exposto, a Constituição transmite a idéia de um texto jurídico que fixa a constituição política de um Estado¹⁷². Ao fazê-lo, ela se destaca do restante do Direito, atribuindo a si própria primazia (estrutura autológica) na identificação do que é ou não direito, mesmo quando o objeto dessa análise seja a própria legislação¹⁷³. Assim agindo, traz para dentro do direito a função de definir o que é direito, substituindo sustentáculos externos

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Volume II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 19.

¹⁷¹ NEVES, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷² LUHMANN, *op. cit.* (La costituzione...), p. 85.

¹⁷³ *Id.*, p. 88-89.

como o jusnaturalismo ou outros critérios filosóficos. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado¹⁷⁴.

Esse texto jurídico também normatiza a influência política sobre o direito, ao limitar as possibilidades de atuação legislativa¹⁷⁵. Em outras palavras, ao definir os limites do direito, a Constituição também indica o limite da política, que não pode ser inconstitucional. Desse modo, é ela que constitui o acoplamento estrutural entre Direito e política.

*... la costituzione rende possibile ad un tempo una soluzione giuridica del problema di autoreferenzialità del sistema politico e una soluzione politica del problema di autoreferenzialità del sistema giuridico.*¹⁷⁶

Apesar dos sistemas jurídico e político serem instituídos a partir da Constituição, ambos permanecem autônomos, autopoieticos, seguidores de códigos distintos (direito/não direito; poder/não poder) e com funções diferentes¹⁷⁷. Para explicar esse fenômeno, LUHMANN utiliza a imagem de bolas de bilhar que, mesmo se entrecrocando freqüentemente, continuam a percorrer separadamente seu caminho, demonstrando que os acoplamentos estruturais entre sistema e ambiente são plenamente compatíveis com o fechamento operacional dos sistemas acoplados¹⁷⁸.

Os acoplamentos estruturais – verdadeiras aquisições evolutivas¹⁷⁹ – produzem no sistema parcial um setor restrito capaz de ser perturbado por outro sistema acoplado, integrante do meio. Isso permite o surgimento de grandes chances de aprendizado entre os sistemas¹⁸⁰.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 96.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 97.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 110.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 101.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 112.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 116.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 114-115.

IV.4 Direito, Saúde e Gestão Pública: acoplamento estrutural na Constituição de 1988

A Constituição da República de 1988 não se limita a produzir o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Representando os anseios de vários setores, o texto constitucional incorpora conteúdos originados de diversos sistemas sociais, como educação, previdência, gestão pública e preservação ambiental. Porém, poucos sistemas conseguiram influenciar tanto o processo constituinte quanto o sanitário.

Como exposto no capítulo I, as idéias do movimento sanitarista, sintetizadas na VIII Conferência Nacional de Saúde, foram decisivas na formulação dos dispositivos constitucionais sobre o tema. Desse modo, foram fixadas regras jurídicas sobre prestações de serviços de saúde. Temas que antes estavam restritos aos sistemas político (poder/ não poder) e sanitário (eficaz/ não eficaz), foram traduzidos para o código direito/ não direito e passaram a interessar também ao sistema jurídico.

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

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

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

Ocorre que, atualmente, as diferentes linhas de pensamentos deixam transparecer um cenário de “inter-desconfiança” entre o Judiciário, a Administração Pública e os sanitaristas. Na realidade, trata-se de um conflito entre sistemas peritos¹⁸¹ distintos, que acabam ignorando aspectos relevantes apenas identificados pelo conhecimento adquirido pelos integrantes do outro plano de conhecimento. Como leciona Anthony Giddens, “*os especialistas instruídos em uma abordagem particular podem freqüentemente ser críticos ou negligenciar os pontos de vista daqueles formados em outras*”¹⁸².

Por esse motivo, essas constantes provocações geradas pelo intenso acoplamento estrutural dos três sistemas sociais geram a necessidade de um atuar do sistema jurídico cada vez mais aberto e ágil na incorporação de novos elementos, por meio da sua tradução ao código binário do direito.

É necessário, portanto, identificar as características do controle judicial das políticas públicas de saúde e compará-las com as críticas de cada um desses sistemas especialistas, contribuindo para o debate sobre as possibilidades e os limites da atuação judicial. Por isso, os próximos capítulos serão dedicados à análise da atuação do sistema judicial (capítulo V) e das críticas do sistema da saúde coletiva (capítulo VI) e da gestão pública (capítulo VII e VIII).

¹⁸¹ “Por sistemas peritos quero me referir a sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje.” In GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 30.

¹⁸² GIDDENS, Anthony. BECK, Ulrich. LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997, p. 107.

CAPÍTULO V – SISTEMA JUDICIAL

Como exposto no capítulo anterior, por ser uma atividade interdisciplinar, o controle judicial de políticas públicas sanitárias depende da análise de três sistemas: judicial, saúde coletiva e gestão pública. Este capítulo V analisa o sistema judicial, avaliando o atuar dos tribunais, não apenas pela identificação dos argumentos jurídicos utilizados, mas, também, observando os impactos sociais das decisões e a sua estrutura comunicativa. Oferece-se, ainda, duas reflexões sobre o atuar judicial ideal: a relatividade do caráter gratuito da saúde pública e o necessário potencial de universalização das decisões judiciais.

V.1 Análise jurisprudencial

O sistema judicial é generoso no que tange aos pedidos de prestações sanitárias. A análise da jurisprudência, no período de 2005 a 2009, é reveladora. No Superior Tribunal de Justiça, de 44 acórdãos pesquisados, 36 eram favoráveis à pretensão de fornecimento de remédios ou outros tratamentos¹⁸³. A mesma pesquisa no Tribunal Regional Federal da 2ª Região demonstra haver 77 acórdãos favoráveis ao paciente e apenas 06 contra¹⁸⁴.

A pesquisa foi realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁸⁵, do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁸⁶, do Tribunal Regional Federal

¹⁸³ Pesquisa realizada por meio da página do STJ na *internet* <www.stj.jus.br>, em 17 de novembro de 2009, limitada ao período de 01/01/2005 a 17/11/2009, utilizando a seguinte chave de pesquisa: saúde e sus no "habeas corpus" no "ressarcimento" no "tabela". Foram excluídos da análise os acórdãos que versavam sobre questões processuais, bem como assunto que se afastam do objeto da dissertação, como auxílio a ex-combatentes, repasse de verbas, reajuste de tabela do SUS e erro médico.

¹⁸⁴ Pesquisa realizada por meio do Portal da Justiça Federal na *internet* <www.justicafederal.jus.br>, em 17 de novembro de 2009, limitada ao período de 01/01/2005 a 17/11/2009, utilizando a seguinte chave de pesquisa: saúde e sus no "habeas corpus" no "ressarcimento" no "tabela". Foram excluídos da análise os acórdãos que versavam sobre questões processuais, bem como assunto que se afastam do objeto da dissertação, como auxílio a ex-combatentes, repasse de verbas, reajuste de tabela do SUS e erro médico.

¹⁸⁵ Pesquisa realizada por meio da página do STF na *internet* <www.stf.jus.br>, em 17 de novembro de 2009, limitada ao período de 01/01/2005 a 17/11/2009, utilizando a seguinte chave de pesquisa: saúde e sus no "habeas corpus" no "ressarcimento". Foram excluídos da análise os acórdãos e as decisões monocráticas que versavam sobre questões processuais, bem como assunto que se afastam do objeto da dissertação, como auxílio a ex-combatentes, repasse de verbas, reajuste de tabela do SUS e erro médico.

¹⁸⁶ Cf. nota 183.

da 2ª Região (TRF-2)¹⁸⁷, limitada ao período de 2005 a 2009. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o enorme número de decisões fez com que o estudo ficasse restrito aos enunciados sumulados.

Em todos os tribunais pesquisados, o número de decisões monocráticas ou acórdãos contrários às pretensões sanitárias dos cidadãos foi inexpressivo, sendo a única exceção o STJ, com aproximadamente 18% de seus acórdãos contrários aos pedidos dos pacientes.

No âmbito estadual, a jurisprudência do TJRJ é pródiga quanto às prestações sanitárias. Consolidou-se o entendimento sobre a existência de direito ao fornecimento de medicamentos, ainda que não inseridos nos regulamentos do SUS, que são interpretados como meramente exemplificativos¹⁸⁸. Assim, segundo o enunciado nº 4/2009, “a obrigação dos entes públicos de fornecer medicamentos não padronizados, desde que reconhecidos pela ANVISA e por recomendação médica, compreende-se no dever de prestação unificada de saúde e não afronta o princípio da reserva do possível”¹⁸⁹. Mais do que isso, segundo o enunciado nº 3/2009, a obrigação estatal se estende aos “produtos complementares ou acessórios aos medicamentos, como os alimentícios e higiênicos, desde que diretamente relacionados ao tratamento da moléstia, assim declarado por médico que assista o paciente”¹⁹⁰. Outrossim, a corte estadual é enfática ao afirmar a existência de solidariedade entre União, Estados e Municípios pelas prestações sanitárias¹⁹¹.

¹⁸⁷ Cf. nota 183.

¹⁸⁸ Como exemplo, cf. apelação e reexame necessário nº 000325-06.2008.8.19.0061, Relatora: Desembargadora Mônica Tolledo de Oliveira. TJRJ – primeira câmara cível, decidido em 03/11/2009.

¹⁸⁹ Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=z=WEBBACLE66&LAB=BIBxWEB&PORTAL=1&AMB=INTER&SUMULAxTJ=&TRIPA=198^2009^44&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=&TIPO=198&ATO=44&START=&DGCON=>>>, acesso em 20 de novembro de 2009.

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ Enunciado nº 65, da súmula da jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça, disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBACLE44&PORTAL=1&LAB=BIBxWEB&AMB=INTER&SUMULAxTJ=1&TRIPA=71^0^65&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=&TIPO=71&ATO=65&START=&DGCON=>>>, acesso em 20 de novembro de 2009.

No TRF-2, o número de 77 acórdãos favoráveis às pretensões dos cidadãos contrasta com apenas 06 decisões contrárias. A análise das fundamentações adotadas pela corte regional permite identificar quatro argumentos mais recorrentes: necessidade de hipossuficiência econômica (27 casos); solidariedade entre União, Estados e Municípios (60 casos); efetividade dos direitos sociais (26 casos) e irrelevância do equilíbrio orçamentário (05 casos).

Os números são curiosos, principalmente diante de posição manifestada em diversas fundamentações dos votos dos magistrados de que “*apenas as prestações que compõem o assim denominado ‘mínimo existencial’ e aquelas que configurem opções políticas juridicizadas dos poderes constituídos poderiam ser objeto de condenação dos entes públicos a implementá-las em prazo determinado*”¹⁹².

Em 78% dos casos analisados, o TRF-2 enfrentou a controvérsia sobre a legitimidade passiva nas causas envolvendo prestações sanitárias, tendo concluído em todos eles a favor da solidariedade. Nenhum dos acórdãos tratou da necessidade de prova da eficácia do tratamento. Já o argumento defensivo da inexistência de previsão orçamentária foi apreciado em 7,8 % dos casos, sendo acolhido em apenas 1,3% e rechaçado em 6,5%, muitas vezes com a seguinte fundamentação:

*No que toca ao argumento de inexistência de previsão orçamentária, impõe-se a incidência do princípio da cedência recíproca, pelo que, conflitando a oneração financeira do ente político e pronto atendimento do paciente, há que se resolver em favor da manutenção da saúde — e, conseqüentemente, da vida — deste.*¹⁹³

Já no STJ, os 44 acórdãos pesquisados permitiram a identificação de sete argumentos principais: necessidade de prova da eficácia (05 casos);

¹⁹² Apelação Cível (AC) nº 200551010160202, Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira/no afast. Relator, TRF2 - oitava turma especializada, decidido em 31/08/2009.

¹⁹³ Apelação Cível (AC) nº 200651170028793, Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, TRF2 - oitava turma especializada, decidido em 16/07/2008.

hipossuficiência (05 casos); solidariedade entre União, Estados e Municípios (27 casos). Destaca-se, porém, em 01 decisão, a expressa menção à reserva do possível:

6. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos.

7. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros.

8. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos.¹⁹⁴

A solidariedade entre as três esferas da Federação foi analisada em 61% dos casos, sendo reconhecida em 54% e rechaçada em 7%. Cerca de 11% dos acórdãos abordaram a necessidade de hipossuficiência para a obtenção de tutela judicial para o fornecimento de prestações sanitárias, sempre para afirmá-la. O mesmo percentual (11%) condiciona o atendimento da pretensão à comprovação da eficácia do tratamento almejado.

No Supremo Tribunal Federal, foram identificadas, com a chave de pesquisa utilizada, 09 decisões monocráticas, todas favoráveis aos cidadãos, nas quais constam 05 argumentos principais: universalidade do sistema único

¹⁹⁴ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 28.962/MG, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 03/09/2009.

de saúde; solidariedade entre as três esferas da federação; necessidade de hipossuficiência econômica; irrelevância do equilíbrio orçamentário; efetividade dos direitos positivos.

As conclusões foram bastante semelhantes àquelas de Daniel Wei Liang Wang, cuja pesquisa constatou que todos os acórdãos localizados sobre o tema concedem o medicamento ou o tratamento requerido, sem qualquer voto divergente.¹⁹⁵

Entre as decisões da Presidência do STF, entretanto, foram localizados dois precedentes favoráveis à Administração Pública, ao suspenderem decisões judiciais que haviam determinado o fornecimento de medicamentos¹⁹⁶. A possível nova tendência jurisprudencial, todavia, foi revertida em decisões posteriores¹⁹⁷. Apesar disso, é inquestionável o aumento do peso de um dos argumentos das defesas fazendárias: o impacto das decisões judiciais nos orçamentos públicos. Embora o STF – exceto nas duas já citadas – confira maior peso ao direito à saúde dos postulantes que ao equilíbrio orçamentário, a corte passou a enfrentar o assunto com maior preocupação de fundamentação.

A preocupação com as repercussões das decisões judiciais na administração sanitária, entretanto, apenas recebeu maior atenção do STF após a audiência pública realizada em abril e maio de 2009, quando, durante seis dias, foram ouvidos especialistas de diversas áreas a respeito da judicialização da saúde. Após esse marco – apesar da pouca influência no resultado final dos julgamentos, que continuaram favoráveis aos cidadãos – o tribunal, ao menos

¹⁹⁵ WANG, Daniel Wei Liang. *Escasses de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf>, acesso em 18 de novembro de 2009.

¹⁹⁶ Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 91, Relatora: Presidente Min. Ellen Gracie, julgado em 26/02/2007, publicado em DJ 05/03/2007, p. 23. Suspensão de Segurança (SS) nº 3073, Relatora: Presidente Min. Ellen Gracie, julgado em 09/02/2007, publicado em DJ 14/02/2007 p. 21.

¹⁹⁷ Como exemplos: (a) Suspensão de segurança (SS) nº 3231, Relatora: Presidente Min. Ellen Gracie, julgado em 28/05/2007, publicado em DJ 01/06/2007, p. 22; (b) Suspensão de segurança (SS) nº 3158, Relatora: Presidente Min. Ellen Gracie, julgado em 31/05/2007, publicado em DJ 08/06/2007, p. 22; (c) Suspensão de segurança (SS) 3183, Relatora: Presidente Min. Ellen Gracie, julgado em 05/06/2007, publicado em DJ 13/06/2007, p. 22. Para uma visão mais ampla das decisões da Ministra Ellen Gracie sobre o assunto, é válido conferir a tabela comparativa elaborada por Fernanda Terrazas, disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/Tabela_comparativa_Ellen_Gracie.pdf>, acesso em 20 de novembro de 2009.

nas decisões da Presidência, assumiu um grande ônus argumentativo, ao inserir no debate diversos temas tradicionalmente excluídos do discurso jurídico.

Como *leading case* da nova postura da suprema corte, a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175¹⁹⁸ apresenta vários critérios a serem observados nas decisões judiciais sobre prestações de serviços de saúde. Segundo o relator da decisão, Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, o primeiro dado a ser verificado é a existência, ou não, de política pública que alcance a prestação sanitária almejada. Em caso positivo, o controle judicial não será do conteúdo, mas do cumprimento da decisão administrativa ou legislativa.

Todavia, se o tratamento pleiteado não estiver contemplado pelas políticas do Sistema Único de Saúde, faz-se mister distinguir entre três situações: (a) omissão legislativa ou administrativa; (b) decisão administrativa pelo não fornecimento; (c) decisão legislativa pelo não fornecimento.

A importância dessa distinção pode ser notada, em primeiro lugar, nos casos em que há decisão legislativa proscendo o fornecimento do tratamento. É o que ocorre, por exemplo, quando não há registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitárias (ANVISA), segundo o art. 12, da Lei 6.360/1976). Assim, a ausência de registro na ANVISA constituiria um óbice *prima facie* à concessão judicial da prestação sanitária, em razão da deferência à decisão legislativa.

Por outro lado, é necessário verificar, também, se há decisão administrativa optando pela não disponibilização do tratamento no SUS. Nessa hipótese MENDES afirma ser necessário identificar se Administração disponibiliza um tratamento alternativo, não indicado ao paciente; ou se não existe qualquer tratamento para a patologia. Nesses casos, o acesso ao serviço de saúde deve ser garantido. Mas, se, ao contrário, os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas do SUS já indicarem um tratamento eficaz, apesar de diverso do almejado pelo paciente, não haverá cobertura.

¹⁹⁸ Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, Relator(a): Presidente Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/09/2009, publicado em DJe-182 divulgado em 25/09/2009 publicado em 28/09/2009.

Isso significa, portanto, a existência de uma deferência *prima facie* aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS. Mas a decisão ressalva a possibilidade de sua sindicabilidade em alguns casos, principalmente em razão da lentidão de sua atualização. A omissão normativa não pode ferir o princípio da integralidade do sistema ou, tampouco, justificar a diferença entre as opções oferecidas aos usuários da rede pública e aos da rede privada, o que permitiria a tutela judicial para corrigir essas falhas, mas sempre amparada em produção probatória.

V.2 Análise sociológica da atividade do sistema judicial: quem são os seus destinatários?

A análise da atuação do sistema judicial não pode ficar restrita aos argumentos utilizados na fundamentação das decisões. É necessário verificar, também, os seus reflexos sociais. Para tanto, é fundamental identificar quem são os destinatários da prestação jurisdicional.

VIRGILIO AFONSO DA SILVA e FERNANDA VARGAS TERRAZAS¹⁹⁹ elaboraram pesquisa empírica em que o perfil dos beneficiários das decisões judiciais que concederam prestações sanitárias. Um dos dados analisados foi a renda familiar *per capita*, tendo sido constatado que, em 14,38% dos casos, o valor era inferior a 0,5 salário mínimo; 13,13% tinham renda entre 0,5 e 1 salário mínimo; 13,75% entre 1 e 1,5 salário mínimo; 21,88% situavam-se na faixa de 1,5 a 3 salários mínimos; 10,63% entre 3 e 5 salários mínimos e 11,88% possuíam renda familiar *per capita* superior a 5 salários mínimos. Outro dado interessante é que 49,38% dos beneficiários afirmaram pertencer à classe média e 20,63% à classe média baixa.

Também investigou-se a origem da prescrição do tratamento, tendo sido constatado que em 60,63% dos casos os pedidos judiciais estavam amparados em prescrições originadas de hospitais ou clínicas privadas, enquanto em

¹⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso. TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded*. Disponível em < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>, acesso em 21 de novembro de 2009.

13,13% o receituário era de hospital da rede pública regular e 26,25% de hospitais públicos de referência. Outrossim, apenas 40% eram usuários do sistema público de saúde.

Algumas outras informações também chamam especial atenção: 5,63% eram pós-graduados, 25% possuíam curso superior e 36,25% o ensino médio. 16,88% eram empregados formais, 01,25% empregados informais, 12,50% trabalhavam por conta própria, 7,5% eram servidores públicos, 2,5% empregadores, 35,63% pensionistas, 16,25% donas de casa, 2,5% estudantes, 3,13% desempregados, enquanto os que desenvolviam outras atividades eram 1,88%.

Os dados coletados na pesquisa citada conduzem à conclusão de que o acesso ao controle judicial da atividade estatal sanitária é franqueado com maior abertura às camadas da população menos necessitadas. Aqueles com menores renda e índice de escolaridade encontram maior dificuldade de acessar a Justiça e, conseqüentemente, não são os destinatários mais freqüentes das decisões judiciais.

Como conclusão, AFONSO DA SILVA e TERRAZAS confirmam suas duas hipóteses de trabalho: (a) as decisões judiciais sobre o direito à saúde beneficiam, sobretudo, os mais privilegiados; e (b) as cortes não são, na maior parte das vezes, uma voz institucional para os pobres. Assim, a judicialização da saúde não se demonstrou um meio de democratização do acesso aos serviços sanitários, pois seus benefícios são usufruídos principalmente por pessoas cujos interesses já são considerados no processo político e utilizam o processo judicial apenas com um fórum adicional para aumentar essa proteção²⁰⁰.

Importante alertar, todavia, que a distorção não se encontra propriamente no atuar judicial, pois a pesquisa não revelou diferença de tratamento entre ricos e pobres, uma vez que a maior parte das pretensões é julgada procedente.

²⁰⁰ *Id.*, p. 15.

O resultado é provocado é provocado pela dificuldade de acessar a Justiça, seja por falta de recursos financeiros, seja por deficiência de informações^{201 202}.

O dado sociológico contrasta com um dos principais argumentos encontrados nas decisões judiciais: a exigência de hipossuficiência econômica. Se esse é um argumento utilizado frequentemente na fundamentação das decisões judiciais, como é possível a concentração dos beneficiários nas classes mais favorecidas? A resposta é apresenta dois motivos: (a) o primeiro já foi identificado na pesquisa analisada – o efetivo acesso à Justiça ainda não é uma realidade para significativa parcela da população; (b) mas, há, ainda, um segundo motivo – os tribunais não exercem uma efetiva fiscalização da hipossuficiência, apesar de exigi-la abstratamente.

Portanto, além de criar as condições propícias ao efetivo acesso à Justiça, faz-se mister que os tribunais exerçam com mais rigor a fiscalização da condição de hipossuficiente, analisando com maior cuidado teórico e fático o caráter gratuito das prestações sanitárias.

V.3 Gratuidade da saúde pública: uma opção legislativa

A Constituição de 1988, em momento algum estabelece a gratuidade das prestações sanitárias, valendo ressaltar que o seu caráter universal não tem o condão de transformá-las em um serviço gratuito. A universalidade significa, apenas, que os serviços devem estar à disposição de todos, mas não exige a ausência de contraprestação, ao menos para aqueles que podem pagar.

²⁰¹ *Id.*, p. 15.

²⁰² No que tange ao direito à saúde, não se confirmam, portanto, as conclusões a que chegou Ivan César Ribeiro: “a) *Os juízes favorecem a parte mais poderosa. Uma parte com poder econômico ou político tem entre 34% e 41% mais chances de que um contrato que lhe é favorável seja mantido do que uma parte sem poder; b) Uma parte com poder apenas local tem cerca de 38% mais chances de que uma cláusula contratual que lhe é favorável seja mantida e entre 26% e 38% mais chances de ser favorecido pela Justiça do que uma grande empresa nacional ou multinacional, um efeito aqui batizado de subversão paroquial da justiça; c) Nos Estados Brasileiros onde existe maior desigualdade social há também uma maior probabilidade de que uma cláusula contratual não seja mantida pelo judiciário. Passando-se, por exemplo, do grau de desigualdade de Alagoas (GINI de 0,691) para o de Santa Catarina (0,56) tem-se uma chance 210% maior de que o contrato seja mantido.*” In RIBEIRO, Ivan César. *Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil?* Disponível em <www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006>, acesso em 20 de junho de 2008.

Como analisado no capítulo I, houve época em que os serviços de saúde estavam restritos ao segurados previdenciários, restando aos demais cidadãos uma precária assistência emergencial e preventiva. Com a determinação constitucional de universalidade, essa distinção entre cidadãos está vedada: todos têm direito à saúde.

Destaca-se que o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, segundo o inciso I, do parágrafo único, do art. 194, da Constituição, informa os três ramos da seguridade social: saúde, assistência social e previdência social. O que se quer destacar é o caráter universal deste último ramo: a previdência, hoje, não é restrita a algumas classes de trabalhadores, ao contrário, qualquer pessoa pode tornar-se segurado, se não obrigatório, facultativo. Apesar de universal, ninguém questiona o seu caráter contributivo, cuja previsão está no art. 201 da Constituição da República.

Como ensina WAGNER BALERA²⁰³, o princípio se refere tanto ao sujeito, quanto ao objeto da seguridade: universalidade da cobertura significa que todas as situações representem um risco social merecem cobertura da seguridade social; por outro lado, a universalidade do atendimento relaciona-se ao aspecto subjetivo, estendendo a cobertura a todas as pessoas. Percebe-se, portanto, a inexistência de referência à gratuidade.

Destaca-se que, em outros momentos, quando o constituinte efetivamente optou pela gratuidade, não deixou margem a qualquer dúvida. Foi o que aconteceu com a assistência social, que “*será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social*” (art. 203).

No caso da saúde, a opção pela gratuidade está no plano infraconstitucional, extraída da interpretação do art. 43, da Lei 8.080/90. Assim, as prestações incluídas no rol de serviços do Sistema Único de Saúde (SUS), devem ser ofertadas gratuitamente, não importando a condição econômica do destinatário.

²⁰³ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2006, p. 157-158.

Todavia, como alerta FÁTIMA VIEIRA HENRIQUES²⁰⁴, se o pedido judicial não estiver incluído entre os tratamentos já admitidos pelo SUS (como medicamentos não inseridos nas listagens oficiais ou tratamentos diversos dos protocolos médicos aprovados pelo Ministério da Saúde), extraindo seu fundamento diretamente do art. 196 da Constituição, não há como considerá-lo *tout court* alcançando pela gratuidade. Nesse caso, apenas se restar demonstrada a incapacidade econômica do postulante é que a pretensão deve ser acolhida, sob pena de, sem base normativa, transferir-se para a sociedade um ônus que deve ser assumido pelo indivíduo.

V.4 Análise da estrutura comunicativa das decisões judiciais e o seu potencial de universalização

Como adrede analisado, o rol de protagonistas do cenário sócio-político brasileiro após a redemocratização e, especialmente, com a Constituição da República de 1988, passou a contar com o Poder Judiciário, cada vez mais instado a atuar na solução de questões sensíveis para o país.

A eclosão do movimento pós-positivista, associada ao déficit de representatividade do Parlamento, ocasionado, entre outras coisas, pela inexistência de condições adequadas a um debate racional, pelos mais variados motivos, lançaram o Judiciário a um papel de primazia, sendo raras as matérias que não são submetidas à decisão de um juiz.

Entretanto, não se pode perder de vista, que a decisão judicial também é fruto de um processo comunicativo, dotado de peculiaridades, não apenas por estar permeada das imposições inerentes ao Direito, mas pela própria estrutura de comunicação em um processo judicial.

Por esse motivo, é necessário analisar o impacto da nova ética do discurso sobre o processo de produção das decisões judiciais, especialmente no que tange ao potencial de universalização.

²⁰⁴ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 831.

V.4.1 A pretensão de correção das decisões judiciais

A decisão judicial, ao oferecer a solução para os litígios entre as partes da relação processual, tem um nítido caráter normativo, pois pretende regular uma relação social, determinando o comportamento a ser adotado por cada um dos envolvidos.

Para chegar à suas conclusões, o juiz integra-se no processo de comunicação entre os litigantes, recebendo estímulos racionais prévios ao provimento jurisdicional. Em um plano ideal, as partes agem comunicativamente²⁰⁵ e lançam seus argumentos, com pretensão de validade, para que se alcance uma solução racional.

A pretensão de validade dos argumentos dos litigantes traduz tanto uma pretensão de verdade, no que tange aos aspectos fáticos (mundo objetivo), quanto uma pretensão de correção dos reflexos jurídicos extraídos dos fatos (mundo social)²⁰⁶. Desse modo, o juiz recebe as provocações racionais das partes, para que adira aos seus argumentos.

É verdade que em um processo judicial não se configura a *situação ideal de fala*²⁰⁷, tendo em vista a estrutura da comunicação. Tal assertiva ampara-se, pelo menos, em dois argumentos: (a) os *litigantes* têm oportunidades limitadas de manifestação; e (b) o juiz não debate, no plano real, com as partes. O julgador recebe os argumentos racionais e lança a sua decisão (ato de fala

²⁰⁵ “Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo a ser alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez.” in HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79.

²⁰⁶ “No caso de processos de entendimento mútuo lingüísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validez, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado).” In *id.*

²⁰⁷ “A situação ideal de fala foi um recurso utilizado por Habermas para justificar a plausibilidade do discurso prático elaborado em seu texto ‘Teorias da verdade’, de 1972. O filósofo de Frankfurt denomina ‘ideal a uma situação de fala em que as comunicações não somente não vêm impedidas por influxos externos contingentes como tampouco pelas coações que se seguem da própria estrutura da comunicação.’ In MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97.

regulador), com a pretensão de convencer as partes e todos os demais sobre a correção de seus argumentos.

Além disso, no mundo real, as partes da relação processual, muitas vezes, agem estrategicamente²⁰⁸, não intencionando o consenso, mas buscando apenas convencer o julgador de seus argumentos, sem se permitir a reflexão sobre a tese contrária. “*As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também podem perseguir seu interesse numa solução favorável do processo ‘introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso’*”²⁰⁹.

Lancemos, em primeiro lugar, comentários sobre as duas primeiras limitações discursivas do processo judicial, sem a preocupação com o problema do agir estratégico dos litigantes, que passará a integrar a reflexão seguinte.

Pressupondo um atuar comunicativo de todos os envolvidos, é possível identificar duas relações discursivas no processo de formação da decisão judicial. A primeira é caracterizada por um *agir comunicativo forte*, na relação entre os litigantes. Autor e réu dialogam buscando demonstrar a racionalidade de seus argumentos, não apenas ao juiz, mas um ao outro. Por meio das sucessivas manifestações no processo, os litigantes podem aderir ao argumento da parte contrária, chegando a uma solução de consenso, materializada em transação, reconhecimento do pedido, renúncia ou desistência.

Porém, diante da necessidade de promoção da segurança jurídica e da solução relativamente célere do conflito, não é possível garantir a continuação do debate por tempo indeterminado. Por isso, o procedimento impõe limites ao discurso, por meio da fixação de prazos e oportunidades de manifestação, que ocasionam a preclusão em suas variadas espécies.

Trata-se de medida exigida pela necessidade de obtenção, em tempo razoável, de um provimento jurisdicional capaz solucionar o conflito submetido à decisão. O prolongamento indeterminado do debate acarretaria a total

²⁰⁸ “... no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação (...)” *In ibid.*

²⁰⁹ HABERMAS, *op. cit.* (Direito e democracia...), p. 288.

inadequação do processo judicial como ferramenta de garantia do direito das partes. Isso porque há situações que não permitem uma espera indefinida pela formação de um consenso. Dessa forma, apesar do *agir comunicativo forte* dos litigantes, se não houver a formação de um consenso, o juiz deve atuar em um *agir comunicativo fraco*.

Explica-se. A decisão judicial não surge por meio de um debate *real* entre o juiz e as partes. Na verdade, o julgamento substitui, subsidiariamente, o consenso. Restando inviabilizada a formação de um consenso racional entre as partes, o juiz se apresenta para oferecer a solução ao conflito. Em um primeiro momento, na expectativa de formação de consenso entre as partes, o juiz permanece como um integrante passivo do debate, que se limita a receber e avaliar os argumentos dos interessados. Constatada a impossibilidade da formação do consenso dentro dos limites impostos pela estrutura de comunicação no processo judicial, o juiz manifesta-se indicando o que, para ele, deveria ter sido alcançado consensualmente pelas partes.

Ao agir desse modo, o juiz elabora a norma para a situação concreta (ato de fala regulador), com pretensão de correção, pautada nos argumentos das partes aos quais aderiu, bem como em seus próprios argumentos. Veicula, portanto, por meio da linguagem, um comando que produzirá efeitos no mundo social, oriundo da síntese da discussão travada entre os *litigantes*.

Esse comando tem uma pretensão de validade, mais especificamente, uma pretensão de correção: pretende ser a solução correta para o conflito, ou, em outras palavras, pretende ser o consenso a que os *litigantes* chegariam se continuassem a agir comunicativamente. O juiz, portanto, apenas antecipa o (provável) consenso, que não pode ser aguardado em razão da necessidade de solução tempestiva do conflito.

Neste ponto há uma constatação que merece destaque. A decisão judicial é necessária mesmo quando os *litigantes* agem comunicativamente, sempre que não houver condições de se aguardar por prazo indefinido o consenso racional. Em outras palavras, a existência de um julgador não decorre, apenas, do agir estratégico das partes, mas das limitações impostas pelos fatos da vida.

Basta imaginar uma decisão judicial sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado. Ainda que autor e réu adotem uma fala comunicativa – em que lançam argumentos racionais e estejam dispostos a aderir os argumentos do outro se lhe parecerem adequados – é possível que o debate dure um tempo maior do que aquele que as partes podem esperar. Para evitar a decisão judicial, seria necessário não apenas o agir comunicativo, mas a garantia de que o consenso seria alcançado dentro de um prazo razoável.

Porém, se a atuação judicial é necessária mesmo em um cenário em que todos os envolvidos adotam um agir comunicativo, sua importância é ainda maior quando os debatedores adotam um agir estratégico. Se as partes não pretendem alcançar um consenso, mas apenas impor a sua tese, inviabiliza-se a solução consensual, ainda que fora das limitações do processo judicial. Nesse caso, o direito – e especialmente a decisão judicial – funciona como “*meio de intercâmbio*” “*entre a ação comunicativa e a estratégica*”²¹⁰.

Se for adotado um discurso eticamente neutro e orientado ao próprio êxito (agir estratégico), corre-se o risco de imposição da vontade dos mais fortes sobre os mais fracos. Por isso o Estado Civil assume o monopólio do uso da força e garante aos cidadãos o direito de acesso à justiça²¹¹. Cabe ao juiz oferecer a solução que as partes não são capazes de alcançar, por agirem estrategicamente. O direito positivo garante a validade dessa decisão, cuja observância será imposta por meio de coerção estatal.

Porém, apesar de sua validade ter a garantia do ordenamento jurídico positivo, a decisão, como ato normativo concreto, deve manter a pretensão de correção, fundamentada na síntese dos argumentos dos litigantes somada a argumentos racionais do próprio julgador. É a fundamentação – e a possibilidade de resgatar os argumentos nela contidos – que confere faticidade à atuação judicial.

²¹⁰ DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão interna entre faticidade de validade no direito segundo Habermas. In MARTINS, Clélia Aparecida (org.). POKER, José Geraldo (org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária UNESP, 2008, p. 16.

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade validade*. Volume I. 2ª edição. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 48.

Isso quer significar que, apesar da missão institucional do Judiciário, como poder constituído, garantir a validade jurídica de sua atuação, a vigência social (faticidade) não é obtida apenas com meras previsões positivistas legalistas. Faz-se necessário que a fundamentação seja capaz de produzir uma pretensão de correção das decisões.

Uma decisão que diz “*estou errado, meus argumentos são ruins, mas decido desse modo*” não é dotada de faticidade (vigência social), pois não tem pretensão de correção. Mesmo diante do agir estratégico das partes, permanece o papel do juiz de proferir uma decisão substitutiva do consenso, pautada em argumentos que se pretendem corretos.

Porém, essa pretensão de correção não deve ficar restrita apenas ao juiz (falante). O julgador deve almejar que os argumentos fundamentadores da decisão sejam aceitos como válidos no círculo daqueles a quem são endereçados²¹². É necessário, pois, construir uma ponte entre as razões singulares do julgador e as hipóteses universalmente aceitas²¹³.

É evidente, todavia, que essa é apenas uma pretensão do julgador. Afinal, não é possível impor a todos os destinatários da decisão – inclusive aqueles que atuam estrategicamente – que reconheçam nela o consenso a que chegariam. A validade (legitimidade), garantida pelo direito positivo, pode estar em tensão com a faticidade (vigência social). Por isso, alguns agirão conforme a decisão e outros por respeito à decisão (conforme a lei ou por respeito à lei)²¹⁴.

De todo modo, o juiz deve buscar solucionar essa tensão entre validade e faticidade, fundamentando sua decisão em argumentos racionais, com a pretensão de vê-la reconhecida como correta por todos os envolvidos.

Isso quer significar que uma das regras de argumentação, a ser utilizada pelo julgador em sua fundamentação, traduz-se no princípio moral da

²¹² HABERMAS, *op. cit.* (Consciência moral...), p. 83.

²¹³ *Id.*

²¹⁴ MARTINS, *op. cit.*, p. 17.

universalidade. Como alerta Habermas, todas as investigações a propósito da lógica da argumentação moral conduzem imediatamente à necessidade de introduzir um princípio moral com essas características, que, aliás, podem ser extraídas da idéia subjacente no imperativo categórico de Kant, de que os mandamentos morais devem ser universais (ou impessoais)²¹⁵.

Se a decisão judicial funciona como substitutivo do consenso, o julgador dever ter em mente que “o princípio-ponte possibilitador do consenso deve, portanto, assegurar que somente sejam aceitas como válidas as normas que exprimem uma vontade universal”²¹⁶. Destarte, a decisão não pode ser pautada exclusivamente na opinião do julgador, mas, sim, fundada em argumentos universalmente aceitos.

É verdade que a inexistência de debate entre o juiz e os *litigantes* dificulta o atendimento a essa regra de argumentação, principalmente porque, segundo Habermas, o princípio da universalização não pode ficar restrito a uma visão monológica – como pretendem Kant e Rawls²¹⁷ – o que significa não ser suficiente uma reflexão individual sobre o litígio. Seria necessária uma argumentação real da qual participassem, comunicativamente, todos os concernidos.

Todavia, apesar desse *agir comunicativo fraco* do juiz tornar mais difícil a tarefa de aplicação do princípio da universalidade, não se pode olvidar que os *litigantes* participaram do debate e expuseram seus argumentos, permitindo que o juiz adira, ou não, a eles fundamentadamente. Desse modo, a decisão judicial não representará tão somente o que o julgador considera uma razão universal, pois, como a decisão representa a síntese dos argumentos das partes, o juiz terá levado em consideração a postura de todos os concernidos no debate²¹⁸.

²¹⁵ HABERMAS, *op. cit.* (Consciência moral...), p. 84.

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ *Ibid.*, p. 87.

²¹⁸ “... todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial do juízo.” In HABERMAS, *op. cit.* (Direito e democracia...), p. 288. “Contra isso Neumann argumentou, mais tarde, que a posição de Habermas trata das partes do processo não como participantes do discurso, mas como fontes de informação, pois se trata de um procedimento onde o juiz – o único participante – decide e fornece

É evidente que, quanto mais estratégico foi o discurso dos litigantes, mas difícil será a tarefa do juiz de extrair a parcela racional dos argumentos, para chegar à conclusão substitutiva do consenso.

Porém, mesmo nessas circunstâncias, deve o julgador atuar buscando conferir eficácia social à sua decisão, mantendo firme a pretensão de correção, pautada na universalidade de seus argumentos.

V.4.2 A decisão judicial como etapa da comunicação

A decisão judicial é uma necessidade provocada tanto pelas urgências da vida (exige-se da solução do conflito em prazo razoável), quanto pelo agir estratégico dos litigantes (que impede a formação de um consenso racional).

Todavia, o juiz não pode perder de vista que a discussão continua mesmo após a sua decisão, seja no próprio procedimento judicial, por meio do manejo de recursos às instâncias superiores, seja no meio social, leigo ou acadêmico, em razão dos debates travados acerca do conteúdo do provimento jurisdicional.

Desse modo, uma decisão tem um duplo caráter: (a) no caso específico, é um substitutivo do consenso racional; (b) em um processo comunicativo mais amplo, é mais uma fala racional que contribui para o debate.

Por isso, deve o julgador respeitar os pressupostos argumentativos que um falante necessita atender para uma coerência lógico-semântica em seu discurso. Como norte orientador para o falante, Habermas lança mão das regras fundamentais do discurso formuladas por Alexy²¹⁹. Recorrendo-se ao texto do

os argumentos, ao passo que todos os outros só providenciam informações. Um processo assim tem estrutura monológica e não dialógica, o que, segundo Neumann, contrariaria as idéias básicas da teoria discursiva do direito. Em defesa do modelo de Habermas e do seu próprio, Alexy argumenta que a posição de Neumann subestima a complexidade implicada na institucionalização da racionalidade discursiva. Nela, se o juiz quiser operar com correção, terá que ouvir todos os aspectos relevantes para decidir e argumentar auditor et altera parte.” In DUTRA, Delamar José Volpato. Manual de filosofia do direito. Caxias do Sul: EDUCS, 2008, p. 133-134.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 110.

próprio Alexy, extraem-se as seguintes condições necessárias a possibilitar qualquer comunicação lingüística com pretensão de correção²²⁰:

(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.

(1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.

(1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.

(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

Merece destaque especial o item 1.3 (todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes), representativa de uma regra de coerência, que Alexy identifica como uma formulação do princípio da universalidade de Hare²²¹. Habermas comenta essa idéia (de Hare), afirmando que seu objetivo é evitar “*contradições tais como as que surgem quando casos iguais são tratados desigualmente e casos desiguais igualmente*”.²²² Desse modo, o juiz deve estar disposto a aplicar a mesma solução para todos os casos iguais ou equiparados que lhe forem submetidos.

Isso significa que, ao decidir um caso concreto, o juiz deve verificar, com auxílio das partes, se aquela solução, substitutiva do consenso entre os *litigantes*, se sustentaria caso fosse universalizada, ou seja, aplicada a todos os casos iguais ou equiparados.

Aplicando-se esse raciocínio às demandas judiciais sobre prestações estatais de serviços de saúde, o juiz, ao decidir se o Estado deve, ou não, fornecer um medicamento ao autor da ação, necessita verificar se está disposto

²²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 191.

²²¹ *Id.*, p. 193.

²²² HABERMAS, *op. cit.* (Consciência moral...), p. 85.

a aplicar aquela solução a todas as pessoas que estejam na mesma situação do autor.

Assim, discussões sobre a *reserva do possível*, orçamento, impactos sobre a organização da Administração Pública e a na implementação das políticas públicas traçadas pelo Poderes Legislativo e Executivo, devem considerar não apenas a solução para o caso específico, mas se ela seria uma solução a ser aplicada a todos os casos semelhantes.

Em outras palavras, apesar de no plano da validade a decisão judicial ficar restrita a uma relação jurídica específica, a obtenção de faticidade (vigência social) depende de sua pretensão de correção, a qual só estará presente se for observada a regra de coerência. Deve o juiz perguntar: considerando os argumentos racionais das partes (como os exemplos adrede mencionados: reserva do possível...), estou disposto a aplicar essa decisão (*e.g.* condenar o Estado a fornecer um caro medicamento) a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação da parte autora (*e.g.* mesma doença, situação social semelhante...)?

O provimento favorável ou contrário à pretensão autoral, para, além da validade, harmonizar-se com a faticidade, dever guardar essa coerência.

Percebe-se, pois, que a análise das idéias procedimentalistas de Habermas, pautadas em uma nova ética do discurso, fornece valiosa ferramenta para a produção de decisões judiciais. É verdade que não é possível dispensar o pensamento substancialista, intrinsecamente relacionado com o Direito. Porém, a adesão a argumentos *habermasianos* é capaz de garantir uma maior racionalidade nas decisões judiciais, permitindo uma eficácia social mais destacada.

O juiz deve atuar de modo racional, sempre com pretensão de correção das suas decisões, sem olvidar que, além da missão de substituir o consenso das partes no âmbito do processo judicial, é também um dos interlocutores do debate e, por isso, necessidade atender regras lógico-semânticas, especialmente o dever de coerência.

CAPÍTULO VI – SISTEMA MÉDICO-SOCIAL

O capítulo VI é destinado ao estudo e à análise dos argumentos da medicina social sobre o controle judicial de políticas públicas de saúde. A abordagem inicia-se com uma investigação sobre o modelo biológico de saúde, hegemônico no meio médico, mas que recebeu profundas críticas do movimento sanitarista, cuja influência – como exposto supra – foi marcante na elaboração da Constituição de 1988.

Será verificado que o modelo biológico é marcado por uma profunda *medicalização*, provocando significativo aumento de custos para a promoção e a manutenção da saúde. Como consequência, apesar dos inegáveis e desejáveis progressos científicos, ocorre uma *mercantilização* dos tratamentos, cuja prescrição pelos profissionais especializados passa a sofrer influência de grandes corporações econômicas.

O fato é que, por pressões externas à medicina, surgem demandas imaginárias²²³ por medicamentos excessivamente caros e nem tão mais eficazes. O sistema perito médico-social se opõe a esse modelo e critica o Poder Judiciário que muitas vezes o fomenta, por meio de suas decisões, até mesmo por ausência de uma maior abertura cognitiva aos conhecimentos científicos da medicina social.

VI.1 Modelo biológico de saúde

*Desde o início achei que muitos de meus professores eram indiferentes, arrogantes e destituídos de qualquer visão de um sistema de cuidado médico humanitário. A ênfase estava na aceitação do paciente como um recipiente passivo de sabedoria, que os semideuses olhavam do alto, isolados num templo de tecnologia.*²²⁴

²²³ FRANCO, Túlio Batista. MERHY, Emerson Elias. Produção Imaginária da Demanda. In PINHEIRO, R. (org.). MATTOS, R.A. (ors.) *Construção Social da Demanda*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ-CEPESC-ABRASCO, 2005.

²²⁴ ADAMS, Patch. MYLANDER, Maureen. *A terapia do amor*. Tradução de Antonio Olinto. Rio de Janeiro: Mondrian, 2002, p. 38-39.

O modelo biológico de saúde rompe com os métodos tradicionais e transcendentais de tratamento, focando-se na utilização da razão e da ciência para a cura das moléstias do corpo²²⁵. Apesar de sua presença marcante na medicina há mais de dois séculos, sua hegemonia com os contornos atuais deve-se em grande medida a Abraham Flexner, responsável pela reforma do ensino médico americano nos anos 1910, cujo foco central passou a ser a “investigação biológica”²²⁶.

A visão científica da medicina trouxe avanços enormes, possibilitando o desenvolvimento dos sistemas modernos da saúde, com a criação de exames e tratamentos impensáveis em momentos anteriores.²²⁷ As doenças deixaram de ser vistas sob um prisma mágico-religioso e o curandeirismo e a pajelança²²⁸ foram substituídos por tratamentos pautados em conhecimentos científicos.

As transformações no modelo de assistência à saúde não estavam descontextualizadas. No período pré-industrial, a saúde era uma questão estritamente privada, em nada interessando ao Estado. Porém, com a necessidade de mão-de-obra para o processo industrial, a população passou a ser observada “como um recurso a ser monitorado e regulado como parte do processo de maximização do poder e da riqueza nacionais”.²²⁹

As necessidades político-econômicas e o modelo científico do século XIX e início do século XX conduziram o modelo biológico a uma visão fria e

²²⁵ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 138.

²²⁶ FRANCO, Túlio Batista. *Jornadas Rede AUPA*, p. 2.. Disponível em <<http://www.professores.uff.br/tuliofranco/textos/jornadas-red-aupa-barcelona-maio-2009.pdf>> , acesso em 14 de setembro de 2009.

²²⁷ GIDDENS, *op. cit.* (*Sociologia*), p. 138.

²²⁸ Entretanto, é importante destacar que a prática da pajelança continua presente entre a população cabocla da Amazônia. Cf. LUIZA, Vera Lucia *et al.* O medicamento na política pública de saúde no Brasil: como os agentes comunitários de saúde podem contribuir para a promoção do acesso e do uso racional dos medicamentos? In MATTA, Gustavo Corrêa (org.); PONTES, Ana Lúcia de Moura (org.). *Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 229.

²²⁹ GIDDENS, *op. cit.* (*Sociologia*), p. 138.

limitada a uma única dimensão do indivíduo – a biológica – desconsiderando as muitas dimensões do ser humano (*e.g.* social, psicológica)²³⁰.

Três são os pilares do modelo biológico de saúde²³¹:

- (a) A doença é tida como uma falha no corpo humano, cuja causa tem que ser isolada e tratada.
- (b) O corpo doente pode ser tratado isoladamente, sem considerar outros fatores, como o bem-estar psíquico.
- (c) Os médicos especialistas são os únicos habilitados ao tratamento das doenças e o hospital o ambiente adequado ao tratamento dos casos mais graves, muitas vezes com a combinação entre tecnologia, medicação e cirurgia.

Apesar dos incontestáveis e salutares avanços científicos que o modelo biológico trouxe para a medicina, a sua versão mais radical, como proposta por Flexner, provoca críticas e abre caminho para a mercantilização da prática médica, com custos cada vez mais elevados.

Uma das contraposições mais frequentes é a de que a cura, muitas vezes, não depende de um hospital, pois a tecnologia, a medicação e a cirurgia não são necessariamente superiores a outras técnicas²³². O modelo biológico transforma os equipamentos, os medicamentos e o conhecimento especializado nos principais insumos utilizados para a produção do cuidado no modelo atual de assistência à saúde²³³, ao criar no imaginário popular – e de muitos profissionais de saúde – a idéia de que o procedimento mais avançado e caro é sempre o melhor.

VI.2 Demandas artificiais

O modelo biológico produz, como um de seus reflexos, o fetiche por novas tecnologias em saúde, ocasionando uma inversão nas demandas por

²³⁰ “*Estos servicios de salud, al final son poco resolutivos porque están centrados en el conocimiento biológico, y la dimensión biológica es tan solo una de las muchas dimensiones de un cuerpo, por lo tanto es parcial, restricto y simplista pretender intervenir sobre un problema de salud tan solo desde allí.*” In FRANCO. *Op. cit (Jornadas...)*.

²³¹ GIDDENS, *op. cit. (Sociologia)*, p. 138-139.

²³² *Id.*, p. 140.

²³³ FRANCO. *Op. cit (Jornadas...)*.

prestações sanitárias, que passam a representar a busca pelo procedimento e não pelo cuidado.

Como exemplo, TÚLIO FRANCO e EMERSON MERHY relatam o caso da grande procura ao Sistema Único de Saúde para a realização do exame de raio X. Apesar de, no plano de cuidado médico, esse procedimento funcionar apenas como apoio ao diagnóstico, o usuário enxerga nele o próprio cuidado, conferindo-lhe enorme valor simbólico. “*Esta é a produção imaginária que faz com que haja demanda pelo procedimento, mesmo não havendo necessidades que justifiquem seu consumo*”²³⁴.

Mas foram os medicamentos produzidos pela indústria farmacêutica que assumiram “*o papel central na terapêutica contemporânea e, simbolicamente, estão ultrapassando as fronteiras do que se entende como mero recurso terapêutico*”^{235 236}.

É evidente que não se vislumbra malefícios no desenvolvimento de novas tecnologias, com a invenção de remédios mais eficazes e capazes de alcançar melhores resultados. Ao contrário, essa é uma virtude do sistema biológico, a ser festejada. O problema, todavia, surge com a adoção de uma lógica perversa na produção e na comercialização dessas tecnologias, tratadas como simples mercadorias, cujo objetivo é garantir lucro aos fabricantes e aos distribuidores^{237 238}.

A inserção dos medicamentos e demais tecnologias de saúde na lógica de mercado gera a priorização do lucro em detrimento do cuidado com o paciente,

²³⁴ FRANCO, MERHY. *Op. cit.* (Construção...).

²³⁵ NASCIMENTO, Marilene Cabral do. *Medicamentos: ameaça ou apoio à saúde?* Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2003, p. 14.

²³⁶ “*Dentro do modelo de assistência à saúde excessivamente medicalizado e mercantilizado, que se desenvolveu no mundo ocidental contemporâneo, os medicamentos continuaram a ocupar um espaço importante no processo saúde-doença, sendo, hoje, praticamente impossível pensar a prática médica ou a relação médico/paciente/farmacêutico sem a presença desses produtos.*” In LUIZA, Vera Lucia et al. *Op. cit.*, p. 228.

²³⁷ FRANCO. *Op. cit.* (Jornadas...).

²³⁸ “*O acesso a medicamentos de qualidade, usados racionalmente, salva vidas e melhora sua qualidade, além de evitar o agravamento de doenças e internações. Este é um aspecto bastante importante. Os medicamentos, conforme já foi dito, não são uma mercadoria qualquer. O uso incorreto implica riscos e desperdício.*” In LUIZA, Vera Lucia et al. *Op. cit.*, p. 235.

levando o mercado sanitário a se dedicar à competição entre fornecedores, à divulgação comercial dos produtos perante a população e os profissionais, bem como à adoção de medidas para a promoção do crescimento da demanda.

Os fornecedores de tecnologia – especialmente os laboratórios farmacêuticos – produzem um discurso propagandístico capaz de potencializar a crença no poder de seus produtos como uma espécie de solução mágica, acarretando um crescente apelo às inovações, que muitas vezes representam “*um peso injustificável na economia do indivíduo e da sociedade*”²³⁹.

O mercado de medicamentos – e demais tecnologias sanitárias – estabeleceu forte pressão competitiva, passando a utilizar meios de comunicação de massa para alardear as qualidades de seus produtos, muitas vezes, disfarçando as suas desvantagens. Tão forte é a pressão do mercado, que sua presença é sentida mesmo na divulgação de conhecimentos científicos não comerciais, tendo em vista o financiamento de pesquisas e o oferecimento de bolsas a pesquisadores pelos laboratórios farmacêuticos.^{240 241}

Para possibilitar aferir a o grau de agressividade do mercado, é válido transcrever pequeno fragmento extraído da literatura especializada em *marketing* farmacêutico:

Considerando que o médico atual possui diversos empregos e ele precisa otimizá-lo da melhor forma possível, não há mais tempo para atender 10 ou 15 representantes por dia e, para aqueles que o fazem, a mensagem fixada da visitação é praticamente

²³⁹ “O sistema médico dominante, o modo de comercialização e publicidade dos medicamentos em função de lucros, e a forte tendência a se buscar soluções fáceis e instantâneas na sociedade atual, estão entre os motivos que determinam o consumo indevido, indiscriminado e excessivo destes produtos, com elevado risco potencial para a saúde dos cidadãos.” In NASCIMENTO. *Op. cit.*, p. 17-19.

²⁴⁰ “Entretanto, na maioria delas, há uma tendência a superestimar as qualidades do produto e a omitir os seus aspectos negativos. Enaltecem as características favoráveis do medicamento, atribuindo-lhe uma onipotência no mínimo duvidosa, considerando-o ponto central e indispensável no tratamento. (...) Mesmo nas fontes científicas, não comerciais, a interferência dos produtores ameaça a produção e a distribuição de informações independentes, que efetivamente sejam capazes de se contrapor ao poder persuasivo das atividades promocionais da indústria.” In *id.*, p. 33.

²⁴¹ “As propagandas de medicamentos são outra importante fonte de análise. Os produtores de medicamentos manipulam os significados simbólicos dos medicamentos e da moderna terapêutica em suas estratégias mercadológicas, que reduzem a ambivalência dos medicamentos.” In LUIZA, Vera Lucia et al. *Op. cit.*, p. 230.

inexistente. Isto força as empresas a massificar cada vez mais os patrocínios a congressos e eventos, onde muitas vezes o médico acaba viajando com a passagem paga por uma empresa e a hospedagem por outra.

(...)

Como existe esta carência de tempo e o cadastro médico está se tornando cada vez mais difícil de ser acessado na sua total amplitude, há uma ferramenta de marketing muito importante na divulgação e, principalmente, na transmissão da percepção de qualidade e credibilidade na empresa/produto. É o que chamamos de Líderes de Opinião.

Os Líderes de Opinião são médicos de renome nacional e/ou internacional que geralmente são chamados como palestrantes nos congressos médicos e são considerados pela classe um exemplo de conduta profissional e capacidade técnica/política. Sua conduta prescritiva/técnica muitas vezes é seguida por um número grande de médicos, principalmente os mais jovens.

Estes médicos têm uma importância significativa nos esforços de marketing das empresas, e na maioria das vezes as ações diferenciadas atingem este tipo de profissional.²⁴²

Ao tratarem seus produtos como uma mercadoria qualquer, os laboratórios tentam incutir nos consumidores a vontade de consumi-los, como um produto capaz de solucionar todos os seus problemas de saúde. Vende-se a saúde em pílulas²⁴³, como uma espécie de *bala mágica*²⁴⁴ onipotente.

Os fornecedores influenciam diretamente as políticas públicas de saúde, instigando o Administrador Público a incorporar seus produtos aos protocolos médicos do Sistema Único de Saúde²⁴⁵. Pressionam também – e principalmente

²⁴² ITALIANI, Fernando. *Marketing farmacêutico*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006, p. 37-38.

²⁴³ NASCIMENTO. *Op. cit.*, p. 22.

²⁴⁴ LUIZA, Vera Lucia *et al.* *Op. cit.*, p. 229.

²⁴⁵ NASCIMENTO. *Op. cit.*, p. 29.

– os médicos²⁴⁶ e demais profissionais, por meio de práticas promocionais, que alcançam ainda o farmacêutico, o balconista e o dono farmácia.²⁴⁷

As conseqüências da aplicação da lógica de mercado aos produtos de saúde são tão deletérias, que *“alguns laboratórios, com o objetivo de encobrir reajustes espetaculares de preços introduzem uma pequena alteração na fórmula original do produto, para então apresentá-lo como novo”*²⁴⁸. A diferenciação de produtos da indústria farmacêutica com efeitos terapêuticos semelhantes é, deliberadamente, uma estratégia de *marketing*²⁴⁹. A mesma postura da montadora de automóveis, que lança um modelo novo a cada ano, ou da grife de roupas, que cria uma nova coleção para a estação, é adotada por alguns laboratórios em relação aos medicamentos²⁵⁰.

Não é possível ignorar, portanto, a existência de uma forte tensão entre a função do medicamento no controle de enfermidades, de um lado, e como fonte de lucro para os laboratórios, de outro. O desafio da medicina – e do sistema público de saúde – é identificar até onde vai a necessidade sanitária do paciente e onde começa a necessidade de expansão de mercado da indústria farmacêutica.²⁵¹

O desafio torna-se ainda maior em razão dos impactos financeiros dos insumos farmacêuticos no orçamento dos sistemas de saúde. Como esses produtos comprometem boa parte do financiamento da saúde pública, a delimitação da necessidade dos pacientes²⁵² tornou-se fundamental para a

²⁴⁶ *Id.*, p. 32.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 32.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 36.

²⁴⁹ ITALIANI. *Op. cit.*, p. 10.

²⁵⁰ *“A proliferação artificial de produtos reflete uma ação crescente e desimpedida dos laboratórios na conquista de mercado: cada indústria forma suas linhas de produção e disputa os clientes. Em inúmeros casos, variam as marcas, a apresentação (injetável, em cápsula ou comprimidos, em gotas, líquido ou suspensão, pomada ou aerossol, pó ou granulado, supositório ou óvulo), a concentração, as cores, as embalagens, e, principalmente, os preços – mas a composição básica é a mesma. Entre os sucessivos lançamentos, ao lado de poucos fármacos que representam efetivo avanço terapêutico, há produtos desprovidos de eficácia, segurança e fundamentação científica, e um grande número de novidades supérfluas que não passam de um nova roupagem de medicamentos já existentes.”* In NASCIMENTO. *Op. cit.*, p. 30.

²⁵¹ *Id.*, p. 29.

²⁵² *“Levando em consideração o crescente número de produtos farmacêuticos disponíveis no mercado e o custo que a aquisição de medicamentos representa ter uma definição prévia da necessidade da população a*

sustentabilidade do setor.²⁵³ É necessário encontrar o equilíbrio adequado entre o medicamento eficaz e acessível, evitando gastos excessivos e perdas desnecessárias, não apenas para o Estado, mas também para os cidadãos, por meio do *uso racional dos medicamentos*.

A necessidade do uso racional das tecnologias em saúde (especialmente, as farmacêuticas) não é ignorada pelo gestor público, que a elencou como uma das diretrizes da Política Nacional de Medicamentos (PNM), instituída pela Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916, de 30 de outubro de 1998 (item 3.4)²⁵⁴.

VI.3 O poder judiciário e o uso racional dos medicamentos: uma crítica do sistema médico-social

Por meio das demandas envolvendo saúde pública, o Poder Judiciário é provocado a se manifestar, muitas vezes, sobre o fornecimento, pelo Estado, de prestações não incluídas no âmbito da assistência do SUS. Quando isso ocorre, o desafio para a fixação de critérios necessários ao uso racional dessas tecnologias (especialmente, medicamentos) é transferido aos juízes. Em outras palavras, o filtro judicial deve verificar se a demanda é real ou artificial; se o medicamento pleiteado atende ao interesse do paciente ou do laboratório.

A discussão não está fora do mundo jurídico, pois é extraída da interpretação de cláusulas constitucionais. Afinal, a saúde pública, como um braço da atuação administrativa, está submetida ao princípio da eficiência (CRFB, art. 37) e a expressão *atendimento integral* (CRFB, art. 196, II) não significa o direito a todos os tratamentos. Destarte, se o juiz é instado a decidir sobre o fornecimento de uma nova tecnologia, sua decisão deve considerar os critérios racionais de utilização.

ser atendida e definir um elenco de medicamentos de forma criteriosa, considerando eficácia e segurança, pode significar a diferença entre alcançar, ou não, êxito no cuidado à saúde da população.” In LUIZA, Vera Lucia et al. Op. cit, p. 237-238.

²⁵³ *Id.*, p. 230.

²⁵⁴ Revogada pela Portaria do Ministério da Saúde nº 2.048, de 03 de setembro de 2009.

A prática judicial, entretanto, está distante desse padrão. Pesquisas empíricas revelam que os tribunais desconhecem as políticas públicas de saúde e seu componente farmacêutico, desconsiderando a diretriz de racionalização²⁵⁵.

O desencontro entre o sistema da gestão pública e o sistema judicial é criticado pela medicina social, pois muitas vezes coloca o Estado na posição de Sísifo, ao trabalhar inutilmente pela racionalização do uso de tecnologias na área da saúde.

Desse modo, se, por um lado, o Judiciário deve garantir o direito do cidadão violado pelo gestor público, por outro, a análise sobre a existência do direito deve levar em conta o princípio da racionalização, como corolário da efetividade.

²⁵⁵ VIEIRA, Fabiola Sulpino. ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *In: Revista Saúde Pública*, vol. 41, 2007, p.221.

CAPÍTULO VII – SISTEMA DA GESTÃO PÚBLICA

O capítulo VII destina-se à análise das críticas da Administração Pública ao controle judicial das políticas públicas de saúde. Como setor diretamente afetado pela atuação do Poder Judiciário, a gestão pública é o sistema perito que oferece maior oposição à atividade judicial, formatando críticas profundas de ordem variada.

Para proceder ao estudo dos argumentos dos gestores públicos, foram analisadas as peças de defesa da União, do Estado do Rio de Janeiro e dos Municípios do Rio de Janeiro, Niterói e Santo Antônio de Pádua em processos judiciais envolvendo a prestação de serviços públicos de saúde. A escolha desses três municípios é justificada pelas diferentes realidades de cada um: capital (verdadeira metrópole), cidade de grande porte e cidade de pequeno porte, respectivamente.

Foram identificadas cinco críticas presentes de modo freqüente no discurso dos gestores públicos: (a) ofensa à separação de poderes; (b) equilíbrio federativo; (c) a reserva do possível e desequilíbrio orçamentário; e (d) a desorganização administrativa provocada pelas decisões judiciais.

O primeiro argumento (separação de poderes) já foi objeto de análise no capítulo III, concluindo-se pela legitimidade do controle judicial da Administração Pública, mesmo no que tange às políticas públicas, para a tutela de direitos fundamentais, especialmente no que tange ao mínimo existencial. O equilíbrio federativo será objeto do Capítulo VIII.

O presente capítulo analisará os dois outros argumentos.

VII.1 Reserva do possível e desequilíbrio orçamentário

Argumento defensivo quase onipresente é a falta de recursos para o cumprimento das ordens judiciais tutelares do direito à saúde. Alegam ser impossível o cumprimento dos comandos emanados pelas cortes, em razão de restrições orçamentárias.

Desse modo, os gestores públicos sustentam a existência de um desequilíbrio orçamentário provocado por decisões que extrapolam a reserva do possível. Os argumentos, apesar de relevantes, estão pautados em conceitos equivocadas, que merecem esclarecimentos.

VII.1.1 Reserva do possível

A expressão *reserva do possível* (*vorbehalt des möglichen*) foi cunhada, em 1972, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao realizar o controle concreto de constitucionalidade de dois casos apresentado pelos Tribunais Administrativos de Hamburgo e da Baviera, nos quais se discutia a possibilidade de criação judicial de vagas na Faculdade de Medicina para contemplar estudantes que, apesar de preencherem os requisitos de acesso ao ensino superior, não conseguiram ocupar as vagas existentes. Segundo a corte alemã,

mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros.(...)Se a pretensão jurídica da admissão universitária for entendida como direito (social) de participação a prestações (benefícios) estatais, então sua restringibilidade decorre do fato de os direitos de participação – como já mencionado – serem submetidos

*à reserva do possível, e necessariamente terem que ser regulamentados. (...)*²⁵⁶

Analisando a referida decisão, RICARDO LOBO TORRES afirma que o sentido da *reserva do possível*, na forma prevista pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, é o de *reserva democrática*, ou seja, as prestações sociais dependem da concessão discricionária do legislador²⁵⁷.

O sentido original da reserva do possível coincide, portanto, em grande parte, com a idéia de *reserva de densificação normativa da lei*, que segundo FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI é requisito para a atuação do gestor público²⁵⁸ e, acrescenta-se, do próprio judiciário.

Vale ressaltar, porém, que, segundo TORRES, a reserva do possível é aplicável, apenas, aos direitos sociais e não aos direitos fundamentais. Assim, a *reserva do possível* não é oponível ao mínimo existencial²⁵⁹.

A incorporação do *reserva do possível* ao debate brasileiro conferiu significado próprio à expressão. ANA PAULA DE BARCELLOS afirma a existência de uma dupla faceta do instituto: (a) reserva do possível fática; e (b) reserva do possível jurídica. A primeira significa a inexistência absoluta de recursos para a concretização do direito, enquanto a segunda refere-se à inexistência de autorização orçamentária para o gasto.

Já INGO WOLFGANG SARLET sustenta a existência de um tríplice aspecto da *reserva do possível*: (a) disponibilidade fática de recursos; (b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; e (c)

²⁵⁶ SCHWABE, Jürgen (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Henning e outros. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 663 e 665.

²⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* (O direito ao...), p. 105.

²⁵⁸ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In BRANDÃO, Cláudio (org.). CAVALCANTI, Francisco (org.). ADEODATO, João Maurício (org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 234.

²⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* (O direito ao...), p. 105.

proporcionalidade e razoabilidade da prestação²⁶⁰. O autor, todavia, afirma que o instituto não se aplica quando estiver em jogo o *mínimo existencial*.²⁶¹

Desse modo, é importante notar que o argumento da reserva do possível não é capaz de afastar a responsabilidade estatal pelo fornecimento do mínimo existencial sanitário, que integra o direito fundamental à saúde.

Porém, no que tange ao direito social à saúde, desprovido de fundamentalidade, o argumento dos gestores públicos merece consideração atenta pelo sistema judicial. Entretanto, a ausência de recursos deve ser demonstrada e não, meramente, alegada.

VII.2 Desorganização administrativa provocada pelas decisões judiciais

Uma crítica também veiculada pelos administradores públicos consiste no impacto das decisões judiciais na gestão dos serviços de saúde, provocando desorganização e ineficiência.

O discurso freqüente afirma que para absorver os comandos judiciais, a Administração, muitas vezes, desestrutura serviços já em funcionamento. Desse modo, ao invés de aumentar a oferta das prestações sanitárias, a judicialização provoca, apenas, a realocação não planejada de verbas orçamentárias ou de materiais.

LUÍS ROBERTO BARROSO resume tal crítica com as seguintes palavras:

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

²⁶¹ *Id.*, p. 37.

imediate de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.²⁶²

O impacto da interferência judicial torna-se ainda mais grave quando associada à acomodação da Administração Pública. Nesse caso o gestor público condiciona a atuação a um comando judicial. Não são incomuns os casos em que o administrador deixa de cumprir voluntariamente seu papel, na expectativa de que o paciente obtenha uma decisão judicial.

Esse estágio de acomodação administrativa se assemelha àquele que, segundo BERNARD HOURS, é provocado pelas intervenções médicas humanitárias em países pobres. De acordo com o antropólogo francês, organizações como a Médico Sem Fronteiras ou Médicos do Mundo acabam por substituir a ação estatal, provocando uma redução da responsabilidade da Administração Pública, que deixa de atuar e transfere suas atribuições às organizações não governamentais. Desse modo, ao invés de contribuir para a melhoria das condições sanitárias desses países, a ajuda humanitária provoca a regressão das políticas públicas de saúde.²⁶³ Isso porque o sistema de saúde passa a depender de atuação desses grupos que, quando cessam suas atividades e levantam acampamento, deixam um vácuo de difícil preenchimento.

Da mesma forma, o ativismo judicial pode provocar a inércia do gestor público nas atividades de promoção da saúde, condicionando sua atividade a uma ordem jurisdicional.

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 894.

²⁶³ HOURS, Bernard. *L'idéologie humanitaire ou le spectacle de l'altérité perdue*. Paris: Éditions L'Harmattan, 1998, p. 30-32.

Caso emblemático é o da Colômbia, onde a judicialização assumiu níveis tão exagerados, que o acesso aos serviços de saúde, quase invariavelmente, depende de uma chancela do Judiciário. A soma da intensa interferência judicial com a acomodação do gestor público desestruturou o serviço sanitário e provocou uma verdadeira inversão de papéis. Transferiu-se a responsabilidade pelas prestações de saúde ao Judiciário, atribuindo-se ao administrador o mero papel de cumpridor de ordens judiciais.

A título de exemplo, durante uma greve dos magistrados e servidores do Poder Judiciário colombiano, a maior preocupação era com a preservação do direito ao acesso aos serviços de saúde. Se o Judiciário pára, param também os as prestações sanitárias, diante da absoluta dependência dos gestores em relação aos mandados judiciais. Logo, ao invés de se atribuir à deficiência da *assistência sanitária* a responsabilidade pelo risco às vidas dos pacientes, considerou-se que a greve do judiciário poderia levar as pessoas à morte, por falta de *assistência judicial*.²⁶⁴ Curiosa e perigosa situação: a adequada prestação dos serviços sanitários não está nas mãos do gestor público, mas nas do juiz²⁶⁵!

A crítica tem parcial procedência. A interferência exagerada do Poder Judiciário impede os órgãos sanitários de executarem seus planejamentos estratégicos, elaborados com base técnica e mediante visão mais ampla do cenário da saúde pública.²⁶⁶

²⁶⁴ “Para mitigar los efectos del paro judicial, el alto tribunal anunció que se apropiará de las tutelas que hagan referencia al sector salud. (...) La Corte tomó la decisión para evitar que las personas que interponen acciones de tutela de las cuales dependen hasta su vida mueran por falta de asistencia judicial. Esta medida se aplicará de manera transitoria mientras dure el paro judicial.” Disponível em <<http://www.elespectador.com/articulo-corte-suprema-atendera-tutelas-salud-mientras-dure-paro-judicial>>, acesso em 27 de novembro de 2009.

²⁶⁵ “La vida y la salud son los principales derechos que han sido afectados al completarse un mes del cese de protesta. 60.000 procesos, en líos. La vulneración de los derechos a la vida y a la salud y, por supuesto, a la defensa hacen parte del negativo balance que arrojan 30 días de paro judicial.” Disponível em <<http://www.elpais.com.co/paionline/notas/Octubre032008/jud3.html>>, acesso em 27 de novembro de 2009.

²⁶⁶ “Um viés da crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência.” In GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In Revista Forense, V. 37, 2003, p. 113.

Nesse ponto, a reflexão se aproxima daquela provocada pela crítica do sistema perito médico social²⁶⁷. Nas ponderações realizadas pelo julgador, não pode ser olvidado o princípio da racionalização, como corolário da eficiência. Isso não significa, em hipótese alguma, que um direito possa ser negado, simplesmente porque não se adéqua ao planejamento racional do gestor sanitário. Todavia, havendo mais de um modo de garantir uma prestação sanitária efetiva, o julgador deve ser deferente àquela eleita pelo Administrador.

A conclusão decorre de um processo lógico. O princípio da racionalização informa a gestão sanitária, à medida que permite uma atuação mais eficiente. Se o direito fundamental aos serviços de saúde não é adimplido pelo Poder Público, não há eficiência e, portanto, a organização não está adequada.

Quando se vislumbra uma conjuntura como essa, em que os esforços da gestão pública não são capazes de garantir a eficiência dos serviços sanitários, o Poder Judiciário é chamado para auxiliar a Administração na tarefa de garantir os direitos fundamentais. Trata-se de um atuar cooperativo, na forma como descrevemos no capítulo III, considerando que é tarefa do juiz do contencioso administrativo controlar a interferência da Administração Pública nos direitos fundamentais e, conseqüentemente, contribuir com a melhoria da administração pública.

Auxiliar, mas não substituir. É necessário que o Judiciário respeite o caminho eleito pelo gestor público para atingir os direitos constitucionalmente e legalmente garantidos. O juiz controla a inadimplência estatal, mas a forma como o adimplemento ocorrerá está inserida no âmbito da discricionariedade administrativa.

Em resumo, o Poder Judiciário deve respeitar, *prima facie*, o planejamento estratégico dos gestores públicos, interferindo, apenas, em caso de ofensa ao direito fundamental à saúde.

²⁶⁷ Cf., Capítulo VI, *supra*.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que o Judiciário deve respeitar, *prima facie*, o planejamento do administrador, este não pode congelar suas atividades à espera de uma ordem judicial. O atuar da Administração não pode estar condicionado a um mandado judicial e o gestor que age desse modo incide em omissão incompatível com a sua função executiva.

CAPÍTULO VIII – SAÚDE E FEDERAÇÃO: AINDA UMA CRÍTICA DOS GESTORES PÚBLICOS

Como analisado no capítulo I, o Constituinte de 1987-1988, sob a influência do movimento sanitarista, provocou uma mudança radical nos serviços de saúde, atribuindo-lhe características inéditas, dentre as quais a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), integrado por União, Estados e Municípios e marcado pela descentralização e hierarquia.

O novo formato da rede de atenção à saúde gera desafios para a Federação, pois estabelece uma inédita dinâmica de trabalho entre as três esferas federativas.

Este capítulo dedica-se à análise da relação entre o SUS e a Federação após a Constituição de 1988, sem deixar de se socorrer de uma análise histórica do processo federativo brasileiro.

VIII.1 Federação brasileira

Em 15 de novembro de 1889, o Decreto nº 1, expedido pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca e firmado, também, por S. Lobo, Rui Barbosa, Q. Bocaiuva, Benjamin Constant e Wandenkolk Correia, proclamou e decretou como forma de governo da Nação Brasileira, a República Federativa. Assim, as Províncias do Brasil, “*reunidas pelo laço da federação*”, constituíram os Estados Unidos do Brasil.²⁶⁸ Desde então, o Brasil adotou a forma de Estado Federal.²⁶⁹

²⁶⁸ Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889. Art. 1º - *Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira - a República Federativa.* Art. 2º - *As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.*

²⁶⁹ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891), art. 1º - *A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.* Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934), art. 1º - *A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.* Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937), art. 3º - *O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.* Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946), art. 1º - *Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República.* Constituição da República Federativa do Brasil (1967), art. 1º - *O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.* Emenda Constitucional nº 01 (1969), art. 1º - *O Brasil é uma República Federativa,*

Originada na Constituição Americana, de 1787, a idéia de Federação surge pela união de Estados, que cedem parcela de seus direitos de soberania, mas mantêm sua autonomia.²⁷⁰ Como leciona MANUEL GARCIA-PELAYO, o Estado Federal nasce como uma fórmula intermediária entre o estado unitário e a confederação, de modo a integrar definitivamente unidades autônomas em uma unidade superior, viabilizando, a um só tempo, a coesão e o particularismo; a unidade e a diversidade.²⁷¹ Em outras palavras, garante-se a união de diversas entidades, sem deixar de respeitar suas peculiaridades e a vontade dos indivíduos que as integram.

Destarte, com a proclamação da República Federativa passaram a coexistir no Brasil duas autoridades primárias, União e Estados, com campos de atuação harmonizados pela Constituição.²⁷² Isso porque, como um Estado composto por outros Estados (*Staatenstaat* – Estado de Estados, na expressão germânica), a federação tem vida própria, com governo, autoridade, funções e órgãos independentes da órbita de poder dos Estados federados.²⁷³ Por outro lado, apesar de não possuírem soberania, os Estados federados mantêm sua autonomia, consubstanciada na existência de órgãos governamentais próprios e de um mínimo de competências exclusivas.²⁷⁴

Isso significa que a União encontra limites para sua atuação na autonomia dos Estados membros. Esses, por sua vez, perdem parcela de poder, em favor da União. Desse modo, nem o ente central obtém o domínio absoluto, ignorando os anseios regionais; nem os governos estaduais são livres para impor sua vontade, independentemente dos interesses nacionais.

constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

²⁷⁰ “But as the plan of the convention aims only at a partial union or consolidation, the State governments would clearly retain all the rights of sovereignty which they before had, and which were not, by that act, exclusively delegated to the United States.” In HAMILTON. *Federalist* nº 32. In HAMILTON *et al.* *The federalist papers*, disponível em < <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>, acesso em 30/09/2009.

²⁷¹ GARCIA-PELAYO. Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 7ª edição. Madri: Revista de Occidente, 1964, p. 215-218.

²⁷² LIMA, Eusebio de Queiroz. *Teoria do Estado*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Record, 1957, p. 178-179.

²⁷³ *Id.*, p. 178.

²⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª edição. São Paulo:Malheiros, 1996, p. 102.

É possível concluir, portanto, que, em um plano vertical, a federação produz resultados semelhantes aos alcançados, no plano horizontal, pela separação de poderes entre o Executivo, Legislativo e Judiciário,²⁷⁵ pois corresponde a uma tentativa de impor limites à centralização totalitária, conduzindo ao exercício de poder de modo descentralizado²⁷⁶.

Como instrumento de controle e fiscalização do exercício do poder, o federalismo funciona como ferramenta de proteção da liberdade, pois, ao garantir o exercício de poder por entes menores, aproxima o povo das instâncias decisórias, permitindo um maior controle das decisões estatais. A utilidade da federação como garantidora da liberdade foi reconhecida por HAMILTON, no Federalista nº 85, especialmente quando destaca o seu papel inibidor da ambição de indivíduos poderosos em Estados unitários.²⁷⁷

Ora, se em uma federação centrípeta, como a estadunidense, o federalismo já é considerado um instrumento útil à garantia da liberdade do cidadão contra o poder central, em uma federação centrífuga, como a brasileira, esse papel assume importância ímpar, tendo em vista a necessidade de redução do grau de poder conferido originalmente ao governo central.

A atual versão do federalismo brasileiro oferece uma divisão ainda maior do poder, pois se caracteriza pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (Constituição da República – CRFB, art. 1º), dando origem a uma administração político-administrativa composta de três esferas autônomas: federal, estadual e municipal, além da distrital, consubstanciada em uma mescla das demais (CRFB, art. 18)²⁷⁸.

Porém, mais do que uma simples alteração quantitativa, é forçoso reconhecer que o Brasil já vivenciou diferentes federalismos desde 1889. Alternando momentos de maior ou menor concentração de poderes,

²⁷⁵ TRIBE, Laurance H. *American Constitutional Law*. Vol. 1. 3ª edição. Nova Iorque: Foudantion Press, 2000, p. 132.

²⁷⁶ LIMA, Luciana Dias de. *Federalismo, relações fiscais e financiamento do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2007, p. 32-33.

²⁷⁷ HAMILTON. Federalist nº 85: concluding remarks. In HAMILTON *et al.* *The federalist papers*, disponível em < <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>, acesso em 30/09/2009.

²⁷⁸ A Federação belga também é *trial*, composta por comunidades (*communautés*) e regiões: Constituição belga, art. 1º “*La Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions*”.

vivenciamos *designs* institucionais intensamente centralistas, bem como modelos que valorizavam a descentralização.²⁷⁹

Atualmente, o texto constitucional parece apontar para uma nova espécie de Federação, a cooperativa. ANDREAS J. KRELL identifica, no parágrafo único, do art. 23 e no art. 241 da Constituição da República, sinais claros da intenção do constituinte de introduzir o federalismo cooperativo no Brasil.²⁸⁰

VIII.2 Descentralização e subsidiariedade

O princípio da descentralização²⁸¹, previsto nos arts. 194, parágrafo único, VII e 198, I da CRFB, proscreeve a centralização da direção das ações e serviços de saúde integrantes do sistema único (SUS), ocasionando a desconcentração do poder da União e a “*distribuição de poder político, de responsabilidade e de recursos da esfera federal para a estadual e municipal*”.²⁸²

Desse modo, apesar de nem sempre se apresentarem juntas^{283 284}, é evidente a estreita vinculação entre descentralização e federação²⁸⁵, uma vez

²⁷⁹ Luciana Dias de Lima afirma ser possível identificar “*três grandes períodos marcados pela dinâmica de tensão e distensão de controles políticos e fiscais: o primeiro, de alto centralismo, característico da fase do regime autoritário; o segundo, orientado para a descentralização e formação de um novo modelo federalista (anos 80); e, finalmente, o terceiro, indefinido quanto ao modelo de federação, mas com traços de recentralização e ausência marcante de mecanismos de cooperação e integração intergovernamentais, vigentes nos anos 90*”. In LIMA, Luciana (...), *op. cit.*, 2007, p. 40.

²⁸⁰ KRELL, Andreas J. Normas gerais e leis nacionais: conceitos ultrapassados ou necessários para implantação do federalismo cooperativo no Brasil? Mimeografado.

²⁸¹ Fernando Luiz Abrucio define descentralização como “*um processo nitidamente político, circunscrito a um Estado nacional, que resulta da transferência (ou conquista) efetiva de poder decisório a governos subnacionais, que: a) adquirem autonomia para escolher seus governantes e legisladores; b) para comandar diretamente sua administração; c) para elaborar uma legislação referente às competências que lhe cabem; e, por fim, d) para cuidar de sua estrutura tributária e financeira*.” In ABRUCIO, Fernando Luiz. Para além da descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil. In FLEURY, Sonia (org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 78.

²⁸² MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. In MATTA, Gustavo Corrêa (org.). PONTES, Ana Lúcia de Moura. *Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 73.

²⁸³ LIMA, Luciana (...), *op. cit.*, p. 40.

²⁸⁴ É possível um Estado Federal concentrar no governo central a atribuição para a prestação dos serviços de saúde. Por outro lado, um Estado Unitário pode delegar a tarefa a órgãos regionais.

²⁸⁵ MACHADO, Critini Vieira. *Direito universal, política nacional: o papel do Ministério da Saúde na política de saúde brasileira de 1990 a 2002*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2007, p. 74.

que as idéias que inspiram um instituto guardam perfeita coerência com o outro²⁸⁶. O fato é que a descentralização reforça a federação, especialmente a centrífuga, pois promove a diluição do poder central em prol dos entes federados.

Entretanto, nem sempre a descentralização foi considerada um modelo de gestão pública adequada. Ao contrário, no processo de formação dos Estados nacionais foi a centralização que assumiu o papel principal. A idéia prevalecente no século XIX e início do século XX era da necessidade de fortalecimento do poder central, a fim de garantir condições de participação do país nas dinâmicas econômica e geopolítica. Por esse motivo, a descentralização era tida como fator negativo para o projeto de crescimento nacional²⁸⁷.

A tendência centralizadora passou a revelar suas desvantagens a partir do aumento da intervenção governamental provocado pelo *welfare state*. Isso porque, diante do crescimento de ofertas de serviços públicos, o poder central não foi capaz de atender diretamente às demandas sociais, provocando a necessidade de aperfeiçoamento das estruturas administrativas locais, com o objetivo de compensar a ineficiência do serviço centralizado.²⁸⁸ Some-se a isso, o processo de urbanização, “*que tornou os problemas locais e seus governos cada vez mais importantes para um maior número de pessoas*”²⁸⁹.

Mesmo nos Estados Unidos da América é possível identificar variações no federalismo, com épocas de maior ou menor valorização da descentralização. GILBERTO BERVOCICI²⁹⁰ identifica três fases da federação americana, relacionadas com a questão da descentralização e influenciadas diretamente pela postura da Suprema Corte estadunidense: federalismo nacional, caracterizado pelo fortalecimento do poder central; federalismo dual, marcado pela valorização dos Estados membros em detrimento da União, com

²⁸⁶ MATTA, Gustavo (...), *op. cit.*, p. 73.

²⁸⁷ ABRUCIO, *op. cit.*, p. 80.

²⁸⁸ *Id.*, p. 81.

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 23-31.

uma rígida divisão de atribuições; e federalismo cooperativo, no qual se observa a integração das esferas federadas.

Na história brasileira os caminhos seguiram por trilhas próprias. O poder central sempre exerceu papel de destaque. Durante o Império, o Estado unitário concentrava nas mãos do Imperador poderes de decisão sobre as províncias e municípios²⁹¹. Durante a República Velha, apesar da mitigação da centralização, vivenciou-se um paradoxal jogo de poderes, com o fortalecimento dos poderes locais e regionais, porém uma dependência dos recursos financeiros federais. A dinâmica do período estava relacionada com o direito ao voto e a sua gradual ampliação, que fez o *coronelismo* assumir lugar de destaque no cenário político, uma vez que a autoridade local, por meios questionáveis, mantinha o controle do eleitorado. Todavia, ao mesmo tempo em que influenciavam diretamente os resultados eleitorais, os *coronéis* dependiam dos recursos econômicos dos governos regionais e federais, sem os quais não conseguiam manter suas políticas clientelistas e perdiam a influência sobre o voto da população local. Da mesma forma, os Estados ganharam grande força no debate político. Todavia, a dependência dos recursos federais fazia com que fossem obrigados a se alinhar, em grande parte, ao pensamento do ente central, que acabava por controlá-los de modo indireto ou mesmo por manobras políticas²⁹². Percebe-se que o Estado nacional estava enfraquecido e encontrava obstáculo quase intransponível nas oligarquias locais, com quem mantinha uma relação de interdependência.

Com Getúlio Vargas, principalmente a partir de 1937, a centralização alcançou níveis muito maiores, sendo utilizada como método de enfraquecimento dos governos estaduais²⁹³. Após uma fase de equilíbrio federativo entre 1946 e 1964, o governo militar voltou a impor a lógica centralizadora²⁹⁴, limitando o federalismo a uma existência formal.

²⁹¹ *Id.*

²⁹² *Id.*, p. 31-38.

²⁹³ *Id.*, p. 41.

²⁹⁴ ABRUCIO, *op. cit.*, p. 95-96.

Especificamente quanto aos serviços de saúde, o poder central sempre exerceu marcante papel na evolução histórica, como analisado no capítulo I. Desde o período colonial até a década de 1980, a centralização das políticas de saúde era a técnica da gestão sanitária vigente. Mesmo após a proclamação da República Federativa, a participação dos Estados e Municípios permaneceu incipiente. A União assumiu a responsabilidade, com todos os ônus e bônus, pelo planejamento e execução das políticas sanitárias.

Esse paradigma apenas é rompido pela Constituição da República de 1988, que incluiu entre as atribuições dos Municípios a prestação de serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados (CRFB, art. 30, VII). Trata-se de regra inspirada no princípio da descentralização, valorizando o papel dos entes federados, especialmente daqueles mais próximos da população, os Municípios.

A salutar previsão permite uma aproximação da comunidade com as instâncias sanitárias decisórias, estimulando a sua participação nos debates, em perfeita harmonia com o art. 198, III, da CRFB. Isso porque a gestão descentralizada é capaz de focar as especificidades de cada região e de desconstruir, ao menos parcialmente, a distância existente entre o cidadão e o gestor público^{295 296}.

Esse roteiro normativo levou os Municípios ao posto de principais executores das ações e serviços públicos de saúde, concretizando um ideário do movimento sanitarista, que na IX Conferência Nacional de Saúde, realizada em

²⁹⁵ Segundo o item 9 da Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde (NOB-SUS) nº 01/96, “...com a nova formulação dos sistemas municipais, tanto os segmentos sociais, minimamente agregados entre si com sentimento comunitário – os munícipes –, quanto a instância de poder político-administrativo, historicamente reconhecida e legitimada – o poder municipal – apropriam-se de um conjunto de serviços bem definido, capaz de desenvolver uma programação de atividades publicamente pactuada. Com isso, fica bem caracterizado o gestor responsável; as atividades são gerenciadas por pessoas perfeitamente identificáveis; e os resultados mais facilmente usufruídos pela população.”, disponível em <http://www.esp.rs.gov.br/esp2/img2/NOB%20SUS%2001_96.pdf>, acesso em 30/09/2009.

²⁹⁶ “Com efeito, a centralização motiva – entre outras conseqüências, que não cabem aqui ser enumeradas – um planejamento desmedido, uma burocratização excessiva e ineficiente, o desperdício e a corrupção e, principalmente, uma diminuição do espaço público e a implementação de políticas públicas cada vez mais apartadas do cidadão, a quem, paradoxalmente, a administração pública deve servir.” In TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 224.

1992, elegeu o seguinte tema central: “Saúde: municipalização é o caminho”²⁹⁷.

O município, por ser o centro de poder mais próximo do cidadão, atende as exigências da descentralização, pois funciona com instância intermédia entre a sociedade e o Estado.²⁹⁸ Essa harmonia entre descentralização e municipalização deixa evidente que ambos são corolários do princípio da subsidiariedade, definido por SILVIA FABER TORRES, como

*princípio diretor de um sistema ideal de distribuição de competências entre a comunidade maior e a comunidade menor, pelo qual os poderes devem ser exercidos de forma mais próxima possível do cidadão, só devendo as instâncias superiores intervir em nome da eficácia e da necessidade.*²⁹⁹

O princípio da subsidiariedade determina, portanto, uma forma de distribuição de poder e responsabilidades que afirma a primazia das estruturas mais próximas do indivíduo, que preferem às estruturas mais distantes, cuja atuação é apenas subsidiária. Nas palavras de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO³⁰⁰:

...primariamente, as demandas que puderem ser atendidas pela organização política local, como o Município, o Condado, a Comuna etc., serão aquelas que determinarão suas respectivas competências político-administrativas; secundariamente, as que não possam ser satisfeitas por meio de decisões e de ações locais deverão passar a organização política regional, ou intermédia, como o Estado, a Província, o Cantão, a Região Autônoma etc; terciariamente, as que ultrapassem as possibilidades regionais, por sua generalidade ou peculiaridade, serão cometidas às organizações políticas nacionais soberanas, como a União, nos Estados Federados, o Estado Nacional etc., dotadas de todas as competências necessárias para atendê-las diretamente, vem como as de negociar com

²⁹⁷ Relatório final da IX Conferência Nacional de Saúde, disponível em <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_9.pdf>, acesso em 27/09/2009.

²⁹⁸ TORRES, Silvia, *op. cit.*, p. 239.

²⁹⁹ *Id.*, p. 34.

³⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20-21.

*outras concentrações de poder, soberanas ou não, a
satisfação indireta ou coordenada de interesses do País.*

Apesar da subsidiariedade não ser encontrada exclusivamente nas federações³⁰¹, é inquestionável que o “*o modelo estatal do federalismo está diretamente ligado ao princípio da subsidiariedade, para promover a diversidade regional e a descentralização das instâncias de decisão*”³⁰², podendo-se afirmar que “*a subsidiariedade está implícita no princípio federativo*”³⁰³.

Fora de dúvidas, portanto, que quando o constituinte e o legislador (7º, IX, a, da Lei 8.080/90) promovem a descentralização dos serviços de saúde, com ênfase em sua municipalização, mas com apoio técnico e financeiro dos Estados e da União, buscam aproximar o cidadão dos gestores sanitários, concretizando o princípio da subsidiariedade.

VIII.3 Política nacional e responsabilidade municipal: uma federação cooperativa

Apesar de a descentralização, especialmente a municipalização, ser apontada como o *caminho*, não se pode conservar a ilusão de enxergá-la como a solução para todas as dificuldades da saúde pública brasileira. As enormes diferenças entre os municípios do país oferecem um hercúleo desafio aos gestores sanitários.

São desigualdades enormes em diversos campos: condições econômicas, técnicas de gestão, nível de cooperação com outros municípios, participação da população, número de habitantes... Por outro lado, não são poucos os

³⁰¹ Como exemplo, o princípio da subsidiariedade está contido no art. 3º.b do Tratado de Maastricht: “*The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein. In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community. Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty*”.

³⁰² KRELL, *op. cit.*, p. 6

³⁰³ TORRES, Silvia, *op. cit.*, p. 212.

municípios que conservam um sistema de poder oligárquico, vinculando as prestações de serviços de saúde a uma lógica clientelista. O acesso às prestações sanitárias, principalmente as mais caras, depende em grande medida do aval de políticos locais e de práticas não republicanas.

O fato é que “*existe um consenso de que as heterogeneidades econômicas entre as regiões, que também se manifestam entre estados e municípios, constituem o principal problema do federalismo brasileiro*”³⁰⁴.

Considerando que todos têm o mesmo direito à saúde, como lidar com tamanhas discrepâncias a fim de garantir um tratamento isonômico aos cidadãos? Por outro lado, tendo em vista as necessidades específicas de cada região, como garantir uma igualdade material nessas prestações?

A resposta a essa questão pode estar no modelo federativo a ser adotado. Em substituição à tradicional Federação dual, é necessário avançar até uma Federação cooperativa.

VIII.3.1 Federação cooperativa e princípio da subsidiariedade

A idéia de federalismo cooperativo busca substituir a competição entre as unidades federadas pela cooperação em prol de um objetivo comum. Dessa forma, todos os entes devem interagir, contribuindo um com o outro para a tutela dos objetivos estatais. Dito de outro modo,

*o federalismo cooperativo adequadamente considerado compreende uma cooperação subsidiária – notando-se que a subsidiariedade implica, sobretudo, em uma ajuda ao ente menor quanto às tarefas que ele não consegue realizar por si com eficácia – sem que, com isso, se enseje uma perda injustificada de competências dos Estados membros em benefício do ente central.*³⁰⁵

Esse espírito encontra relevante símbolo no art. 35.1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, quando estabelece o dever de todas as

³⁰⁴ SOUZA, Celina. Desenho Constitucional, instituições federativas e relações intergovernamentais no Brasil pós-1988. In FLEURY, Sonia (org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 189.

³⁰⁵ TORRES, Silvia, *op. cit.*, p. 95-96.

autoridades federais e subnacionais prestarem mutuamente assistência legal e administrativa³⁰⁶. Mas forte ainda é a previsão do art.41.1.h da Constituição Sul-Africana, que determina a todas as esferas de governo que cooperem uma com a outra, com mútua confiança e boa-fé, para a conquista de objetivos comuns, dentre os quais se destaca a coordenação de suas ações e legislações.³⁰⁷

No Brasil, o grande número de competências comuns entre União, Estados e Municípios indica que o constituinte almeja a comunhão de esforços para obtenção de resultados como o cuidado com a saúde (CRFB, art. 23, II), a preservação do meio-ambiente (CRFB, art, 23, VI) e o combate à pobreza (CRFB, art. 23, X). Destarte, ao invés de competirem pelo aumento ou diminuição de suas atribuições, cada um deve oferecer o melhor ao seu alcance para a conquista desses ideais.

Porém, o oferecimento desses esforços segundo uma lógica individualista, sem levar em consideração o que está sendo oferecido pelos demais entes, ao estilo do pensamento de ADAM SMITH³⁰⁸, pode não conduzir ao melhor resultado para a federação. Afinal, a *mão invisível* não é capaz de coordenar os inúmeros esforços individuais das unidades federadas, pois conduziria a uma situação de pouca eficiência e desperdício.

A conjugação de esforços em uma federação deve assumir o modelo de um jogo cooperativo, na fórmula de JOHN F. NASH, permitindo que cada ente adote a melhor estratégia considerando o que está sendo oferecido pelas demais unidades federadas e, desse modo, todos encontrem uma situação de equilíbrio³⁰⁹.

³⁰⁶ Lei Fundamental de Bonn, art. 35.1 “*Alle Behörden des Bundes und der Länder leisten sich gegenseitig Rechts- und Amtshilfe.*”

³⁰⁷ Constituição da República da África do Sul, art. 41.1.h “*All spheres of government and all organs of state within each sphere must (h) co-operate with one another in mutual trust and good faith by (I) fostering friendly relations; (II) assisting and supporting one another; (III) informing one another of, and consulting one another on, matters of common interest; co-ordinating their actions and legislation with one another; (IV) co-ordinating their actions and legislation with one another; (V) adhering to agreed procedures; and (VI) avoiding legal proceedings against one another.*”

³⁰⁸ “*By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it.*” In SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. São Paulo: Metalibri, 2007, p. 349-350.

³⁰⁹ “*Diz-se que uma combinação de estratégias constitui um equilíbrio de Nash quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores.*” In

Um jogo cooperativo pressupõe uma instância prévia de negociação, em que os participantes chegam a um acordo sobre como o jogo deve ser jogado.³¹⁰ Uma federação cooperativa, portanto, deve evitar a competição entre seus entes, por meio do estabelecimento de regras claras sobre o jogo, permitindo que se alcance o nível ótimo de eficiência na busca dos objetivos comuns.

Essas regras do jogo federativo são, em grande parte, materializadas na Constituição, com a divisão de competências e atribuições. Todavia, é evidente que a mera previsão normativa da divisão de tarefas não é suficiente para permitir a análise da melhor estratégia a ser adotada por cada ente, levando em consideração o que o outro pode oferecer. Para tanto, principalmente diante de um cenário de profundas desigualdades, é necessária a existência de um mecanismo de gestão intergovernamental, capaz de coordenar os esforços de cada ente.³¹¹

No caso brasileiro, diante da enorme diferença entre as capacidades de unidades federadas implantarem políticas públicas, esse mecanismo de gestão torna-se ainda mais fundamental. Não é por outro motivo que a sua ausência é apontada como uma das causas da não consolidação prática do federalismo cooperativo brasileiro.³¹²

É verdade que uma das tentativas de coordenação central da atividade federativa ocorre por meio de fixação de normas gerais via leis federais. Não são poucas as matérias em que a União traça diretrizes que devem ser observadas por Estados e Municípios. Em outras palavras, as políticas públicas são elaboradas pelo poder central e executadas pelas unidades subnacionais. Estas últimas limitam-se a normatizar as situações relacionadas às peculiaridades regionais ou locais.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos – com aplicações em economia, administração e ciências sociais*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Elsevier, 2006, p. 93.

³¹⁰ “Cooperative game theory presupposes a preplay negotiation period during which the players come to an irrevocably binding agreement on how the game is to be played.” In BINMORE, Ken. Introduction. In NASH, John F. *Essays on game theory*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 1996, p. xiv.

³¹¹ KRELL. *Op. cit.*, p. 5.

³¹² SOUZA, Celina. *Op. cit.*, p. 197.

Porém, se, por um lado, essa estratégia permite um tratamento homogêneo com possibilidade de ajustes locais, por outro impede-se que Estados e Municípios discutam a elaboração das regras do jogo, que são impostas pela União. A exclusão do processo deliberativo prejudica o jogo cooperativo e estimula uma competição indesejada, tendo em vista que muitas necessidades e projetos dos entes federados não serão contemplados pelas regras gerais.

Outrossim, mais do que a participação na elaboração das regras, é fundamental que os entes estejam em uma constante relação de coordenação. Isso ocorre, basicamente, por dois motivos: (a) as circunstâncias econômico-político-sociais transformam-se com grande velocidade, sendo necessária uma permanente atualização das políticas públicas e dos métodos utilizados para executá-las; e (b) a autonomia de Estados e Municípios não autoriza a União a impor-lhes um comportamento ativo, cabendo às normas gerais apenas balizar a atuação desses entes.

VIII.3.2 Cooperação, descentralização e subsidiariedade na saúde

A saúde é uma das poucas áreas de atuação estatal em que se observa a implantação efetiva de um atuar federativo cooperativo, com a criação de instrumentos que permitem, a todas as unidades federadas, a participação na elaboração e no acompanhamento das políticas públicas, sob a coordenação da União.

A possibilidade de uma coordenação central para as ações e serviços de saúde decorre do princípio da hierarquia (CRFB, art. 198), que, todavia, não dispensa a participação de Estados e Municípios nesse processo.

Por outro lado, leis federais estabelecem normas gerais sobre o Sistema Único de Saúde e distribuem as atribuições entre as direções nacional, estaduais e municipais (Lei 8.080/90, arts. 16 a 18).

A legislação federal prevê, ainda, a existência de um conselho de saúde e uma conferência de saúde em cada esfera de governo. As conferências, compostas por representantes de vários segmentos sociais, reúnem-se a cada

quatro anos “*para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde*” (Lei 8.142/90, art. 1º, § 1º). Já os conselhos, que possuem caráter permanente e deliberativo e são compostos por representantes do governo, dos prestadores de serviços, dos profissionais de saúde e dos usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde (Lei 8.142/90, art. 1º, § 2º).

No âmbito nacional, o Conselho de Saúde (CNS) é integrado também pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e pelo Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) (Lei 8.142/90, art. 1º, § 3º). A dinâmica construída pelo legislador permite que Estados e Municípios participem do processo de elaboração de políticas nacionais de saúde e do controle de sua execução. Assim, as unidades subnacionais contribuem na formulação das políticas de âmbito nacional, em uma relação de colaboração.

Em outras palavras, garante-se um espaço de deliberação prévia onde União, Estados e Municípios negociam as regras do jogo colaborativo. Assim, de modo coordenado, cada participante tem a oportunidade de expor suas capacidades e de avaliar o que está sendo oferecido pelo demais, de modo a traçarem, conjuntamente, a melhor estratégia. Trata-se de um sistema marcado pela flexibilidade política, em que, sob a coordenação da União, a distribuição de atribuições é marcada pela cooperação e pela negociação, em uma perfeita representação de um federalismo cooperativo.³¹³

A busca dessa situação ideal exige que a União, no papel de coordenadora central, com apoio de Estados e Municípios, fique atenta a eventuais incapacidades de outros entes para o cumprimento das políticas públicas. Nessa situação, para impedir o desequilíbrio e garantir o sucesso da atuação estatal, os entes maiores devem responsabilizar-se por eventuais incapacidades dos entes menores. Assim, o Estado é responsável por suprir falha dos serviços municipais de saúde, bem como a União é responsável

³¹³ MOTALA, Ziyad. RAMAPHOSA, Cyril. *Constitutional Law – analysis and cases*. Cidade do Cabo: Oxford University Press Southern Africa, 2002, p. 149.

subsidiária pelas prestações sanitárias de Estados, Municípios e Distrito Federal.

VIII.3.3 Obrigação subsidiária: o segundo corolário do princípio da subsidiariedade

Como leciona DANIEL HALBERSTAM, o princípio da subsidiariedade possui uma dupla conotação: por um lado, significa uma limitação ao governo central, que apenas deve atuar quando, e somente quando, a unidade federada não for capaz de agir por conta própria; por outro, confere autorização para que o governo central atue, subsidiariamente, sempre que o ente federado não se desincumba adequadamente de sua atribuição.³¹⁴ São duas faces de uma mesma moeda.

Mais que um princípio garantidor do sistema federativo, a subsidiariedade constitui uma garantia do cidadão, contra a ineficiência administrativa. Em um contexto constitucional que concede ao indivíduo o papel de credor do Poder Público, a subsidiariedade transforma os entes federados maiores em avalistas dos menores.

Isso significa que as entidades maiores não são apenas autorizadas, mas obrigadas, a atuar para compensar falhas e omissões dos entes menores.³¹⁵

Analisando o modo com o princípio da subsidiariedade informa especificamente as prestações sanitárias, percebe-se o seu impacto em dois momentos distintos: na fixação das atribuições de cada ente; e na execução das atribuições previamente distribuídas. Esse segundo momento será analisado no tópico posterior. Antes, porém, importa tecer um breve comentário sobre a aplicação da subsidiariedade na distribuição das atribuições.

³¹⁴ HALBERSTAM, Daniel. Federal Powers and the principle of subsidiarity. In AMAR, Vikram David. TUSHNET, Mark V. *Global perspectives on Constitutional Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, 44-45.

³¹⁵ KRELL. *Op. cit.*, p. 7

Como adrede narrado, a Constituição determina a descentralização das prestações de saúde, atribuindo aos municípios a responsabilidade por sua execução, mediante a cooperação técnica e financeira dos Estados e da União.

Todavia, considerando a histórica centralização anterior, torna-se impossível transferir, de inopino, aos Municípios a integralidade da execução dos serviços de saúde. A própria Constituição oferece o antídoto para o presumido despreparo dos Municípios, ao elencar o cuidado da saúde entre as competências comuns de todos os entes federados, sinalizando, nitidamente, a favor da subsidiariedade.

Destarte, a Lei 8.080/90, nos arts. 15 a 19, distribui atribuições entre os três níveis federativos, no que foi seguida pela Norma Operacional Básica do SUS (NOB-SUS) nº 01/96, sem deixar de privilegiar a municipalização.

Na realidade, a NOB-SUS nº 01/96 atribui plena responsabilidade aos gestores municipais para a execução dos serviços de saúde, deixando aos Estados e à União uma responsabilidade subsidiária³¹⁶. O gestor municipal de saúde recebe a atribuição de organizar e coordenar o subsistema municipal (SUS-Municipal), integrado por unidades públicas municipais, estaduais e federais, bem como privadas, garantindo aos cidadãos o acesso às prestações sanitárias.

Assim, a subsidiariedade permite que a municipalização seja efetivada sem riscos para os cidadãos, pois não exonera União e Estados da responsabilidade pelos serviços de saúde.

VIII.3.4 Controle judicial, descentralização e subsidiariedade

Para além da subsidiariedade na distribuição das atribuições entre União, Estados e Municípios, também há a responsabilidade subsidiária pela execução

³¹⁶ Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde (NOB-SUS) nº 01/96, item 2: “Busca-se, dessa forma, a plena responsabilidade do poder público municipal. Assim, esse poder se responsabiliza como também pode ser responsabilizado, ainda que não isoladamente. Os poderes públicos estadual e federal são sempre co-responsáveis, na respectiva competência ou na ausência da função municipal (inciso II do Artigo 23, da Constituição Federal). Essa responsabilidade, no entanto não exclui o papel da família, da comunidade e dos próprios indivíduos, na promoção, proteção e recuperação da saúde”, disponível em <http://www.esp.rs.gov.br/esp2/img2/NOB%20SUS%2001_96.pdf>, acesso em 30/09/2009.

das atribuições previamente distribuídas aos entes menores. Isso porque, a atuação subsidiária dos entes maiores não é mera faculdade, mas um dever.

Como adrede analisado³¹⁷, a subsidiariedade oferece dois espectros de proteção ao indivíduo. Por um lado, como tutor da liberdade, o princípio garante que a gestão pública deve ser atribuída ao ente mais próximo do cidadão, facilitando a apreensão das expectativas individuais pelo órgão decisório.

Por outro lado, como garantidora da igualdade material³¹⁸, a subsidiariedade impõe aos entes maiores a obrigação de sanar as falhas e omissões dos entes menores. O cidadão não deve ser apenado pela incapacidade de gestão dos municípios, cabendo aos Estados e à União suprirem a ineficiência municipal.

Por isso, União e Estado são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações sanitárias dos Municípios. Outrossim, a União é subsidiariamente responsável pelos serviços de saúde a cargo dos Estados. Em caso de falha do devedor original na prestação do serviço, o ente maior torna-se devedor solidário, o que significa que o cidadão credor pode exigir a prestação de qualquer um deles.

Mas a solidariedade apresenta-se, apenas, dos entes maiores em relação aos menores. As obrigações sanitárias da União não são solidárias. Também os Municípios não respondem solidariamente pelas obrigações dos Estados.

Não poderia ser diferente. O art. 196 da Constituição da República institui o dever estatal de prestação dos serviços de saúde, sem especificar qual esfera da federação seria a responsável. Assim, perante o cidadão, o devedor é a Administração Pública, não importando se municipal, estadual, distrital ou federal.

³¹⁷ Cf. item II.3.3, p. 32, *supra*.

³¹⁸ No mesmo sentido, Silvia Faber Torres afirma que subsidiariedade gera “a obrigação de não ingerência da entidade maior quando a inferior puder eficazmente realizar por si os seus próprios interesses, garantido-se, assim, a liberdade dos indivíduos e dos grupos intermédios, e o dever de ingerência, quando os grupos sociais ou as pessoas não tiverem condições de suprir aquelas necessidades, despendendo, para efetivar-se uma certa igualdade, do auxílio e do estímulo positivo do superior.” In TORRES, Silvia, *op. cit.*, p. 9-10.

Por outro lado, não é possível ignorar o comando do art. 30, II, da Constituição, que em nome da descentralização e da subsidiariedade, atribui aos Municípios a responsabilidade pelos serviços de saúde. Todavia, é necessário interpretar a opção pela municipalização como uma escolha *a priori*. Destarte, a responsabilidade é da Administração Pública, em princípio, municipal, mas, subsidiariamente, estadual ou federal.

Como conseqüência, se a responsabilidade de uma prestação sanitária foi atribuída a um município, que a inadimpliu, haverá a possibilidade de um litisconsórcio facultativo entre as três esferas da federação. Se o devedor for um Estado, é possível o litisconsórcio com a União. Finalmente, se na distribuição de atribuições, coube à União a execução do serviço, os entes menores não possuem legitimidade passiva *ad causam*.

VIII.3.5 Cuidados necessários no controle judicial da saúde pública

As políticas públicas sanitárias constituem material valioso de aferição das características da Federação Brasileira, pois deixa transparecer, de modo hialino, as relações entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, na busca de um objetivo comum: a tutela da saúde dos cidadãos.

A longa trajetória histórica da saúde pública, com mudanças radicais de paradigmas, acompanharam o desenvolvimento federativo, avançando de um cenário de ausência estatal, passando pela concentração de responsabilidades no ente central, para chegar à descentralização, marcada por um jogo cooperativo e pela subsidiariedade, com a atribuição *prima facie* dos Municípios, com garantia de atuação suplementar de Estados e União.

O *design* institucional do Sistema Único de Saúde é primoroso e fornece o instrumental necessário a uma prestação adequada dos serviços sanitários. Porém, infelizmente, a existência de ferramentas não significa a realização da obra. Condutas não republicanas e desastrosas experiências de gestão afastam a prática administrativa dos planos traçados pelo constituinte e pelo legislador.

Esse fosso entre plano e execução repercute nos direitos fundamentais dos cidadãos, que, apesar de contemplados pela previsão normativa de serviços

de saúde universais e integrais, encontram grande dificuldade de vê-los efetivados. Essa ineficiência do gestor público alça a atuação do Judiciário ao papel de primazia na concretização das prestações sanitárias. Com o papel de tutor dos direitos fundamentais, o Judiciário é chamado a proteger o cidadão, garantido-lhe o acesso aos serviços englobados pelas previsões constitucionais e legais.

Todavia, no exercício de sua tarefa, o Judiciário não pode olvidar de outras estruturas desenvolvidas para a proteção do indivíduo, como por exemplo, a divisão de atribuições entre os entes federativos pautada no princípio da subsidiariedade. Ser tutelado, *prima facie*, pelo ente mais próximo é uma garantia do cidadão, pois permite uma maior participação democrática, em razão da facilidade de acesso às instâncias decisórias. Por outro lado, lançar sobre o ente menor uma responsabilidade que, no planejamento do jogo cooperativo, foi atribuída à entidade maior, é sobrecarregar o mais fraco com um peso exagerado, capaz provocar fissuras irreparáveis na base de todo o sistema. O juiz deve estar atento não apenas ao direito fundamental em si, mas também aos diversos modos de implementá-lo, optando por aquele que se adéque harmoniosamente com as demais garantias do cidadão.

Essa tarefa não é fácil, mas o estudo comparativo das políticas públicas de saúde e outros institutos permite a formulação de *standards* capazes de auxiliar o julgador. O presente capítulo, ao inserir no debate sanitário a questão federativa, oferece um parâmetro para a atuação judicial: a “solidariedade de mão única”, por meio da qual, em caso de inadimplência do ente menor, surge a responsabilidade solidária do ente maior; porém, as falhas nos serviços atribuídos *prima facie* ao ente maior, não geram obrigação solidária para os entes menores.

CAPÍTULO IX – CONCLUSÃO

*Un pour tous! Tous pour un!*³¹⁹

A Constituição brasileira de 1988 é pródiga em direitos de variados matizes, desde as clássicas garantias liberais até direitos transindividuais, sem olvidar da imensa gama de prestações sociais. As generosas promessas constitucionais incluem, dentre outras, liberdade, segurança, meio ambiente saudável, educação, previdência social, erradicação da pobreza e, o que interessa especialmente a esta dissertação, saúde.

O grande elenco de direitos não é exclusividade do atual cenário constitucional. Promessas já houve em grande número: de colônias de férias a clínicas de repouso³²⁰. A peculiaridade da Constituição de 1988 não está no rol de direitos, mas na vontade de constituição³²¹ vivenciada pela sociedade civil, que passa a observar o texto constitucional não apenas como uma promessa abstrata, mas como um projeto de país que deve ser dotado, além da vigência normativa, de uma vigência sociológica³²².

Isso significa que as normas constitucionais fixaram um *dever ser* capaz de influenciar as expectativas da sociedade, que almeja e persegue a concretização das promessas constitucionais, por acreditar em sua sinceridade

³¹⁹ DUMAS, Alexandre. *Les trois mousquetaires*. Paris: Pocket, 1998, p. 111.

³²⁰ Sobre o assunto, é válido colacionar a lição de Luís Roberto Barroso: “*Na ante-véspera da convocação da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de direito no país: a falta de seriedade em relação à Lei Fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser. Dois exemplos emblemáticos: a Carta de 1824 estabelecia que ‘lei será igual para todos’, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelo Ministro da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco rol de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam ‘colônias de férias e clínicas de repouso’. Buscava-se na Constituição, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce.*” In BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 10, 2008.

³²¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19-20.

³²² BIDART CAMPOS, German J. HERRENDORF, Daniel E. *Principios de derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: EDIAR, 1991, p. 76.

normativa. Por isso, a Constituição passa a transmitir a idéia de um texto jurídico que, realmente, fixa a constituição política do Estado³²³. Dito de outro modo, o texto constitucional promove o acoplamento estrutural entre direito e política³²⁴, que, sem perder as respectivas autonomias, passam a influenciar de modo intenso um ao outro.

Não é por outro motivo que temas, antes considerados matéria de decisão estritamente política, foram inseridos no debate jurídico e passaram a freqüentar as pautas das cortes nacionais.

Todavia, se, por um lado, o Poder Judiciário assumiu o papel de guardião das promessas constitucionais³²⁵, por outro, a sua nova postura exige cuidados em relação aos limites e às formas de sua atuação. Afinal, são raros os debates excluídos do atuar judicial. No que tange às prestações sanitárias a judicialização é ainda mais notória, numérica e qualitativamente.

Diante dessas circunstâncias, uma pergunta desperta interesse no meio sócio-médico-político-jurídico: por que a primazia dos juízes? A produção científica brasileira começa a lançar um olhar mais crítico sobre os perigos de um ativismo judicial exagerado³²⁶, indagando a respeito dos reflexos desse fenômeno com ares de novidade no país.

Entretanto, a desconfiança sobre esse poder hercúleo concentrado no juiz não é exclusividade do cenário brasileiro. Ao contrário, o debate encontra-se avançado em outros ordenamentos, onde se discute qual seria o grau ideal de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para se garantir a proteção dos indivíduos.

³²³ LUHMANN. *Op. Cit.* (La costituzione...), p. 85.

³²⁴ “... la costituzione rende possibile ad un tempo una soluzione giuridica del problema di autoreferenzialità del sistema politico e una soluzione politica del problema di autoreferenzialità del sistema giuridico.” in *id.*, p. 110.

³²⁵ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião de promessas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³²⁶ Como exemplo, cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In SARMENTO, Daniel (organizador). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113.

Interlocutor nessa discussão, MARK TUSHNET realiza uma análise comparada de diversos ordenamentos jurídicos, para chegar à conclusão de que, na maior parte das vezes, um controle judicial fraco seria mais eficiente para a tutela de direitos constitucionalmente garantidos³²⁷. Ainda segundo aquele autor, existe a tendência a um movimento pendular, em que uma atuação judicial fraca é substituída por um forte ativismo, para em seguida tornar-se novamente fraca, embora com métodos mais eficazes³²⁸.

O Brasil encontra-se na segunda fase do movimento pendular. Após um longo período de resistência do Judiciário em interferir nas políticas públicas, vivencia-se hoje um controle judicial extremamente forte. A judicialização das prestações sanitárias constitui um bom exemplo, tendo em vista o grande número de ações em que os juízes determinam, em minúcia, como deve ser o atuar da Administração Pública, condenando-a a fornecer remédios e tratamentos específicos.

Como sustenta TUSHNET, existe a tendência à redução do grau de controle. Isso não significa uma diminuição da tutela dos direitos, mas sim a percepção de que a melhor forma de proteger os indivíduos e concretizar as promessas constitucionais não é por meio de um ativismo exacerbado, mas, sim, com um atuar judicial efetivo e equilibrado, capaz de respeitar a legitimidade democrática dos demais poderes, sem se arvorar no papel de intérprete exclusivo da constituição.

Como conclusão identifica-se, como modelo ideal, aquele que promove uma *Judicialização Cooperativa das Políticas Públicas Sanitárias*, por meio da adoção de uma nova postura do Judiciário, para que, ao invés de substituir agressivamente o legislador e o administrador, promova a cooperação entre os três Poderes da República, a fim de garantir-se a concretização das promessas constitucionais. Mais do que isso, o sistema judicial deve estar aberto aos demais sistemas de conhecimento, especialmente o médico-social e o da gestão pública.

³²⁷ TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 249.

³²⁸ *Id.*, p. 249.

Em outras palavras, ao invés de um embate entre Thêmis, Leviatã e Asclépio, todos devem agir cooperativamente, em prol de um objetivo comum: garantir o atendimento do direito fundamental à saúde.

Destarte, as políticas públicas de saúde, como instrumentos de concretização das promessas constitucionais, devem ser planejadas, implementadas e controladas com a cooperação dos três Poderes da República e dos sistemas de conhecimento, sem competição, para que cada um possa ofertar as suas maiores potencialidades, bem como admitir as contribuições dos demais, nos campos em que enfrenta dificuldades.

Essa postura faz emergir a necessidade de um modo especial de deferência do Judiciário à legitimidade democrática das decisões administrativas e parlamentares. O juiz deve respeitar as opções do Executivo e do Legislativo, não para curvar-se a elas, mas para cooperativamente permitir que as forças políticas envolvidas desenhem e implementem projetos e programas.

Em outras palavras, no controle judicial de políticas públicas sanitárias não deve Thêmis agir como a única responsável pela definição da matéria que lhe foi oferecida para julgamento, alijando do debate Asclépio e Leviatã. Ao contrário, a judicialização significa a inclusão de mais uma voz no debate, permitindo que o magistrado, cumprindo sua missão constitucional, coopere com os demais Poderes para a construção e a execução de uma política pública eficaz.

Destarte, o atual modelo brasileiro de controle judicial das políticas públicas precisa ser adequado a um contexto de demandas cada vez mais complexas, cujas soluções dependem de conhecimentos extremamente especializados inacessíveis ao julgador e mais facilmente apreendidos pelo Executivo e Legislativo.

É inviável ao juiz – e a qualquer ser humano – dotar-se de conhecimento profundo sobre todas as matérias relacionadas aos casos que lhe são levados a julgamento: medicina, genética, economia, meio ambiente, história, política,

psicologia, farmacologia, sociologia, antropologia são exemplos de um rol quase infinito de possibilidades de questionamento judicial de políticas públicas sanitárias.

Enquanto órgãos específicos da Administração Pública são dotados de *expertise* e meios técnicos específicos para a tomada de decisões e formulações de políticas públicas, o juiz, apesar de especialista em direito, é leigo nos demais campos científicos. Mesmo que receba apoio técnico de peritos, seu julgamento não será amparado em bases científicas estruturadas em seu próprio pensamento, o que produz riscos e insegurança. Basta imaginar uma situação em que haja divergência entre especialistas. Como o juiz decidirá a questão? Com base em que conhecimento científico chegará a uma conclusão? Por que essa decisão deve prevalecer sobre aquela tomada pelos órgãos técnicos da gestão pública?

Por outro lado, no Poder Legislativo, apesar das inúmeras dificuldades, há campo mais propício ao debate que no processo judicial, o que conduz à inclusão de argumentos diversos, capazes de dotar o amplo colegiado de legisladores do conhecimento sobre os anseios da sociedade, bem como sobre peculiaridades técnicas. A estrutura aberta da discussão parlamentar, em que pese a freqüente sabotagem, permite a maior aproximação de uma situação ideal de fala³²⁹, não encontrada no modelo tradicional de processo judicial, tendo em vista a estrutura da comunicação³³⁰, bem como o agir estratégico³³¹

³²⁹ “A situação ideal de fala foi um recurso utilizado por Habermas para justificar a plausibilidade do discurso prático elaborado em seu texto ‘Teorias da verdade’, de 1972. O filósofo de Frankfurt denomina ‘ideal a uma situação de fala em que as comunicações não somente não vêm impedidas por influxos externos contingentes como tampouco pelas coações que se seguem da própria estrutura da comunicação.’ In MAIA. *Op. cit.*, p. 97.

³³⁰ Tal assertiva ampara-se, pelo menos, em dois argumentos: (a) os *litigantes* têm oportunidades limitadas de manifestação; e (b) o juiz não debate, no plano real, com as partes. O julgador recebe os argumentos racionais e lança a sua decisão (ato de fala regulador), com a pretensão de convencer as partes e todos os demais sobre a correção de seus argumentos. Ainda que o julgador garanta acesso da sociedade civil ao processo judicial, por meio da figura do *amicus curiae*, a estrutura do processo não é capaz garantir um debate amplo e profundo.

³³¹ “... no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação (...)” In MAIA. *Op. cit.*, p. 97.

das partes processuais, que, em regra, não estão obrigadas a buscar cooperativamente uma solução para a lide.³³²

Todavia, há momentos em que, mesmo com o conhecimento técnico e com a possibilidade do debate público, Executivo e Legislativo falham na tarefa de concretizar o direito fundamental à saúde. Nesse caso, cabe ao Judiciário atuar para sanar os vícios dos demais poderes republicanos, garantindo a vinculação de suas atuações à Constituição.

Porém, se essa missão do Poder Judiciário não deve ser encarada como uma batalha contra os demais poderes, mas como um meio de auxiliá-los no cumprimento de seus papéis constitucionais. É necessário abolir qualquer competição entre Judiciário, Executivo e Legislativo, para dar vez a um atuar cooperativo em prol de um objetivo comum.

Isso quer significar que o Judiciário não pode ignorar os planos e projetos dos demais poderes para o alcance dos objetivos constitucionais. Também não pode desconsiderar os aportes dos demais sistemas de conhecimento. Ao contrário, em razão das maiores aptidões técnicas e deliberativas, deve prestigiar as estratégias do administrador, do legislador e da medicina social, caso sejam capazes de conduzir a República à concretização dos ideários de 1988.

Por isso, o modelo ideal de controle judicial de políticas públicas sanitárias não deve contemplar, ao menos como regra geral, a substituição absoluta da vontade do legislador e do administrador, pela do juiz. As decisões dos tribunais devem, sempre, integrar o comando jurisdicional à capacidade técnica do gestor ou à abertura deliberativa dos parlamentares, bem como ao *know-how* dos sanitaristas.

Desse modo, ao invés de suprimir a instância de decisão política no Executivo ou no Legislativo, decidindo por eles, o Judiciário deve levá-los a decidir de acordo com a Constituição. Assim, de modo cooperativo, o juiz

³³² HABERMAS. *Op. cit.* (Direito... Vol. I), p. 287-288.

ajusta as diretrizes do atuar da Administração Pública e do legislador, resguardando, todavia, o campo de discricionariedade desses Poderes.

A conjugação de esforços entre os Poderes da República deve assumir o modelo de um jogo cooperativo permitindo que cada ente adote a melhor estratégia considerando o que está sendo oferecido pelos demais e, desse modo, todos encontrem uma situação de equilíbrio, buscando como inspiração as lições do federalismo cooperativo.

A mudança proposta, porém, não se restringe ao conteúdo das decisões, mas alcança o próprio atuar judicial. Deve o juiz estar atento às possibilidades dos demais poderes, saindo do papel de expectador do debate entre as partes, para passar a integrar as discussões em busca da melhor solução para o conflito.

Desse modo, como no *slogan* imortalizado por ALEXANDRE DUMAS, Thêmis, Asclépio e Leviatã estarão unidos para, apoiando-se mutuamente, chegarem à formulação e à concretização de políticas públicas sanitárias eficientes e harmonizadas com a disciplina constitucional e o direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e artigos impressos

ABRUCIO, Fernando Luiz. Para além da descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil. In FLEURY, Sonia (org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

ADAMS, Patch. MYLANDER, Maureen. *A terapia do amor*. Tradução de Antonio Olinto. Rio de Janeiro: Mondrian, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AUBY. J.-M. DRAGO. R. *Traité de contentieux administrative*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2006.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In MATTA, Gustavo Corrêa. MOURA, Ana Lúcia de. *Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Artigos 196 a 200 (comentários). In BONAVIDES, Paulo (org.). MIRANDA, Jorge (org.). MOURA AGRA, Walber de (org.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

_____. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In SARMENTO, Daniel (org.). GALDINO, Flávio (org.).

Direitos fundamentais, estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARNES, Javier. Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas. In *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. A doutrina brasileira da efetividade. In *Temas de direito constitucional*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BERGER, Vicent. *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme*. 10ª edição. Paris: Sirey, 2007.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BIDART CAMPOS, German J. HERRENDORF, Daniel E. *Principios de derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: EDIAR, 1991.

BINMORE, Ken. Introduction. In NASH, John F. *Essays on game theory*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 1996.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. *O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

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

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Inovações do Código de Processo Civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: LGDJ, 2001.

CASSAGNE, Juan Carlos. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La Justicia Administrativa en Iberoamérica*. Buenos Aires: Lexis Nexis Aregentina, 2005.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In BRANDÃO, Cláudio (org.). CAVALCANTI, Francisco (org.). ADEODATO, João Maurício (org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CONTADOR, Vicente. A conjuntura política nacional e o Movimento Municipalista na área de saúde da década de 70. In *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das universidades e dos municípios*. Brasília: CONASEMS, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____ *A instrumentalidade do processo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

DUMAS, Alexandre. *Les trois mousquetaires*. Paris: Pocket, 1998.

DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão interna entre faticidade de validade no direito segundo Habermas. In MARTINS, Clélia Aparecida (org.). POKER, José Geraldo (org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária UNESP, 2008.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Manual de filosofia do direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Londres: Belknap Havard, 2006.

_____ *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____ *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. 11ª edição. Madri: Thomson Civitas, 2008.

ESCOREL, Sarah. NASCIMENTO, Dilene Raimundo. EDLER, Fávio Coelho. As origens da Reforma Sanitária e do SUS. In LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). *Saúde e Democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

_____ BLOCH, Renata Arruda. As conferências nacionais de saúde na construção do SUS. In LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). *Saúde e Democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

FAVOREU, Louis. PHILIP, Loïc. *Le grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 13ª edição. Paris: Dalloz, 2005.

FERNANDÉZ. Tomás Ramón. Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor. In BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez*. Tomo II. Madri: Civitas, 1993.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos – com aplicações em economia, administração e ciências sociais*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Elsevier, 2006.

FRANCO, Túlio Batista. MERHY, Emerson Elias. Produção Imaginária da Demanda. In PINHEIRO, R. (org.). MATTOS, R.A. (ors.) *Construção Social da Demanda*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ-CEPESC-ABRASCO, 2005.

_____ PSF: Contradições de um programa destinado à mudança do modelo tecnoassistencial. In FRANCO, Túlio Batista. MERHY, Emerson Elias *et al*. *O trabalho em saúde: olhando e experienciando o SUS no cotidiano*. São Paulo: HUCITEC, 2003.

FREITAS, Juarez. *Controle dos atos vinculados e discricionários à luz dos princípios fundamentais*. In: O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião de promessas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA-PELAYO. Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 7ª edição. Madri: Revista de Occidente, 1964.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2005.

_____ BECK, Ulrich. LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

_____ *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOHIN, Olivier. *Contentieux administratif*. 4ª edição. Paris: LexisNexis Litec, 2005.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *In* Revista Forense, V. 37, 2003.

GRAU, Eros Robero. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade validade*. Volume II. 2ª edição. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia entre facticidade validade*. Volume I. 2ª edição. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho*. Londrina: CEFIL, 1999.

_____. Habermas e o projeto de uma teoria crítica da sociedade. *In* MARTINS, Clélia Aparecida (org.). POKER, José Geraldo (org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária UNESP, 2008.

HALBERSTAM, Daniel. Federal Powers and the principle of subsidiarity. *In* AMAR, Vikram David. TUSHNET, Mark V. *Global perspectives on Constitutional Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBSBAWN, E. J. *A revolução francesa*. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HOURS, Bernard. *L'idéologie humanitaire ou le spectacle de l'altérité perdue*. Paris: Éditions L'Harmattan, 1998.

HOYOS, Arturo. Justicia contencioso-administrativa y derechos humanos. *In* BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento*

administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez. Tomo II. Madri: Civitas, 1993.

ITALIANI, Fernando. *Marketing farmacêutico*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

KRELL, Andreas J. Normas gerais e leis nacionais: conceitos ultrapassados ou necessários para implantação do federalismo cooperativo no Brasil? Mimeografado.

LEFEVRE, Fernando. LEFEVRE, Ana Maria Cavalcanti. *Promoção de saúde: a negação da negação*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.

LAPAGE, Corinne. HUGLO, Christian. *Code de justice administratif*. Paris: LexisNexis Litec, 2005.

LIMA, Eusebio de Queiroz. *Teoria do Estado*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Record, 1957.

LIMA, Luciana Dias de. *Federalismo, relações fiscais e financiamento do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2007.

LIMA, Nísia Trindade. FONSECA, Cristina M. O. HOCHMAN, Gilberto. A saúde na construção do Estado nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). *Saúde e Democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

LLOBREGAT, José Garberí. *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In ZAGREBELSKY, Gustavo *et al* (organizador). *Il futuro della costituzione*. Roma: Einaudi.

_____. *Sociologia do Direito*. Volume I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do Direito*. Volume II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUIZA, Vera Lucia *et al*. O medicamento na política pública de saúde no Brasil: como os agentes comunitários de saúde podem contribuir para a promoção do acesso e do uso racional dos medicamentos? In MATTA, Gustavo Corrêa (org.); PONTES, Ana Lúcia de Moura (org.). *Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

MACHADO, Critini Vieira. *Direito universal, política nacional: o papel do Ministério da Saúde na política de saúde brasileira de 1990 a 2002*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2007.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS, Maurício Vieira. É o direito um sistema autopoietico? Discutindo uma objeção oriunda do marxismo. In MELLO, Marcelo Pereira (org.). *Justiça e Sociedade*. Rio de Janeiro: LTr-UFF.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. In MATTA, Gustavo Corrêa (org.). PONTES, Ana Lúcia de Moura. *Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 2ª edição. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MONTESQUIEU, Charles de Secondart, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAL, Antonio Torres del Moral et al. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madri: Colex, 2007.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. Paris: Montchrestien, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____ *Legitimidade e discricionariedade*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____ *Mutações do direito administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTALA, Ziyad. RAMAPHOSA, Cyril. *Constitutional Law – analysis and cases*. Cidade do Cabo: Oxford University Press Southern Africa, 2002.

NASCIMENTO, Marilene Cabral do. *Medicamentos: ameaça ou apoio à saúde?* Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2003.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PACTEAU, Bernard. *Manuel de contentieux administratif*. Paris: PUF Droit, 2006.

PEISER, Gustave. *Contentieux administratif*. 14ª edição. Paris: Dalloz, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9ª edição. Madri: Tecnos, 2007.

_____ La interpretación de la constitución. In: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUEIROZ, Eneida Quadros. *Justiça Sanitária – cidadãos e judiciário nas reformas urbana e sanitária – Rio de Janeiro (1904-1914)*. Dissertação (mestrado). Universidade Federal Fluminense (UFF) – Instituto de Ciência Humanas e Filosofia, 2008.

QUEIROZ, Rachel de. *A longa vida que já vivemos*. Rio de Janeiro: Ágora Comunicação Integrada, 1998.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. ACOSTA, Manuel J. Sarmiento. El contencioso-administrativo como elemento garantizador de los derechos fundamentales. In BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez*. Tomo II. Madri: Civitas, 1993.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. In SOUZA Jr., J. G. (org.). *Introdução crítica ao direito*. Brasília, UnB, 1993.

SANTOS, Lenir. ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. *SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos*. Campinas: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 2007.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. A reforma sanitária e o sistema único de saúde: tendências e desafios após 20 anos. In *Saúde em Debate – Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*. Volume 33. Rio de Janeiro: 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____ Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In SARMENTO, Daniel (org.). GALDINO, Flavio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In SARMENTO, Daniel (organizador). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____ *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____ Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: *Livres e Iguais – estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução de Anna Amélia Carneiro de Mendonça. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª edição. São Paulo:Malheiros, 1996.

SILVA, Márcio José Andrade de. Um Galo a Asclépio. In *Filosofia Especial* . Ano II. Número 07. São Paulo: Escala, 2008.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. GRECO, Leonardo. A jurisdição administrativa no Brasil. In SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes (coord.). BLANKE, Hermann-Josef (coord.). SOMMERMANN, Karl-Peter (coord.). *Código de Jurisdição Administrativa: o modelo alemão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____ A importância da VwGO para o Direito brasileiro e a elaboração de um código modelo de jurisdição administrativa. In SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes (coord.). BLANKE, Hermann-Josef (coord.). SOMMERMANN, Karl-Peter (coord.). *Código de Jurisdição Administrativa: o modelo alemão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. São Paulo: Metalibri, 2007.

SOUZA, Celina. Desenho Constitucional, instituições federativas e relações intergovernamentais no Brasil pós-1988. In FLEURY, Sonia (org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizador). SARMENTO, Daniel (organizador). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____ *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. HOLMES, Stephen. *The cost of rights*. Nova Iorque: W.W. Norton, 1999.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social – legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____ *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____ *A cidadania multidimensional da era dos direitos*. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____ *Tratado de direitos constitucional financeiro e tributário*. Volume V. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBE, Laurance H. *American Constitutional Law*. Vol. 1. 3ª edição. Nova Iorque: Foudantion Press, 2000.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VERDAGUER, Francisco Pera. *Jurisdicción contencioso-administrativa*. Barcelona: Bosch, 1976.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *In: Revista Saúde Pública*, vol. 41, 2007.

Livros e artigos na internet

CHUENGSA TIANSUP, Komatra. *Spirituality and health: an initial proposal to incorporate spiritual health in health impact assessment*. Disponível em <www.shi.or.th/download/100/>, acesso em 19 de abril de 2009.

Conclusões I Colóquio Brasil-Espanha-França “Princípios Fundamentais e Regras Gerais de Jurisdição Administrativa”. Disponível em <http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num22/conclusiones/I%20Coloquio%20Brasil-Espa%C3%B1a%20Francia.pdf>, acesso em 04 de fevereiro de 2008

Constitution of the World Health Organization. Disponível em <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf>, acesso em 09 de junho de 2008.

Dicionário Histórico-Biográfico das Ciências da Saúde no Brasil (1832-1930), verbete Escola de Cirurgia da Bahia. Disponível em <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br>>, acesso em 17 de julho de 2009.

Dicionário Houaiss da língua portuguesa – versão eletrônica. Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=holismo&styp=k>>, acesso em 20 de novembro de 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Médicos togados*. Folha de São Paulo. Edição de 22/10/2007. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2210200702.htm>>, acesso em 06 de junho de 2008.

FRANCO, Túlio Batista. *Jornadas Rede AUPA*, p. 2.. Disponível em <<http://www.professores.uff.br/tuliofranco/textos/jornadas-red-aupa-barcelona-maio-2009.pdf>>, acesso em 14 de setembro de 2009.

HAMILTON. Federalist nº 32. *In HAMILTON et al. The federalist papers*, disponível em <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>, acesso em 30 de setembro de 2009.

_____ Federalist nº 85: concluding remarks. *In HAMILTON et al. The federalist papers*, disponível em <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>, acesso em 30 de setembro de 2009.

IVAMOTO, Henrique Seiji. *Santa Casa da Misericórdia de Santos*. Disponível em <http://www.scms.org.br/noticia.asp?codigo=42&COD_MENU=24>, acesso em 17 de julho de 2009.

LOPES, Cláudia Rabelo. VASCONCELOS, Wagner. *Medicamentos na justiça*. Disponível em <http://comvisa.anvisa.gov.br/tiki-read_article.php?articleId=484&PHPSESSID=9661fff88a03daa3b8d9d10f985da7fe>, acesso em 18 de junho de 2008.

Ottawa Charter for Health Promotion, disponível em <http://www.who.int/hpr/NPH/docs/ottawa_charter_hp.pdf>, acesso em 08 de novembro de 2009.

PIMENTEL, Carolina. *Hospital do SUS fará cirurgia de mudança de sexo*. Agência Brasil, notícia de 05 de junho de 2008, disponível em <www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/06/05/materia.2008-0605.0649002887/view>, acesso em 22 de junho de 2008.

Relatório Final da VII Conferência Nacional de Saúde, disponível em <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/7conf_nac5_rel.pdf>, acesso em 21 de julho de 2009.

Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde, disponível em <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>, acesso em 21 de julho de 2009.

Relatório final da IX Conferência Nacional de Saúde, disponível em <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_9.pdf>, acesso em 27 de setembro de 2009

RIBEIRO, Ivan César. *Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil?* Disponível em <www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006>, acesso em 20 de junho de 2008.

SAINT-HILAIRE, Auguste. *Viagens pelo distrito dos diamantes e litoral do Brasil*. Tradução de Leonam de Azeredo Pena. Companhia Editora Nacional, 1941, p. 431, disponível em <<http://books.google.com.br>>, acesso em 19 de julho de 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>, acesso em 21 de novembro de 2009

SOMMERMANN, Karl-Peter. *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 379-396, disponível em <http://books.google.com.br/books?id=YtoOqEoS_uMC&printsec=frontcover&lr=#v=onepage&q=&f=false>, acesso em 10 de agosto de 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escasses de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf>, acesso em 18/11/2009

Outros sítios na internet

<www.jfrj.gov.br>, acesso em 20 de junho de 2008

<<http://www.santacasarj.org.br/1582.htm>>, acesso em 17 de julho de 2009.

<http://www.medicina.ufrj.br/colchoes.php?id_colchao=1>, acesso em 17 de julho de 2009.

<<http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=114&sid=6>>, acesso em 16 de julho de 2009.

<http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2:historia&catid=97:omec&Itemid=171>, acesso em 08 de junho de 2009.

<http://www.paho.org/spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm>, acesso em 13 de julho de 2009.

<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/port_interministerial_02-1986.pdf>, acesso em 22 de julho de 2009

<<http://www.ushistory.org/declaration/document/index.htm>>, acesso em 08 de novembro de 2009

<<http://www.eljusticiadearagon.com/index.php?zona=historia>>, acesso em 21 de janeiro de 2009.

<www.stj.jus.br>, em 17 de novembro de 2009.

<www.justicafederal.jus.br>, em 17 de novembro de 2009.

<www.stf.jus.br>, em 17 de novembro de 2009.

<<http://www.tjrj.jus.br>>, acesso em 20 de novembro de 2009.

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/Tabela_comparativa_Ellen_Gracie.pdf>, acesso em 20 de novembro de 2009.

<<http://www.elespectador.com/articulo-corte-suprema-atendera-tutelas-salud-mientras-dure-paro-judicial>>, acesso em 27 de novembro de 2009.

<<http://www.elpais.com.co/paionline/notas/Octubre032008/jud3.html>>, acesso em 27 de novembro de 2009.

<http://www.esp.rs.gov.br/esp2/img2/NOB%20SUS%2001_96.pdf>, acesso em 30/09/2009.

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](#)