

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

DANIELA DE LIMA RANIERI GUERRA

A DIALÉTICA DO DIREITO À SAÚDE:
ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A
ESCASSEZ DE RECURSOS

POUSO ALEGRE - MG
2017

DANIELA DE LIMA RANIERI GUERRA

A DIALÉTICA DO DIREITO À SAÚDE:
ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A
ESCASSEZ DE RECURSOS

Dissertação apresentada como exigência parcial
para a obtenção do Título de Mestre em Direito ao
Programa de Pós-Graduação da Faculdade de
Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes
Figueiredo

FDSM - MG
2017

G934dGUERRA, Daniela de Lima Ranieri.

A Dialética do Direito à Saúde: entre o Direito Fundamental à Saúde e a Escassez de recursos / Pouso Alegre – MG: FDSM, 2017.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em Direito.

1. Direito à Saúde. 2. Escassez de Recursos. 3. Judicialização.
I. FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Título.

CDU340

DANIELA DE LIMA RANIERI GUERRA

A DIALÉTICA DO DIREITO À SAÚDE:
ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A ESCASSEZ DE RECURSOS

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof.(a)
Instituição

Prof.(a)
Instituição

POUSO ALEGRE – MG
2017

À minha família, minha sustentação!

AGRADECIMENTOS

Quando comecei a organizar meus pensamentos para agradecer, não quis relegar ninguém da ordem prioritária do texto. Sintam-se todos em um mesmo patamar, onde não consigo mensurar o amor e tamanha gratidão sentida.

Da janela de meu quarto, dia desses, ouvia a oração matinal do Colégio São José, e ao encerrá-la o professor proferiu um ditado em latim que bem resume o sentimento desses dois anos de mestrado: “Alis grave nill!”¹

A Deus, meu acalento, minha força!

Meus pais, heróis do cotidiano, Elias e Maria Luiza, por todo exemplo de amor, de companheirismo e retidão. Por terem abdicado inúmeras vezes e, na maioria delas, dos desejos pessoais em favor de nossa família. Reconheço todo o esforço que fizeram para proporcionar a mim e as minhas irmãs educação de qualidade. Pai, o senhor é meu exemplo de dedicação à família, de homem amoroso e trabalhador. Agradeço a Deus por ter me concedido a honra de ser sua filha!

Denise e Carla, minhas amadas irmãs, juntas somos mais fortes!

Enrico, você chegou trazendo alegria e luz! A dinda te ama, pequenino!

Paulo, meu amor, sou grata por sua presença amiga, constante e sendo paciente com minhas angústias, ausências e medo. Meu “porto seguro” nas horas difíceis e companheiro das alegrias que a vida proporciona. Você é exemplo de retidão, caráter e profissionalismo.

Gabriel, com você aprendi o verdadeiro sentido do amor incondicional. Obrigada por seu apoio durante o mestrado, sendo meu tradutor preferido, companheiro nos seminários jurídicos e nas palestras e, sobretudo, ouvinte de minhas apresentações. Você é um menino iluminado e razão de todo meu esforço!

À Karina, minha amiga de infância e de uma vida, irmã de alma, agradeço pela sua presença constante mesmo na distância. Amo-te!

Adrielly e Bárbara, nos conhecemos em fases diferentes da vida, mas com o mesmo propósito de sairmos vencedoras dessa batalha. Pelas nossas conversas, choros, risos e desabafos, que também me serviram de alicerce. Amo vocês!

¹ “Com asas nada é pesado.” (Tradução nossa).

Ao meu orientador, Professor Dr. Eduardo, por ter acreditado em mim quando eu mesma não conseguia. Pela sua delicadeza e por ter sido sempre tão solícito na orientação de meu trabalho. Sinto imenso orgulho de fazer parte do seu rol de orientandos.

Juliana, Mari e Natália: a vocês, também, meu muito obrigada. Jú, ao iniciar o mestrado você, carinhosamente, me disse que todos saem diferentes do programa. Você, estava certa, saímos melhorados!

Assim, com todas essas “asas”, tudo ficou mais leve!

*“Quando uma porta se fecha outra se abre;
mas nós quase sempre olhamos tanto e de
maneira tão arrependida para a que se
fechou, que não vemos aquelas que foram
abertas para nós.”*

Graham Bell (1847-1922)

RESUMO

GUERRA, Daniela de Lima Ranieri. A Dialética do Direito à Saúde: Entre o Direito Fundamental à Saúde e a Escassez de Recursos. 2017. 105f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2017.

O presente trabalho analisa a dialética do direito à saúde, entre o Direito fundamental à saúde e a escassez de recursos e por fim, como síntese, traz que as políticas de saúde, devem se dar em processo democrático de decisão com a participação e contestação pública, através dos conselhos e conferências de saúde. Analisa-se o neoconstitucionalismo e o Estado de Bem-estar social, afim de introduzirem ao desenvolvimento da pesquisa. A “tese da dialética” do direito à saúde traz argumentos que sustentam e justificam o direito à saúde na condição de direito e dever fundamental, de titularidade universal, como bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988. Nessa perspectiva de que o Estado deve garantir o direito à saúde, identifica-se o mínimo existencial e o princípio da Proibição do Retrocesso Social. A “antítese” aborda a escassez de recursos públicos, partindo da premissa de que vivemos em um cenário de escassez de recursos, onde as necessidades a serem suportadas pelo Estado serão sempre maiores do que suas possibilidades orçamentário-financeiras. A partir dessa perspectiva, por vezes óbvias aos economistas e gestores, porém, nem sempre para os juristas, é analisado o debate acerca da judicialização da saúde, bem como, da cláusula de “reserva do possível”.

Palavras-chave:Neoconstitucionalismo. Direito à saúde. Escassez de recursos.Judicialização da política.Participação democrática.

ABSTRACT

GUERRA, Daniela de Lima Ranieri. The Dialectic of the Right to Health: Between the Fundamental Right to Health and the Resource Scarcity and Lastly. 2017. 105f. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Graduate Program in Law, Pouso Alegre, 2017.

This present dissertation analyses the dialectic of the right to health, between the fundamental right to health and the resource scarcity and lastly, as synthesis, it too brings the fact that the health policies ought to be performed in a democratic decision-making process with the participation and public contestation, through health councils and conferences. The neoconstitutionalism and the welfare state are analysed in order to serve as a support for the research development. The thesis of the dialectic of the right to health has arguments that support and justify the right to health in the condition of right, fundamental duty, universal ownership and a fundamental legal good according to the 1988 federal constitution. In the perspective that the state must ensure the right to health, the existential minimum and the prohibition of social retrogression. The “antithesis” speaks about the scarcity of public resources starting from the idea that we live in a scenario of resource scarcity, where the needs supported by the state will always be greater than its financial possibilities. Starting from this perspective, which is sometimes clear to economists and managers, but not always to jurists, the debate about the judicialization of health and “the reserve of the possible clause” are analysed.

Keywords: *Neoconstitutionalism. Right to health. Resources scarcity. Judicialization of politics. Democratic participation.*

LISTA DE SIGLAS

ANVISA: Agência Nacional de Vigilância Sanitária

BPC: Benefício de Prestação Continuada

CAP: Caixa de Aposentadoria e Pensão

CF: Constituição Federal

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

FGTS: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

FUNDEB: Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação

IAP: Institutos de Aposentadoria e Pensão nacionais

INPS: Instituto Nacional da Previdência Social

OMS: Organização Mundial da Saúde

PEA: População Economicamente Ativa

PIB: Produto Interno Bruto

SUS: Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. CAPÍTULO I - NEOCONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS SOCIAIS	16
1. Neoconstitucionalismo	16
1.1 Neoconstitucionalismo como teoria do Direito	17
1.2 Neoconstitucionalismo como Ideologia	18
1.3 Neoconstitucionalismo como Metodologia	19
1.4 Neoconstitucionalismo no Brasil	20
2. Direitos sociais no neoconstitucionalismo	23
2.1 Uma introdução ao Estado do bem-estar	23
2.2 O que é o estado do bem-estar social	26
2.3 O Estado do Bem-Estar social no Brasil	29
2.4 O Estado do bem-estar corporativo	32
2.5 O universalismo básico	35
2.6 A terceira onda: Universalismo redistributivo?	37
2. CAPÍTULO II - “A TESE”: DO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL À SAÚDE	43
2.1 A saúde no Brasil e a Constituição Federal	43
2.2 O dever do Estado de garantir o direito à saúde	52
2.3 Mínimo Existencial	55
2.4 O princípio da Proibição do Retrocesso Social	58
3. CAPÍTULO III - "A ANTÍTESE": A ESCASSEZ DE RECURSOS	62
3.1 O Orçamento Público	65
3.2 Do Ativismo Judicial	69
3.3 Distinção entre Ativismo judicial e Judicialização da Política	73
3.4 Ativismo Judicial, Orçamento Público e escassez de recursos	76

3.5 Da alocação de recursos ante a falta de informação e o conhecimento dos juízes.....	79
3.6 Da (ausência de) legitimidade dos juízes para alocação dos recursos escassos	81
3.7 Da iniquidade na distribuição de recursos gerada pela judicialização da saúde	82
3.8 Reserva do possível frente a escassez de recursos	84
4. CAPÍTULO IV - “SINTESE”: PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NAS POLÍTICAS DE SAÚDE	87
CONCLUSÃO.....	93
BIBLIOGRAFIA	97

INTRODUÇÃO

A relação existente entre o direito e a saúde é complexa e tensa. Todavia, com o passar dos tempos tornou-se indissociável. Ao inserir a saúde como bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988, como condição de direito e dever fundamental, com titularidade universal e dever do Estado, bem como da sociedade e do próprio indivíduo (consigo mesmo e para com os outros), criou-se um marco na história da evolução jurídica brasileira.

O presente trabalho abordará sob a perspectiva da dialética da saúde, o conflito existente entre o direito fundamental, universal à saúde, aqui denominado de “Tese” e a escassez de recursos, a “Antítese”. Ao final, buscando uma opção à tese e à antítese, vez que repensadas, a “Síntese” apresentará a ideia da participação democrática nas políticas de saúde.

As reflexões sobre os conceitos de dialética possuem uma ampla trajetória no âmbito da História da Filosofia e das Ciências Humanas e Sociais com pressuposições e significações diversas, de forma que ao nos debruçarmos sobre a pergunta acerca do que seja dialética, teremos uma multiplicidade de respostas, seja contemplando questões temporais e temático-conceituais, em que os estudiosos estudam dialética no contexto das contradições, das transformações e movimentos, além das concepções dialógica e da metafísica.

Assim, a dialética e suas bases originárias remontam a duas questões cruciais, sendo a primeira relativa à explicação do movimento e à transformação da realidade e a segunda aos construtos norteados a partir das contradições (unidade dos opostos) que se constitui como um dos primados das leis dialéticas na contemporaneidade, e é a partir disso que firmamos o método da pesquisa, destacando que o procedimento de investigação adotado foi interdisciplinar, com convergências de vários saberes (técnica de pesquisa bibliográfica) para examinar as garantias e os problemas acerca dos direitos sociais.

Para Politzer, define-se quatro leis da dialética marxista em oposição à metafísica, sendo: a de que tudo se relaciona, onde o método dialético designa que nenhum fenômeno da natureza pode ser compreendido, quando encarado isoladamente; a de que tudo se transforma, onde o movimento é uma qualidade inerente à realidade, ou seja, a dialética considera as transformações da realidade que se manifesta na natureza e na sociedade de forma inacabada. Esta lei está ligada à lei da negação formulada por Engels; a mudança qualitativa, que revela a existência de uma relação entre as mudanças quantitativas e as mudanças qualitativas e que

essa relação é uma lei universal da natureza e da sociedade; e a luta dos contrários (contradição), afirmando que a contradição é interna, de sorte que revela a essência da transformação e também é inovadora, pois é tomada como uma luta entre o velho e o novo, entre o que morre e o que nasce e entre o que perece e o que se desenvolve. Leva em conta a unidade dos contrários, pois não há contradição, se não houver luta entre, pelo menos, duas forças que, embora se configurem como forças combatentes, são também forças inseparáveis.²

É preciso observar que essas leis possuem uma diversidade de aplicações à sociedade e ao direito envolvido neste estudo.

Para que se desse a construção do movimento do “raciocínio dialético”, ou seja, o desenvolvimento do trabalho, optou-se por dividi-lo em quatro capítulos:

O Capítulo 1, “Neoconstitucionalismo e os direitos sociais”, servirá de base para compreensão dos demais capítulos, vez que com o advento do neoconstitucionalismo, dentre outros fenômenos, propiciou que os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em especial, fossem convertidos em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela específica. Além do mais, deflagrou desenvolvimento de uma “criatividade judicial” na interpretação das decisões e com a posição de destaque que o judiciário passou a ocupar, a figura do magistrado destacou-se, passando, inclusive, a desconsiderar-se o papel desempenhado pelos demais poderes, Executivo e Legislativo, na interpretação constitucional (podemos destacar aqui, também, o fenômeno da judicialização).

Os direitos sociais e o Estado de Bem-estar serão apresentados desde as primeiras intervenções públicas ocorridas na Alemanha até a chegada ao Estado de Bem-estar no Brasil, com o reconhecimento gradativo dos direitos sociais, conforme as fases histórica e política. Justifica-se essa análise, tendo em vista que o direito à saúde é considerado um dos direitos sociais, que surgiram com o paradigma do Estado social.

O Capítulo 2, a “Tese”, trabalha o direito fundamental à saúde, no sentido de que a eficácia jurídica dos comandos constitucionais que tratam desse direito são um conjunto de prestações exigíveis, tanto diante do judiciário (por força e consequência da Constituição), quanto dos poderes constituídos. Além de discorrer sobre a saúde no Brasil, suas concepções e definições, bem como a abordagem da saúde na Constituição Federal de 1988, será debatido o dever do Estado de garantir o direito à saúde, o Mínimo Existencial e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

²POLITZER, Georges. **Princípios elementares de filosofia**. 9. ed. Lisboa: Prelo, 1979, p.183.

No Capítulo3, denominado “Antítese”, serão apresentados os problemas da realidade de escassez de recursos públicos. Ou seja, afirma-se que os direitos sociais (em especial para o presente trabalho, o direito à saúde) são protegidos constitucionalmente e devem ser assegurados, quer seja pelos Poderes Público ou Judiciário (Tese). Todavia, os direitos são infinitos e os recursos limitados, escassos. Os direitos sociais, dentre eles a saúde, afim de que sejam efetivados, necessitam, na maior parte das vezes, de políticas públicas que demandam recursos públicos.

A alocação de recursos escassos primeiramente deve ser feita com o orçamento público, através de políticas públicas, de forma que os agentes, por excelência, para a tarefa são os poderes Legislativo e Executivo.

O Capítulo desenvolverá o direito à saúde e sua justiciabilidade, fazendo, de início, a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política. Serão analisadas duas explicações para as desigualdades causadas pela judicialização da saúde no Brasil: a forma como os magistrados decidem casos envolvendo a direito à saúde e aqui encontram-se a falta de informação e conhecimento e ausência de legitimidade, e a iniquidade na distribuição de recursos gerada pela judicialização.

Ainda neste Capítulo, será analisada a Reserva do Possível frente à escassez de recursos, entendendo que existe um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais, qual seja, dependência da capacidade econômica do Estado ou, ainda, sua cobertura financeira e orçamentária, que não poderá ser ignorada pelas decisões judiciais.³

O quarto e último Capítulo é a Síntese, e destina-se a repensar a Tese e a Antítese, apresentando a participação democrática nas políticas públicas, prevista na Constituição Federal de 1988 e fortemente defendida na reforma sanitária brasileira, partindo da premissa de que num Estado Democrático de Direito, quando tratamos de decisões de alocação de recursos, afim de que sejam legítimas, “mister” que haja processo de deliberação com a participação e a contestação pública.

A participação democrática nas políticas públicas demonstra a força dos cidadãos para definir suas prioridades na área da saúde, assim como, controlar os recursos financeiros e fiscalizar os serviços, valendo-se dos Conselhos e Conferências de saúde. E, sob o paradigma procedimental Habermasiano, abordando esferas públicas de discussão, que pode ser adotado em países como o Brasil, tal como, na “democracia sanitária”, é encerrado o Capítulo.

³ A definição de Reserva do Possível utilizada é a de Robert Alexy, apresentada em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.
ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 498.

1.NEOCONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS SOCIAIS

1. Neoconstitucionalismo

O constitucionalismo contemporâneo tem se definido nos últimos cinquenta anos, especialmente, após a Segunda Guerra Mundial, e, desde então, não permaneceu como um modelo estático, entretanto seguiu evoluindo em vários sentidos.⁴

O neoconstitucionalismo, expressão que surgiu no final da década de 1990, teve como precursores de seu emprego, alguns jusfilósofos da escola de Genova: Susanna Pozzolo foi responsável pela invenção do termo; Mauro Barberis pela sua redefinição; Riccardo Guastini pela elaboração de um conceito intimamente interligado ao precedente, o conceito de constitucionalização; Paolo Comanducci e Tecla Mazzarese por algumas das análises meta teóricas mais aprofundadas do argumento.

Susana Pozzolo foi quem, pela primeira vez, fez o uso do termo no XVIIIº Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, acontecido em Buenos Aires, em 1997, e depois publicada em Doxa.⁵

Não é tarefa fácil definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o título da obra organizada por Carbonell, “Neoconstitucionalismo(s)”, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas que compromete a possibilidade de uma conceituação mais exata, clara.

Os termos constitucionalismo e neoconstitucionalismo possuem duplo sentido, traduzindo, numa primeira concepção, uma teoria e/ou uma ideologia e/ou, ainda, um método de análise do direito. Seu segundo sentido está atrelado a alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, que são descritos e explicados pelo (neo)constitucionalismo como teoria, satisfazendo os requisitos do (neo)constitucionalismo como ideologia. Pode-se dizer que nessa segunda concepção, constitucionalismo e neoconstitucionalismo indicam um

⁴CARBONELL, Miguel. Nuevostiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 9.

⁵BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 1, n. 7, p.18-30, jan/jun. 2006. Semestral. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311>>. Acesso em: 9 Maio 2016.

modelo constitucional, ou seja, o conjunto de mecanismos normativos e institucionais, realizados num sistema jurídico-político historicamente determinado, que limitam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais.⁶

Ao analisar o neoconstitucionalismo contemporâneo, Paolo Comanducci acompanha a distinção formulada por Norberto Bobbio entre os três tipos (distinções) de positivismo jurídico, ainda que entenda parecer forçado fazer classificação análoga entre três formas de neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico. Para Comanducci, a distinção facilita a compreensão e torna mais significativa a confrontação crítica entre os tipos homogêneos de positivismo e, respectivamente, do constitucionalismo.⁷ Tal diferenciação permite, ainda, evidenciar o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo, assim entendendo, em síntese, o constitucionalismo, fundamentalmente, como uma ideologia dirigida à limitação de poder e à defesa de uma esfera de liberdades naturais, de direitos fundamentais. O constitucionalismo não é, porém, relevante como teoria do direito: a teoria dominante, no século XIX e na primeira metade do século XX, era a positivista e o constitucionalismo nunca tentou destruir tal hegemonia com uma diferente proposta teórica.

Por sua vez, o neoconstitucionalismo não é apenas uma ideologia, e uma metodologia correlativa, mas uma teoria concorrente com a positivista.

Comanducci também aponta críticas aos três tipos de constitucionalismos apresentados, todavia, passemos à análise conceitual dos tipos.

1.1 Neoconstitucionalismo como teoria do Direito

O neoconstitucionalismo teórico tem como objetivo descrever as transformações do direito constitucional e sua repercussão sobre as reflexões doutrinárias acerca da teoria do ordenamento, a teoria da norma jurídica e a interpretação do direito.

Observa-se que o neoconstitucionalismo teórico que, caracteriza-se, também e, acima de tudo, por centrar suas análises na estrutura e no papel que nos sistemas jurídicos contemporâneos assume o documento constitucional, adaptando, às vezes, como objeto de

⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: unanálisismetateórico. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 75.

⁷ *Ibidem*, p. 82.

investigação, o que em outro lugar é definido como modelo descritivo da constituição como normas e, às vezes, pelo contrário, de modelo axiológico da constituição como norma.⁸

Nas palavras de Streck, que entende que pela perspectiva ruptural que assume e porque a questão é paradigmática, essa tricotomia (teórico, ideológico e metodológico) não é relevante, definindo como sendo teórico o neoconstitucionalismo vez que estabelece as condições de possibilidade da leitura do modelo de constitucionalismo e dos mecanismos para superação do positivismo.⁹

Tende, em regra, o neoconstitucionalismo teórico, a defender a insuficiência do método de subsunção e do modelo exclusivo de regras no processo de interpretação e aplicação do direito.

Um dos traços característicos do neoconstitucionalismo teórico é a tese, segundo a qual, a interpretação constitucional, como consequência do processo de constitucionalização do Direito, apresenta, de fato, algumas características peculiares a respeito da interpretação da lei (tais peculiaridades dependem do modelo de constituição). Para Comanducci, se adota o modelo axiológico de Constituição como norma, o constitucionalismo não se apresenta tanto como uma teoria do Direito, mas como uma ideologia.¹⁰ Acrescente-se que a diferença entre o neoconstitucionalismo "teórico" e o neoconstitucionalismo "ideológico", que não apenas constrói teorias mais compatíveis com os novos fenômenos, mas vai além, sustentando a sua legitimidade e propugnando pelo seu aprofundamento e expansão.

1.2 Neoconstitucionalismo como Ideologia

O neoconstitucionalismo ideológico não se limita a descrever as realizações do processo de constitucionalização, contudo aprecia e apela a sua defesa e expansão.

Referindo-se às obras de Alexy, Dwokin e Zagrebelsky, Paolo Comanducci afirma que o neoconstitucionalismo ideológico demonstra-se inclinado a entender que pode subsistir hoje uma obrigação moral de obedecer à Constituição e às leis que são conforme à Constituição, considerando o pressuposto assumido pelos neoconstitucionalistas não-positivistas de que nos

⁸ COMANDUCCI, 2009, p. 84.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Contra o Neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p.9-27, jan/jun. 2011. Semestral. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/revista_final4.pdf#page=8>. Acesso em: 10 Maio 2016.

¹⁰ COMANDUCCI, op. cit., loc. cit.

ordenamentos jurídicos constitucionalizados e democráticos há uma conexão necessária entre o direito e a moral.¹¹ Dessa forma, o neoconstitucionalismo pode ser considerado uma moderna alternativa do positivismo ideológico existente no século XIX, que rezava à obediência moral da lei, ou seja, uma variação moderna com fundamentos em premissas filosóficas e valorativas. O positivismo ideológico – numa versão dramatizada – identificava formalmente o direito posto pelo Estado com o direito justo. Por sua vez, o neoconstitucionalismo não-positivista pretende justificar uma obrigação “prima facie” de obediência ao direito em razão da incorporação constitucional dos procedimentos democráticos, dos direitos fundamentais e de outros princípios jurídicos que ressaltam as virtudes morais no ordenamento jurídico nas democracias pluralistas contemporâneas.

Streck, ao descrever o que seria o neoconstitucionalismo ideológico, reforça que alça a Constituição a “elo conteudístico”, que ligando a política e o direito (afirma que poderia falar no aspecto compromissário e dirigente da Constituição, que é, dessa forma, mais do que norma com força cogente, representando uma justificação político-ideológica).¹²

1.3 Neoconstitucionalismo como Metodologia

Segundo Comanducci, tendo como referência Alexy e Dworkin, o neoconstitucionalismo metodológico pode ser definido como algumas variantes do constitucionalismo, em especial, aquelas que se apresentam como uma ideologia, e pressupondo uma tomada de posição metodológica.¹³

O neoconstitucionalismo não-positivista como metodologia elabora uma crítica à tese, conferindo unidade de conceitos aos diferentes posicionamentos positivistas no direito. Assim, é feita uma separação entre o direito “como ele é” e o direito “como deveria ser” para identificação do sistema jurídico. Deve-se ter a preocupação em identificar e descrever o direito, assim como o sociólogo identifica e descreve um fato social determinado.

O neoconstitucionalismo seria também metodológico, vez que ultrapassa a diferenciação positivista entre descrever e prescrever o direito, sendo que, para tal, reconecta direito e moral. Dessa forma, correm sob vários modos “direito” e “moral”, a partir de teses

¹¹ COMANDUCCI, 2009, p. 86.

¹² STRECK, 2011.

¹³ COMANDUCCI, op. cit., loc. cit.

como a cooriginariedade entre “direito” e “moral”, ou o papel corretivo que a moral assumiria neste novo modelo de direito.¹⁴

O neoconstitucionalismo metodológico defende a tese da conexão necessária, identificável e justificável entre “direito” e “moral”.

1.4 Neoconstitucionalismo no Brasil

Para tratarmos do neoconstitucionalismo no Brasil é importante apresentar os marcos fundamentais da trajetória do direito constitucional: histórico, teórico e filosófico.

Como já exposto, o marco histórico na Europa (Ocidental) foi a Segunda Guerra Mundial (pós-guerra).

No Brasil, temos como marco histórico a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização.

Com o advento da Constituição de 1988 houve a elevação do grau de importância do direito constitucional no Brasil, passando, segundo Luis Roberto Barroso, da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Segundo o professor, uma Constituição não é só técnica, pois, por trás dela, tem de haver a capacidade de simbolizar conquistas, bem como de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços.¹⁵

O marco filosófico é o pós-positivismo, conforme já fora mencionado, promovendo uma reaproximação entre o direito e a filosofia.

No marco teórico três transformações devem ser consideradas:

1) A *Constituição passou a ter força normativa*, ou seja, *status* de norma jurídica (reconhecimento), sendo uma das grandes mudanças ocorridas no século XX, visto que a Constituição deixou de ser um documento essencialmente político.

No Brasil, a discussão acerca da força normativa da Constituição teve início a partir da década de 80, tendo encontrado muita resistência. Além das complexidades inerentes à

¹⁴ STRECK, 2011.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 10 Jun. 2016.

concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional.¹⁶

2) *Expansão da jurisdição constitucional*, ou seja, surge o novo modelo: o da supremacia da Constituição, inspirado na experiência americana, que antes de 1945 vivia sob a égide do modelo de supremacia do Poder Legislativo. A partir da década de 40, passou-se a constitucionalizar os direitos fundamentais e, nesse novo modelo, os direitos ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário, cabendo a proteção de tais direitos ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais, dentre eles, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), irradiando-se por toda a Europa continental.¹⁷

A partir da Constituição de 1988 a jurisdição constitucional difundiu-se, de fato, no Brasil. Todavia, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891.

3) *A nova interpretação constitucional*, que decorre da força normativa da constituição, ou seja, é uma modalidade de interpretação jurídica.

Para Barroso, as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Segundo o professor, esses princípios que têm natureza instrumental (e não material) são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. Sendo eles, na ordem que se mostra mais adequada para a realidade brasileira: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.¹⁸

A partir desse paradigma baseado na supremacia das normas constitucionais e essa “nova interpretação constitucional” (decorrente da força normativa da constituição), ou seja, com o neoconstitucionalismo, deflagra-se o desenvolvimento de uma “criatividade judicial” na interpretação das decisões.

Sobre o assunto, Daniel Sarmento explica que o neoconstitucionalismo envolve vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, podendo ser sintetizados:

a) Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e

¹⁶ BARROSO, 2015.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.; c) Constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e) e judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.¹⁹

Com a posição central que o Poder Judiciário ganha com o advento do neoconstitucionalismo, a figura do juiz ganha destaque de ator principal, passando, inclusive, a desconsiderar-se o papel desempenhado pelos demais poderes (coadjuvante), quais sejam, Executivo e Legislativo, na interpretação constitucional.

Essa busca desenfreada pela interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição de seu sentido (Legislativo, Executivo e até mesmo a esfera pública informal). Para Sarmento:

Trata-se de um desvio que gera consequências negativas tanto no plano descritivo como na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, já que o foco se concentra apenas sobre a ação de um dentre os vários agentes importantes que povoam a seara da hermenêutica constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um ‘governo a moda platônica’, de sábios de toga,²⁰ onde o “pai judiciário”,²¹ se depara com uma “sociedade infantilizada”.²²

Tonnera Júnior, citando Posner, ressalta que as decisões judiciais são diretamente influenciadas pelas características pessoais dos juízes, quais sejam: sexo, origem social e orientação política, religião, cor.²³ Há de se reconhecer que o ativismo exagerado, com a chancela do “neoconstitucionalismo”, pode ocasionar subjetividade e insegurança no âmbito da concretização dos direitos fundamentais.²⁴

¹⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 3, n. 9, p. 95-133, Belo Horizonte, Fórum, janeiro, 2009. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>.

Acesso: 19 Jan. 2017.

²⁰ Idem.

²¹ MARRAFON, Marco Aurélio. Esgotamento do Estado de bem-estar afeta a concretização de direitos sociais. **Revista Consultor Jurídico**. 10 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-10/constituicao-poder-esgotamento-estado-bem-estar-afeta-concretizacao-direitos-sociais>>. Acesso em: 19 Jan. 2017.

²² Idem.

²³ TONNERA JUNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e a concretização judicial dos direitos sociais**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. p. 63.

²⁴ FRANCISCO, José Carlos (Coord.). Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos; BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: del Rey, 2012. p. 18.

2. DIREITOS SOCIAIS NO NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1 Uma introdução ao Estado do bem-estar

Um novo tipo de intervenção pública surge na Alemanha e algumas décadas depois na Inglaterra pós-Segunda Guerra. Era a virada do século XIX para o século XX. Na Alemanha, conservadora, o modelo se enraíza no contrato de trabalho, inaugurando o seguro nacional compulsório, organizado por categorias profissionais, contra o risco de perda da capacidade de gerar renda por acidente, doença, invalidez ou idade. Tal seguro era financiado por contribuições de empregados, empregadores e, marginalmente, pelo próprio Estado. Já na Inglaterra, o modelo adotado se funda no “status” de cidadania e estabelece o direito a um padrão de vida mínimo para todos, financiado com recursos tributários, convencionando chamar-se “seguridade social”. A novidade do modelo inglês do pós-guerra foi introduzir um seguro de grupo, com maior grupo possível, e elemento de redistribuição em seu interior.²⁵

Observa-se que praticamente todos os países da Europa Ocidental, Nórdica e mais algumas das antigas colônias europeias, como os Estados Unidos, o Canadá, a Nova Zelândia e a Austrália já incorporavam “estados do bem-estar social” como fatos normais da vida social. O movimento difundiu-se para os países da América Central e da América do Sul, especialmente Chile, Uruguai e Costa Rica, chegando também ao Brasil.²⁶

O novo Estado do Bem-estar representou uma grande inovação nas políticas sociais, todavia, ao analisá-lo sob o prisma do impacto e do alcance dos novos programas e políticas, principalmente nos países que tomaram a dianteira no processo, tal inovação não fora tão radical assim. Há de se destacar que a passagem dos direitos sociais das Constituições para a prática foi ocorrendo, nos últimos cem anos, em ondas sucessivas e, em alguns casos, com refluxos.²⁷

Os primeiros programas foram os seguros contra acidentes de trabalho, doença, invalidez e velhice; na segunda onda vieram as aposentadorias por tempo de serviço e pensões e o seguro-desemprego; já na terceira, foram os benefícios para as famílias, denominados

²⁵ KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do Bem-estar na idade da razão**: A reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 5.

²⁶ Idem.

²⁷ MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado social. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 37., 2011, Belo Horizonte. **Conferência**. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>>. Acesso em: 18 Jan. 2017.

“prestações familiares”. Assim como os programas, também ocorreu com a cobertura, ou seja, inicialmente limitada a um grupo de trabalhadores, no caso dos trabalhadores de indústrias estratégicas ou em ocupações perigosas e os empregados do Estado, estendendo-se, posteriormente a todos os trabalhadores industriais, em seguida aos agrícolas, posteriormente aos dependentes e sobreviventes dos trabalhadores assegurados e por fim, aos autônomos. E depois, a toda população indistintamente.²⁸

Houvera, ainda, ampliação dos programas por meio do alargamento dos critérios de elegibilidade, por benefícios mais generosos e, posteriormente pelo afrouxamento da aplicação dos critérios de elegibilidade, pela transição de benefícios fixos para benefícios relacionados com os ganhos de mercados e por fim, pela transição dos programas de provisão voluntária para os de provisão compulsória.²⁹

Alguns fatores explicam a implantação de estados do bem-estar, a valer-se no registro histórico, o estado do bem-estar espalhou-se de países (à época) menos desenvolvidos, com menos industrialização e democracia para países mais democráticos, ou seja, da Alemanha, Áustria e França para a Inglaterra e os Estados Unidos. Aproximidade geográfica, sobretudo no período inicial, a um país com estado do bem-estar relativamente avançado foi causa de propagação, citando-se como exemplo, Áustria, Bélgica e França em relação à Alemanha. Mais adiante, “países retardatários” (nível de desenvolvimento econômico e bem-estar social mais baixos), como meio de se alcançar o desenvolvimento, introduziram o estado do bem-estar, a exemplo da Suécia. Alguns países desenvolvidos, ao contrário, foram pouco audaciosos ao desenvolverem um estado do bem-estar, a ter como exemplo, os Estados Unidos. Os vários tipos de regimes e sistemas políticos também contribuíram para sua constituição. Os processos de mobilização dos trabalhadores e as coalizões políticas que aparecem por trás dos vários tipos de estados do bem-estar não aparecem como a única variável, já que nos países que inovaram (países inovadores) as reformas não foram conduzidas pelos trabalhadores, nem pela coalizão por eles liderada.³⁰

Quando falamos de Estado do Bem-estar e suas condições mínimas de exigência, seguindo a sugestão adotada por Christopher Pierson,³¹ que, para o nascimento de um welfarestate, sugere três fatos:

O primeiro fato diz respeito à seguridade social, ou a data da introdução da seguridade no país, superando a referência assistencial e comprometendo-se, o bem-estar público, com a

²⁸ KERSTENETZKY, 2012, p.13.

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

³¹ Ibidem, p. 14. A sugestão de Christopher Pierson é a adotada por Kerstenetzky.

garantia contra a perda da capacidade de gerar renda. O segundo fato é a data do voto (sufrágio) universal masculino, em especial a partir do momento em que os beneficiários da assistência pública começam a ter acesso à franquia política. O terceiro é o instante em que o gasto público atinge o nível de 3% (três por cento) do produto, o que evidencia a contrapartida material do novo compromisso público.³²

Ainda em fase de consolidação do estado do bem-estar há uma expressiva elevação nos gastos sociais, que, em parte são por conta das inovações legislativas principalmente com a manutenção dos direitos previdenciários, e em parte como consequência do avanço da política trabalhista e social-democrata no período do entreguerras.

Fazem parte do período do entreguerras os programas sociais do “New Deal”,³³ de F.D. Roosevelt e a aliança “Red-Green” sueca,³⁴ influências que marcaram com detalhes marcantes e que duram até os dias de hoje no modelo do bem-estar.

Em meio à recessão do início dos anos 1930, conhece-se a primeira crise fiscal do estado do bem-estar, tornando-se visível, pela primeira vez, a tensão entre direitos sociais e recursos para sua garantia, o que acompanharia toda a caminhada dos estados do bem-estar.

³² KERSTENETZKY, 2012, p.13.

³³ Como pontuado por Kerstenetzky (2012, p.17), os programas sociais do “New Deal” de 1935 (englobados no “Social Security Act – SSA”), “são considerados o berço do estado do bem-estar norte-americano e constituíram uma base para a sua evolução posterior. A lei criou um seguro-desemprego federal e um programa federal de seguro para os idosos, financiado por contribuições, ao lado de uma assistência social baseada em teste de meios. Essa dualidade aparece na própria nomenclatura: “social security” para os que contribuem e welfare para as demandas residuais de assistência. O programa nacional de aposentadorias americano foi o primeiro do gênero do mundo, e até os dias de hoje é o maior programa social do mundo em termos dos gastos totais. O papel da assistência local à destituição seguiu intacto no SSA. A lei não previa nem saúde, nem benefícios para as famílias (PIERSON, 1998). Quanto à saúde, uma recuperação dos debates em torno do New Deal revelou argumentos de segregação racial para a exclusão do pacto entre agricultores do sul e trabalhadores do setor urbano-industrial do norte dos EUA, que sustentou o SSA. Na realidade, esse pacto já excluía os trabalhadores rurais negros dos estados do sul dos EUA (que representavam cerca de 50% da força de trabalho) do acesso à seguridade social; no caso da saúde, a perspectiva de compartilhar clínicas e hospitais com os trabalhadores negros levou os agricultores brancos a bloquear a proposta de um serviço público de saúde (KRUGMAN, 2008). Outras características do estado do bem-estar americano que permaneceram inalteradas pelo SSA foram sua federalização (o grande envolvimento dos estados em sua provisão), o papel proeminente do welfare corporativo (salários indiretos sob a forma de acesso a serviços e vários seguros oferecidos pelas grandes empresas aos seus trabalhadores) e o welfare privado (seguros e serviços adquiridos no mercado).” (PIERSON, 1998, apud. HACKER, 2003).

³⁴ Já a Suécia, “enfrentou a grande depressão com uma reforma social que contou com o apoio dos trabalhadores urbanos (e da social-democracia) e dos agricultores em dificuldade, em torno de políticas de pleno emprego e de apoio ao preço dos produtos agrícolas. Além disso, o país firmou nesse momento o que a literatura convencionou chamar de “compromisso histórico” entre trabalhadores e capitalistas. Este consistiu basicamente no compromisso público com o crescimento econômico mantendo as prerrogativas do capital sujeitas à garantia do direito à sindicalização, por um lado, e por outro, em um conjunto de políticas econômicas voltadas para assegurar o pleno emprego, além de tributação progressiva para reduzir a desigualdade econômica e financiar a satisfação de necessidades coletivas, como educação, saúde e habitação. A perspectiva de um processo inflacionário galopante no pós-guerra condicionou uma mudança de rumo na política com a adoção do modelo “Rehn-Meidner” que se baseava em uma política de força de trabalho ativa e em uma política salarial solidarística.”

Entre 1945 e meados dos anos 1970, ou seja, os trinta anos seguintes ao pós-Segunda Guerra são caracterizados como de grande expansão, os anos dourados do estado do bem-estar, segundo literatura especializada. É a fase conhecida como “universalista”, contrastando com a antecedente que privilegiou apenas os trabalhadores e pobres. Foi na fase universalista que fora viabilizado financeiramente o incremento de benefícios, em especial, serviços sociais públicos, generalizando o bem-estar, além dos pobres e das clientelas clássicas do seguro social, para a classe média, que se torna vigorosa consumidora dos serviços, além de provedora, vez que se beneficia das oportunidades de emprego profissional no setor público.

Em suma, pode-se dizer, então, que o Estado Social teve seu desenvolvimento na raiz da Revolução Industrial. A redução da capacidade de se autorregular da sociedade civil clamou pela intervenção Estatal nas questões atinentes a regulação da questão social, como por exemplo o direito do trabalho, bem como da economia. A partir de então, o Estado passa a ter a missão de favorecer o crescimento econômico do país e a proteção social dos indivíduos, convertendo-se num instrumento de transformação e de regulação sociais.³⁵ “O Estado moderno passou de uma associação ordenada (ideal do Estado Liberal) para uma associação reguladora (O Estado Social de Direito). Habermas fala de capitalismo organizado pelo Estado.” Isso, segundo Weber.³⁶

2.2 O que é o estado do bem-estar social

Ao longo do percurso histórico do século XX, duas grandes definições de bem-estar foram identificadas, conforme “The Handbook of Social Policy” sendo a primeira assim definida: “uma condição ou estado do bem-estar humano que existe quando as necessidades das pessoas são satisfeitas, os problemas são administrados e as oportunidades [para que as pessoas satisfaçam seus objetivos de vida] são maximizadas.”³⁷

³⁵ Embora a implementação e o acontecimento tenham acontecido de forma diferenciada entre os países, pode-se, entretanto, “pretender que há características que lhes dão unidade, a intervenção do Estado, a promoção de prestações públicas e o caráter finalístico ligado ao cumprimento de sua *função social*.”

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 24-25.

³⁶ ROTH, André Noël. Direito em Crise: fim do Estado Moderno?. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 17.

³⁷ KERSTENETZKY, 2012, p.21.

Dominando a política social inglesa “pré-welfarestate” a segunda definição limita o campo de atuação do bem-estar ao alívio à pobreza está assim definido: “um conjunto de serviços providos por caridades e agências de serviços sociais do governo para os pobres, necessitados e vulneráveis.”

Richard Titmuss e Theodor H. Marshall apresentam justificativas sociológicas, econômicas e de moralidade política para uma visão ampliada para as perspectivas das necessidades sociais, dos custos sociais e dos direitos sociais. Titmuss, cuja obra escrita pode ser considerada pioneira na tentativa de estabelecer fundamentos sociológicos e normativos para o WelfareState, tem como uma de suas contribuições mais importantes o conceito de “necessidades sociais”, qual seja: necessidades sociais são necessidades oriundas da interdependência social, elas são definidas pela vida em sociedade, como padrão de vida corrente e têm sua origem em dependências que são nela criadas. Nas palavras de Titmuss, “o corolário para qualquer sociedade que invista mais de seus valores e virtudes na promoção individual é o fracasso individual e a consciência individual do fracasso”. Titmuss defende a perspectiva universalista do bem-estar social com argumentos de natureza econômica, todavia, sob a lente das compensações, ou seja, a política social tem que ser desenhada para compensar os custos sociais da atividade econômica. Para Titmuss, “Serviços universalistas não discriminatórios são em parte a consequência da causalidade não identificável. Se os desserviços são desperdiçadores (no sentido de serem os custos sociais difusos), então o Welfare também tem que ser desperdiçador”. Porém, em muitos casos, políticas universais precisam ser complementadas com algum nível de seletividade para que atendam exigências de justiça social. Para Titmuss, o universalismo tem limites práticos:

Universalismo por si só não é suficiente [...] Aprendemos isso nas duas últimas décadas com os fatos relativos a desigualdades na distribuição de renda e riqueza e com o nosso fracasso em cancelar as distâncias no acesso diferencial e uso efetivo de ramos particulares de nossos serviços sociais.³⁸

Sob uma concepção universalista de bem-estar social em termos de moralidade política, o sociólogo Marshall, para quem bem-estar social equivaleria à garantia de direitos sociais de cidadania, e mais, o autor do conceito de que direitos sociais representam “um direito absoluto a certo padrão de civilização que é condicional apenas à contrapartida de obrigações gerais da cidadania”, incluindo, “desde o direito a um módico bem-estar e segurança econômicos até o direito de compartilhar da herança social e de viver a vida de um

³⁸KERSTENETZKY, 2012, p. 26-27.

ser civilizado de acordo com os padrões prevalecentes na sociedade.” Para Marshall, os direitos sociais se justificam na medida em que o reconhecimento de direitos sociais seria um desdobramento inevitável da ideia de cidadania, assentado na noção de igualdade entre os cidadãos. Em Marshall, tem-se evidenciado a compreensão de “política de cidadania”.³⁹

Diversas formulações de Estado de bem-estar foram idealizadas durante o último século, conforme exposto, mas sempre tendo como eixo nuclear o ideal de que qualquer pessoa, independente de seu nível de rendimento, grau de instrução, ou origem familiar, teria de estar sob a esfera protetora da sociedade. Objetivando a construção de uma sociedade mais justa, equitativa e solidária, o Estado Social, tornou, então, o principal responsável por garantir o exercício efetivo dos direitos sociais.⁴⁰

Para os países que adotaram o modelo de Estado social, dentre as diversas crises que afligem o Estado Moderno⁴¹, a crise do Estado Social, em especial nas duas últimas décadas do Século XX, foi uma das mais marcantes. O Estado providência entra em crise,⁴² junto com suas promessas de equilíbrio entre liberdade e igualdade. Para Ost:

A sociedade assistencial desagrega-se, a ciência e a lei são atingidas pela dúvida, o mercado e a privatização triunfam, ao mesmo tempo em que o medo regressa. A ‘sociedade do risco’ toma então o lugar do Estado Providência, e volta-se a falar de segurança em vez de solidariedade. É que o risco assume um outro rosto e uma outra escala, iludindo os instrumentos clássicos de prevenção.⁴³

A época de ouro do Estado Social perdurou até os anos 80 na maioria dos países do continente europeu, caracterizado por uma gama de prestações sociais proporcionadas pelo Estado, tais como: abonos familiares, segurança social abrangendo todas as vicissitudes das vidas das pessoas, serviço nacional de saúde geral e gratuito ou tendencialmente gratuito, garantia de acesso de todos aos graus mais elevados do ensino, segundo as suas capacidades e

³⁹ KERSTENETZKY, 2012, p. 27-29.

⁴⁰ NUNES, Rui. Reinventar o Estado Social. In: CORREIA, Fernando Alves (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 4. p. 479.

⁴¹ Acerca das quatro crises do Brasil Constitucional: BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40-45.

⁴² Há autores que apontam que o modelo de sociedade solidária, que deveria interagir com o Estado providência, para que este pudesse cumprir com suas promessas, sequer foi implementado na modernidade ocidental. Nesse sentido, para Bercovici, acerca do simulacro que foi o Estado Social no Brasil: “O Estado Brasileiro, constituído após a Revolução de 1930, é, portanto, estruturalmente heterogêneo e contraditório. É um Estado Social sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar: moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais.”

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 275.

⁴³ OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Tradução de: Maria Fernanda Oliveira. p. 337.

independentemente das condições econômicas, políticas de pleno emprego, garantia do mínimo existencial, e outras.⁴⁴

O Estado Social⁴⁵ também alavancou vários setores importantes do processo produtivo industrial. E, em função da vasta proposta de transformação e intervenção na sociedade, somado a fatores externos, dos quais se pode citar a globalização, que ocorre a crise das estruturas desse modelo de Estado, que Morais assim subdivide:

(a) crise fiscal-financeira, que pode ser assinalada nos Estados desde o final da década de 1960, quando os primeiros sinais de receitas e despesas em descompasso, estas superando aquelas, podem ser percebidos. Este panorama agrava-se, nos anos subsequentes, com as crises econômicas que assolam o mundo com a recessão, que causam um aumento desproporcional nas despesas públicas, obrigando o Estado a apelar para o aumento da carga fiscal ou a redução de custos via redução da atividade social;

(b) crise ideológica ou crise de legitimidade, quando então as dúvidas em relação às possibilidades da poupança pública se estendem às formas de organização e gestão próprias do Estado Social;

(c) crise filosófica, que aponta para a desagregação da base do Estado Social, calcada no fundamento da solidariedade, impondo um enfraquecimento ainda maior do conteúdo tradicional dos direitos sociais, das estratégias de políticas públicas a ele inerentes, bem como nas fórmulas interventivas característicos deste modelo estatal.⁴⁶

2.3 O Estado do Bem-Estar social no Brasil

A história do Estado do Bem-Estar brasileiro,⁴⁷ assim como nos países corporativos pioneiros inicia-se, nas últimas décadas do século XIX, pelas iniciativas de proteção social

⁴⁴ MIRANDA, 2011.

⁴⁵ O Estado Social, para Morais, também é denominado de “Estado Contemporâneo”, utilizando “contemporâneo” para o Estado atual e “Contemporâneo” para o Estado Social. (MORAIS, 2002, p. 15).

⁴⁶ *Ibidem*, p.40-44.

⁴⁷ Moreira, destaca que no caso do Brasil, a modernidade, além de tardia, “foi um simulacro na medida em que se detecta a sua desfuncionalidade enquanto modelo social, cuja postura intervencionista serviu ainda mais para aumentar as desigualdades.”

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos filosófico-políticos da Teoria da Constituição dirigente adequada para países de modernidade tardia**. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2009. p.113.

No mesmo sentido, Azevedo ao afirmar que “A experiência do Estado do Bem-estar Social, pois, ficou longe de ser concluída no Terceiro Mundo, em que se contam grande parte dos países da Ásia, África, América Central e do Sul, onde há uma nítida contradição entre o quadro social real e os textos das leis e da Constituição.

dirigida aos servidores do Estado (civis e militares).⁴⁸ Ao longo da primeira metade do século XX, tal proteção fora sendo estendida aos empregados da indústria e do comércio e se limitavam a seguros coletivos para manutenção da renda desses grupos de trabalhadores e de suas famílias.⁴⁹

Contrastando com os demais países pioneiros, principalmente a Alemanha, lentamente é a expansão do estado do bem-estar no Brasil ao longo do século XX. Enquanto nos países pioneiros a expansão é acelerada, em terra “brasilis” a cobertura concentra-se na legislação do trabalho e na seguridade social, - mantendo-se ainda por muitas décadas, e tendo como resultado carente cobertura populacional e pouco efeito sobre a equidade. Apenas na República de Vargas que, ineditamente na história do país, direitos sociais passaram a ser reconhecidos (inicialmente por leis ordinárias e, logo constitucionalizados). Todavia, o país já possuía um grande número (passivo) de problemas e iniciativas na área social e Vargas dirige a atenção à específica configuração assumida pela distribuição de direitos sociais (estratificação social corporativista, - baseada na institucionalização das categorias profissionais do núcleo urbano-industrial e a dinâmica de reivindicação de direitos que lhe é conexas, por categorias e afetadas ao risco do trabalho mercantilizado). Causas não vinculadas aos riscos do trabalho, como a saúde pública, o saneamento, a educação, e a habitação ficaram praticamente sem apoio.⁵⁰

Reconhece-se, em síntese, três ondas de inovação institucional e propagação de direitos sociais no Brasil:⁵¹ 1) bem-estar corporativo: os anos compreendidos entre 1930 e 1964. Nesse período foram desenhadas as legislações trabalhistas e previdenciárias; tal fase se estende de modo inercial e de incrementar as políticas entre 1946 e 1964; 2) universalismo básico: período compreendido entre os anos de 1964 e 1984, unificando e estendendo a cobertura previdenciária para a parcela (extratos) da população que até então era excluída e criando, na saúde, segmento privado simultaneamente ao público (o público era voltado para os não cobertos pelos segmentos contributivo e privado); 3) pós-1988: período marcado pela institucionalização da assistência social, a extensão da cobertura previdenciária não

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Direito, epistemologia e neoliberalismo. **Revista Crítica Jurídica; Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho: Fundación Iberoamericana de derechos humanos**, Curitiba, n. 19, p.139-156, jul/dez. 2001. Semestral.

⁴⁸ “O Brasil encontra-se entre os pioneiros em esquemas de seguridade social na América Latina”. KERSTENETZKY, 2012, p.176.

⁴⁹ Ibidem, p. 177.

⁵⁰ Ibidem, p.179.

⁵¹ Para Bonavides, o modelo de Estado de bem-estar é caracterizado por valores refratários ao individualismo e o absolutismo no poder e vida, sobretudo, a efetividade de direitos sociais básicos.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 827 p.

contributiva, a fixação de mínimo social, criação do Sistema Único de Saúde, valorização do salário-mínimo, prevendo o universalismo estendido. A maior ruptura é a que se dá entre as duas primeiras ondas e a terceira.⁵²

Para Bonavides e Silva, nas três Cartas Políticas, quais sejam, a efêmera Constituição de 1934, a Constituição de 1946 e a denominada Constituição Cidadã de 1988 é possível notar a forte influência do constitucionalismo alemão, sobretudo da Constituição de 1919, que foi determinante para o caráter social assumido pelo Estado brasileiro.⁵³

O constitucionalismo dessa terceira fase fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa- não o homem indivíduo- são valores supremos. Tudo, porém, indissolivelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimando o papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade.⁵⁴

Em 1919, Ruy Barbosa define a situação da política social do Brasil com a frase: “Feito não há nada. Tudo por fazer.”⁵⁵ Nessa época, o trabalho nas fábricas têxteis reunia milhares de trabalhadores, os quais eram submetidos a jornadas extenuantes de trabalho (9 ou 10 horas, todos os dias da semana), sem condições de higiene e salubridade, homens e mulheres realizavam o mesmo trabalho, assim como crianças, mas com distinção de remuneração. A tuberculose se espalhava entre os trabalhadores, já que muitas máquinas eram operadas bucalmente e compartilhadas entre todos no ambiente de trabalho, ou seja, não havia qualquer medida ou proteção social para o trabalhador e sua família que ao menos minorasse os riscos das fábricas.

O movimento operário da época tinha como bandeira a reforma constitucional a fim de que o Estado passasse a intervir nas relações de trabalho, indicando, segundo Ruy Barbosa, que a onda mundial de agitação operária estaria apontando a necessidade de incorporação de “direitos sociais”, em especial, os trabalhistas, às constituições.⁵⁶

A estruturação do movimento operário deve-se à livre sindicalização que os trabalhadores obtiveram em 1903 e que representa o reconhecimento legal da existência de categorias profissionais com interesses comuns, na contramão dos preceitos liberais e

⁵² KERSTENETZKY, 2012, p.181.

⁵³ BONAVIDES, Paulo, op. cit.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 923 p.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 368.

⁵⁵ Frase retirada do discurso “A Questão social e política no Brasil”, em sua campanha à presidência em 1919, a qual fora fracassada. (KERSTENETZKY, 2012, p. 184).

⁵⁶ KERSTENETZKY, 2012, p. 185.

anticorporativos da Constituição de 1891. Liderado por imigrantes italianos anarquistas, o movimento ganha força com a criação em 1906 da Confederação Operária Brasileira. No período de 1917 a 1920, em meio a movimentos grevistas,⁵⁷ são reivindicados reajustes salariais (em função do aumento do custo de vida), melhores condições de trabalho e direitos trabalhistas e cogita-se, pela primeira vez, ainda que ao fim não tenha consequências práticas, uma legislação trabalhista.⁵⁸

A primeira forma legal de seguro coletivo obrigatório é criada durante esse período, embora não fizesse parte da pauta de reivindicações dos operários. Assim sendo, em 1923, é criada a lei da Caixa de Aposentadoria e Pensão dos empregados de empresas ferroviárias, conhecida como Lei Eloy Chaves,⁵⁹ que é considerada o marco da criação da previdência social no Brasil. Então, desse primeiro modelo criado para os ferroviários, várias CAPs (Caixa de Aposentadoria e Pensão) são criadas nas empresas de diferentes categorias profissionais pelo Brasil, sendo que as últimas foram extintas apenas em 1953. Hoje, pode-se dizer que as CAPs poderiam ser consideradas uma espécie de política social privada.⁶⁰

2.4 O Estado do bem-estar corporativo

A “primeira onda de inovação institucional e propagação de direitos sociais no Brasil”, conforme já descrito alhures, desenvolvida no período de 1930 a 1964, dita de “bem-estar corporativo”, inicia-se no primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945).

Para Draibe, entre 1930 a 1964, teve início o processo de regulação social e intervenção do Estado para estruturar o regime de bem-estar no Brasil.⁶¹

Vargas introduziu uma grande lista de direitos sociais, atendendo aos principais itens da pauta de reivindicações do movimento operário e expandindo a qualidade do padrão de

⁵⁷ Foram tensas as negociações durante o movimento grevista de 1917, envolvendo o então Secretário de Justiça e Segurança Pública Eloy Chaves, que tentou, em vão, convencer os representantes dos empregadores a flexibilizar no posicionamento.

⁵⁸ KERSTENETZKY, Celia Lessa, op. cit., p. 186.

⁵⁹ A lei da Caixa de Aposentadoria e Pensão dos empregados de empresas ferroviárias, conhecida como “Lei Eloy Chaves”, obrigou as empresas do setor ferroviário a criar para os empregados um fundo para aposentadoria por idade, invalidez e tempo de serviço, pensão para sobreviventes dependentes e assistência médica, fundo a ser provido por contribuições de empregados e empregadores e administrado por representantes das partes.” KERSTENETZKY, Celia Lessa, op. cit., p. 187.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ DRAIBE, S. M.. As políticas sociais do regime militar brasileiro: 1964-84. In: SOARES, G. A. D.; SOUZA, D'a. M. C. (Org.). **21 anos de regime militar: balanços e perspectivas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1994. p. 271-315.

proteção social que, até então, se experimentava com as CAPs. As Cartas de 1934 e 1937, pela primeira vez na história do país, traduzem a constitucionalização de políticas sociais nacionais, bem como envolveram, tanto a legislação trabalhista, quanto a seguridade social. A condução do processo, entretanto, é autoritária e sob a direção de novas elites políticas. No período, através do Decreto-lei 21.076, de 1932, o sufrágio é estendido para incluir as mulheres, cujo voto seria facultativo; todavia, continuam excluídos os mendigos, analfabetos e as praças militares.⁶²

Durante os anos 1930, vários direitos são atendidos, podendo destacar-se: limitação da jornada de trabalho a oito horas diárias; repouso remunerado; regulamentação do trabalho de mulheres com equiparação salarial aos homens; vedação do trabalho infantil (crianças) e regulamentação do trabalho de menores; definição do salário-mínimo; estabilidade no emprego; regulamentação das atividades de trabalho em condições de higiene, segurança e regulamentação do salário em atividade insalubre; regulamentação da sindicalização. A política envolvendo o salário-mínimo merece distinção, vez que através do Decreto-lei de 1938, em 1940, a primeira tabela efetiva do salário-mínimo é gerada. O conceito, à época, de mínimo era: “o salário necessário para o atendimento das necessidades normais do trabalhador e da trabalhadora (a Constituição de 1946, posteriormente, incluiu sua família) referentes a alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.”⁶³ O valor era estipulado por região, a partir de estudos específicos. A lei estabelecia, ainda, a periodicidade trienal para o reajuste.

Há no período, a nacionalização da previdência com a criação dos IAPs (Institutos de Aposentadoria e Pensão nacionais), sendo o primeiro deles criado em 1933 (IAPM, dos Marítimos), organizados por categorias profissionais, envolvendo empregados, empregadores e o Estado, que detinha a presidência dos conselhos de administração (financiamento e governança tripartite).⁶⁴

Em 1943 há a consolidação das legislações trabalhista e previdenciária (CLT – Consolidação das Leis do Trabalho).

A Constituição de 1934 é a primeira carta constitucional do período, trazendo iniciativas legislativas sobre a “ordem econômica e social”, “família, educação e cultura” e

⁶² Os analfabetos, na década de 1940, representavam 56% da população brasileira. Essas categorias de excluídos (mendigos, analfabetos e praças militares) só passaram a exercer o direito de voto na Constituição de 1988. KERSTENETZKY, 2012, p.189.

⁶³ Ibidem, p.190.

⁶⁴ KERSTENETZKY, 2012, p. 190-191.

legislação trabalhista e sindical. Assim, na seara da educação, pela primeira vez, é estabelecido constitucionalmente o direito ao ensino primário gratuito e obrigatório.⁶⁵

A cobertura populacional dos direitos sociais na República de Vargas foi superior à cobertura dada, em termos de efetividade, a da Primeira República. Contudo, ainda foi muito baixa.⁶⁶

Em 1945, ao fim do governo Vargas, foi criado o inovador Instituto de Serviços Sociais no Brasil, todavia não fora implementada no governo Dutra (1946-1950) e em 1960 é instituída, por Juscelino Kubitschek, a Lei Orgânica da Previdência Social, que previa a uniformização do sistema e definia um conjunto de 18 benefícios e serviços. Na prática, muitas das desigualdades entre os segurados dos diferentes institutos permaneceram com a nova legislação. Há de se registrar, também, que Lei Orgânica da Previdência Social foi mais um avanço em direção à universalização da seguridade. Na década de 1960, a cobertura da previdência havia crescido em termos de percentual da População Economicamente Ativa (PEA), em mais 10% em relação à década de 1950, para mais de 23% da PEA, ou seja, um aumento de aproximadamente 50% no número de indivíduos diretamente cobertos. O gasto social público nessa época já superava a marca de 3% do PIB.⁶⁷

Acerca dessa “primeira onda” do Estado de bem-estar no Brasil, Draibe e Aureliano pontuam:

Mas, a considerar a “lógica do industrialismo” e o *welfarestate* como evolução social (Draibe; RIESCO, 2006), o Brasil teria que esperar um pouco mais. Gerou-se, contudo, uma síntese peculiar entre desenvolvimentismo, cooptação política dos sindicatos e restrições à democracia. Diferentemente da experiência europeia, a cidadania regulada foi o meio de incorporação à comunidade política e um modelo meritocrático-individual de solidariedade social. Associada ao corporativismo do mercado de trabalho, essa foi a solução conservadora para as políticas sociais.⁶⁸

⁶⁵ KERSTENETZKY, 2012, p.191.

⁶⁶ Foram excluídos os mais de 70% de brasileiros que à época correspondiam aos trabalhadores rurais, somando-se os urbanos que trabalhavam na informalidade, um numeroso grupo de trabalhadores domésticos e os por conta própria, e mais os trabalhadores da indústria, o percentual de cobertura era mínimo (não chegando, em 1950, a 7% da população, - ou 20% da população economicamente ativa). Já no que tange à educação, houve pequena queda do índice de analfabetismo de pessoas com 15 anos ou mais, de 56,6% em 1940, a partir de 70% em 1920 (mantido o ritmo, a eliminação do analfabetismo estaria projetada para 2020. Mas, em 2011, o Brasil ainda possuía 14 milhões de analfabetos entre os indivíduos com 15 anos ou mais). Assim, o ritmo da redução de analfabetismo continuou lento ao decorrer das décadas. KERSTENETZKY, Celia Lessa, op. cit., p.195.

⁶⁷ Ibidem, p. 197.

⁶⁸ DRAIBE, S. M.; AURELIANO, L. A.. A especificidade do *welfarestate* brasileiro. In: DRAIBE, S. M.; AURELIANO, L. A.. **Economia e desenvolvimento**. Brasília: Mpas/cepal, 1989.

2.5O universalismo básico

A segunda onda é inaugurada com o golpe militar, que marca o início de uma nova era nas políticas sociais brasileiras.

Amplia-se a seguridade social, incluindo novos segmentos sem capacidade contributiva (a exemplo dos rurícolas, mas com cobertura inferior à recebida pelo trabalhador urbano formal). Um conjunto de políticas, a exemplo na área da saúde (com provisão pública residual para os pobres e um pilar privado para os indivíduos das classes média e alta, - com caráter contributivo) e a criação do welfarefiscal (nas áreas da saúde e educação) e ocupacional (na saúde), implicando no aumento do regressivo gasto social tributário. A esse conjunto de políticas, massificado, sem universalização efetiva, com ampliação desigual de proteção e oportunidades, foi denominado universalismo básico.⁶⁹

Todavia, para Santos, para entender a política social do regime militar requer-se-a observar que a cidadania regulada tornou-se incompatível para equilibrar crescentes demandas dos grupos sociais: “Em aparência e, novamente, como em 30, tratava-se de reformular as instituições em que se processavam a acumulação e a distribuição compensatória, e novamente opor via autoritária.”⁷⁰

Em 1966 é criado o Instituto Nacional da Previdência Social – INPS, que, de fato unificou e uniformizou os serviços da seguridade sob uma única estrutura administrativa estatal centralizada. O INPS representou um aumento expressivo da cobertura de seguridade e na segunda metade dos anos 1960 alcança seis milhões de trabalhadores ativos, ou seja, 50% da PEA urbana. Em 1971, com o Prorural, ocorre a extensão do acesso ao trabalhador rural à seguridade social, garantindo-se um benefício inferior ao pago ao trabalhador urbano, já que fora estipulado apenas meio salário-mínimo e apenas para o chefe da família. Em 1972 e 1973 os trabalhadores domésticos e os autônomos são incorporados e admitidos como segurados da

⁶⁹ O universalismo básico acompanhou um modelo de desenvolvimento econômico assentado em acelerada industrialização que era conduzido pelos governos militares. Fora acrescentado novas modalidades de diálogo entre política social e economia. (KERSTENETZKY, 2012, p. 201).

⁷⁰ SANTOS, W. G. **Cidadania e justiça**: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1979. p. 82. Importante atentar para a visão de Grin, citando Draibe, que afirma que o “regime militar, ao romper com as regras democráticas, buscou respostas à complexificação da estrutura social distintas daquelas voltadas a consolidar o *welfarestate*na Europa, visando construir o Estado sem mobilização da sociedade. Não houve nada parecido com a “luta de classes democrática” entre sindicatos, partidos e governo como base política do *welfarestate* europeu. O antagonismo entre expansão da economia e o desenho das políticas sociais foi resolvido de maneira conservadora”.

GRIN, Eduardo José. Regime de Bem-estar Social no Brasil: Três períodos históricos, três diferenças em relação ao Modelo Europeu Social-democrata. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, São Paulo, v. 18, n. 63, 2013.

previdência. Motivada pela busca de solução financeira, a partir de 1966, o então regime que era de capitalização passa a ser de repartição, com contribuição e benefícios definidos, mas aumentando a base de solidariedade que os fundamenta, já que os segurados ativos passaram a financiar inativos. Em 1974, institui-se a licença-maternidade como prestação social e a Renda Mensal Vitalícia de meio salário-mínimo (para idosos de 70 anos ou mais e inválidos pobres), um marco para a assistência social da época.⁷¹

No campo da educação, a evolução fica demonstrada através da extensão na Constituição da obrigatoriedade e gratuidade do ensino para crianças e adolescentes na faixa etária de 7 a 14 anos, que até a Carta de 1934 compreendia apenas o ensino primário (primeira etapa do ensino fundamental). Destaca-se, também, o fim da estabilidade no emprego, prevista na CLT aos trabalhadores urbanos que contassem 10 anos ou mais no emprego, sendo substituída pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).⁷²

No período de 1964 a 1980 houve um crescimento econômico inédito, com o PIB real crescente a uma taxa média anual de 8%. Em termos econômicos e sociais, as grandes beneficiárias do período foram as classes média e alta que desenvolveram um padrão de consumo equivalente aos encontrados em países desenvolvidos.⁷³

Mesmo com o autoritarismo imposto pelo governo militar, alguma atividade sindical⁷⁴ manteve-se viva no país, principalmente aquelas ligadas à atividade rural e com função na gestão da previdência rural. Importante registrar que houve grande repressão (reprimindo com violência as manifestações e prendendo lideranças) ao sindicalismo independente surgido em meados dos anos 1970 que defendia a bandeira de reajuste salarial e liberdades democráticas. Surgem, ainda, no período, a sociedade civil organizada, completando o quadro dos novos atores sociais que começam a buscar e pressionar por mudanças no país.⁷⁵

Para Grin, enquanto o modelo socialdemocrata era consolidado na Europa em bases universalizantes, no Brasil, nesse período, os serviços sociais expandiram-se de maneira limitada para incidir sobre as desigualdades existentes. Para o autor, “um modelo mais compreensivo de

⁷¹ A licença-maternidade e a Renda Mensal Vitalícia eram integradas à previdência. (KERSTENETZKY, 2012, p. 203).

⁷² O FGTS teve seu fundo “concebido para financiar políticas sociais, como habitação, saneamento e infraestrutura urbana, tendo sido especialmente utilizado para o financiamento à construção de moradias, que muito estimulou o setor privado da construção civil, mas não se voltou ao notoriamente deficitário segmento popular. (KERSTENETZKY, Celia Lessa, op. cit., p.206).

⁷³ Ibidem, p. 208.

⁷⁴ Acerca da atividade sindical, não houve no período participação social e democracia na construção da cidadania nacional. Somado ao controle sindical, o controle administrativo de salários sem a mediação da “luta de classes democrática”. Para Santos, “se, até 1964, havia a cidadania regulada, no regime militar, os patamares de cidadania estiveram aquém do mínimo de justiça”. (SANTOS, 1979).

⁷⁵ KERSTENETZKY, 2012, p. 208.

bem-estar social teve que esperar o período democrático que iniciado em 1985, sobretudo pós-1994.”⁷⁶

2.6 A terceira onda: Universalismo redistributivo?

A década de 1980 sofreu muitas transformações, sendo que três podem ser apontadas: 1ª) fim do período militar em 1985 e a redemocratização (processo que teve como ponto mais alto a Constituição de 1988 e a eleição para presidente em 1989, a primeira desde 1960). 2ª)Esgotado o modelo de crescimento econômico que perdurava desde a década de 1930 (caracterizado pela nossa integração dependente a uma economia mundial também em franco crescimento), início do período de duas décadas de baixo nível de atividade econômica, com alta inflação até 1994, endividamento externo e interno elevados e várias tentativas de ajustes fiscais.3ª) O avanço nas políticas e gastos sociais no país nos 20 anos que sucederam a promulgação da Constituição (1988) e o ano de 2008, com a triplicação dos gastos sociais reais, trazendo uma série de novos direitos sociais e novas prioridades.⁷⁷

O sistema de políticas sociais passou a ser visto pelo viés positivo de sua contribuição para o desenvolvimento econômico, principalmente as políticas sociais adotadas pelo Brasil depois de 1988, especialmente após o Plano Real, em 1994, constituindo-se o Estado no promotor de programas públicos para estimular um ciclo virtuoso entre economia e política social com a participação direta dos cidadãos.⁷⁸

São os sistemas de políticas sociais ou, mais especificamente, o Estado de bem-estar, o ponto de partida da análise para articular o desenvolvimento econômico e a política social. Por mais que seja fragmentada a visão de um ou outro programa social, é a perspectiva do sistema de proteção social como um todo que possibilita examinar os efeitos dinâmicos da política social no tempo, acompanhando o mesmo tratamento dinâmico com que se examina o desenvolvimento econômico.⁷⁹

O direito de voto foi finalmente estendido aos analfabetos e facultado aos jovens entre 16 e 18 anos. As transferências da seguridade social, em especial a da previdência, foi a

⁷⁶GRIN, 2013, p.192.

⁷⁷ KERSTENETZKY, 2012, p. 212.

⁷⁸DRAIBE, S. M.; RIESCO, M.. **Estado de bienestar, desarrollo económico y ciudadanía**: algunas lecciones de la literatura contemporánea. n. 55. México: Naciones Unidas/cepal, 2006. (Serie Estudios y Perspectivas). p.1-58.

⁷⁹Ibidem,p.13-14.

rubrica que mais se expandiu no período, sendo responsável por mais da metade do gasto que o país desembolsou em gasto social público. A Constituição de 88 assegurou uma série de novos direitos aos brasileiros, dentre eles, a universalização da previdência, inclusive no que tange aos trabalhadores do meio rural, assistência social para os que dela necessitem, universalização do ensino (educação fundamental e média) e da saúde, que passa a ser um direito do cidadão e dever do Estado. Houvera também a designação do salário-mínimo como valor referência para os benefícios constitucionais, sendo descentralizado o sistema de políticas sociais com garantia de repasses e de capacidade arrecadatória própria para os entes subnacionais; introdução “do critério ‘per capita’ para o repasse de recursos, a participação e o controle social.” Toda a inovação de direitos fluiu no sentido de universalização do bem-estar, seja ampliando a cobertura, seja uniformizando os benefícios e serviços.⁸⁰

O período compreendido entre 1988 a 1994 define um novo perfil do estado do bem-estar brasileiro, com políticas de proteção e promoção social aos direitos sociais exigíveis e aos princípios universais, iniciando-se novos conceitos de descentralização e participação, no sentido do que chamamos de “universalismo estendido”.⁸¹

Destaca-se que no campo da seguridade social, passando a abarcar a previdência, a assistência social e a saúde. Dentre outros exemplos de que as políticas sociais foram atingidas pelas regras constitucionais, podemos citar: a criação do seguro-desemprego, o Sistema Único de Saúde (SUS), “aplicação de novas regras universalizantes da Previdência Rural e a regulamentação da assistência social.”⁸²

Segundo Grin, a partir de 1994, “com o Plano Real já em vigor, gerou-se uma estratégia de desenvolvimento social baseada na universalidade, solidariedade, igualdade de oportunidades, participação, descentralização e associação com a sociedade civil.”⁸³

Os anos de 1995 a 2002 caracterizaram-se como sendo de maior estabilidade política⁸⁴ e objetivos claros e lógicos para as políticas sociais, mas com desenvolvimento limitado nesta

⁸⁰ KERSTENETZKY, 2012, p.208.

⁸¹ Ibidem, p.217.

⁸² “Considerados apenas os gastos em educação, saúde, previdência e assistência, o gasto social público como % do PIB aumentou de 10,5% em 1988 para 13,5% em 1989 e 18% em 1990, acompanhando, principalmente a evolução dos gastos na previdência (e assistência, que não eram computadas em conjunto). Previdência (principalmente) e assistência aumentaram a participação no produto entre 1988 e 1994, de algo em torno de 2,5% para cerca de 10%, tornando-se em 1990 a maior rubrica do gasto social público, que era até então a educação.” (KERSTENETZKY, 2012, p. 208).

⁸³ GRIN, 2013, p.194.

⁸⁴ O Governo de Fernando Henrique Cardoso concentrou em estabilizar a economia, considerando a instabilidade causada, de início pela hiperinflação, e, depois, pelas próprias políticas voltadas para controlá-la, que acabaram gerando desequilíbrio externo e fiscal. “O esforço envolveu um forte ajuste fiscal, sobretudo ao longo do segundo mandato (1999-2002), com efeitos consideráveis sobre as políticas sociais no país. (KERSTENETZKY, 2012, p. 220).

área, o que resta comprovado pela modesta evolução do gasto social. À exceção foram feitas inovações na área da saúde e implementação efetiva da assistência.

Neri afirma que, “a partir do Plano Real, a pobreza e a desigualdade social se reduziram de maneira quase continuada até 2005, beneficiando, sobretudo, os setores mais pobres da população, e, ainda que o Plano Real não objetivasse distribuição de renda, e sim estabilidade macroeconômica, geraram-se efeitos positivos para as políticas redistributivas.”⁸⁵

Em 1996, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) é implantado, com a extinção da Renda Mínima Vitalícia (RMV) instituída no regime militar, que tinha um valor de meio salário-mínimo e era paga aos idosos a partir dos 70 anos (com o BPC a idade cai para 67 anos). Foram criados outros programas na área de assistência (programas de renda focalizados nos pobres e condicionais a contrapartidas, em geral em educação), a exemplo, em 1996, do PETI – Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, e, em 2001 do programa Bolsa Escola, que chegou a beneficiar cinco milhões de famílias. Todos esses são importantes programas que ocorreram na área de assistência social.

No período a saúde também foi reformada, com a divisão de competências entre os entes federados: União, Estados e Municípios, cabendo aos subnacionais a maior participação no que concerne ao financiamento e na prestação dos serviços de saúde.

A educação também passou pelo processo de descentralização, ficando sob a responsabilidade municipal a educação infantil e o ensino fundamental, com o Estado a responsabilidade pelo nível médio, e sob responsabilidade federal, o ensino superior. A Lei de Diretrizes e Bases de 1996, no espírito da Constituição, ampliou a definição de educação básica, incluindo, ao lado do fundamental, os níveis infantil e médio, e ainda prevendo ações para garantir a universalidade da mesma.⁸⁶

O período trouxe as políticas sociais e o reconhecimento da chamada “dívida social” para o plano da atenção do governo, ainda que, para que se resgatasse essa dívida, dependesse do crescimento econômico.

Entre os anos de 2003 a 2009, o que chama atenção são os novos modos de diálogo entre as políticas sociais e as políticas econômicas, em um modelo de “crescimento redistributivo.”

No subconjunto de “políticas sociais economicamente orientadas”, sobressaem-se a ampliação das transferências governamentais (inclusas as aposentadorias dos trabalhadores do

⁸⁵NERI, M.. Focalização, universalização e transferências sociais. **Revista Econômica da Uff**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p.163-170, 2004.

⁸⁶ Emenda Constitucional do ano de 1996 desconstitucionaliza a obrigatoriedade do ensino médio, dificultando, na prática o financiamento desse nível de ensino.(KERSTENETZKY, 2012, p. 226).

setor privado, urbano e rural, todas as políticas e programas assistenciais, a exemplo o BPC/LOAS e o Bolsa Família, o seguro-desemprego e o abono salarial) e a política que envolve a valorização do salário mínimo (em 2007 é firmado o Pacto pela Valorização do SalárioMínimo). Em termos de aumento da proteção social, segurança econômica e equidade, a finalidade das políticas sociais economicamente orientadas, foi acrescida dos efeitos econômicos, com o crescimento do produto, emprego e formalização, o aumento da arrecadação e do investimento privado e a estabilização do consumo. Entre 2003 e 2009, a proteção social avançou mais no que tange às políticas de igualdade de oportunidades, destacando que novas regras para o aprofundamento da equidade vertical foram introduzidas e acabaram por, além de ampliar a assistência social, estenderem o acesso à proteção social aos inúmeros trabalhadores que estavam na informalidade.⁸⁷

Regras da Previdência Social foram alteradas em 2003, atingindo especialmente a previdência do servidor público, ocasionando em regras mais rígidas para a aposentadoria e incorporando fórmulas de cálculo de benefícios mais restritivas. Outra alteração foi a inclusão de trabalhadores de baixa renda. Em 2005, os domésticos “não remunerados”, também, são admitidos no sistema previdenciário (mediante contrapartida, todavia com condições mais favoráveis que as dos trabalhadores urbanos).

No campo da assistência, sanciona-se o “Estatuto do Idoso” em 2003, que assegura aos cidadãos, a partir dos 65 anos de idade, o direito ao BPC (art. 34 da Lei 10.741/2003) e, em 2007, afrouxa-se o conceito de deficiente para fins de recebimento do Benefício de Prestação Continuada. Tanto a redução da idade (de 67 anos para 65) no caso dos idosos, como o afrouxamento do conceito, causou um aumento significativo de beneficiários. Unificados e ampliados, os programas de rendas condicionadas convergiram no programa “Bolsa Família”, que surge 60% maior que o Bolsa Escola e atinge 12,4 milhões de famílias em 2009.⁸⁸

Na área da educação, tratando-se de provisão, é o serviço social que mais se aproximou da meta de universalização do acesso público. Em termos de gasto, 70% do total em educação no Brasil é público e, excetuando-se o ensino superior, o gasto público supera 80% do total. Houve recuperação em termos do caráter sistêmico da educação reconhecido através da interdependência entre os níveis e essa recuperação se deu graças à expansão de todos os níveis de ensino. O FUNDEB, Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, com o Plano Nacional de

⁸⁷ KERSTENETZKY, 2012, p. 236-238.

⁸⁸ Ibidem, p.240.

Desenvolvimento da Educação de 2007, veio para substituir o FUNDEF. Com o FUNDEB, o conceito de educação passa a ser o da LDB (Lei de Diretrizes e Bases de 1996), apontando caminhos para a alocação de recursos, retornando a obrigatoriedade do ensino médio, direcionando na imprescindibilidade da educação infantil e adicionando recursos (com emenda constitucional em 2009 estendeu-se o direito do ensino para crianças e adolescentes de 4 a 17 anos – já prevista na LDB) e compelindo o Estado a prover o ensino pré-escolar, no caso, o Município.⁸⁹

Quando se trata de saúde, apesar da criação do SUS em 1988, mais de 55% das famílias brasileiras continuam provendo os gastos, segundo um modelo herdado pelo regime militar. Chama a atenção o fato de que, embora o gasto público com provisão pública tenha aumentado no período de 2003 a 2009, o SUS ainda é dependente da provisão privada (em algumas áreas, essa dependência é total), em especial, de leitos hospitalares, de diagnose e de terapia.⁹⁰

Um dos aspectos da reforma do sistema de políticas sociais no Brasil pós-1988 foi o desafio para financiá-lo e regulá-lo e a principal mudança consistiu na descentralização, democratização e participação social como novas formas de gestão. Com a descentralização, já que em países federativos como o Brasil, os municípios têm autonomia política e podem se constituir em pontos de veto, a descentralização foi coerente com a maior universalização e ampliação do acesso e benefícios a amplas parcelas da população. A descentralização foi o formato político e administrativo na organização federativa do regime de bem-estar social no Brasil. Outra inovação da descentralização na década de 1990 foi ampliar os canais de participação em relação à sociedade civil, como é o caso dos conselhos de políticas públicas.⁹¹

Típico do welfarefiscal, modelo que se baseia em deduções de imposto de renda sobre os gastos em saúde das famílias e do welfareocupacional, com isenções tributárias para empresas provarem diretamente ou através de terceiros assistência de saúde a seus empregados, parte do gasto público líquido com saúde se desloca para o gasto tributário, vez que é insuficiente.⁹²

Um dado importante demonstra o atual modelo de saúde, que estimula o uso seletivo do sistema público por quem pode optar e o uso compulsório por parte dos que são desprovidos de alternativas: “ainda que mais de 90% da população seja usuária de algum

⁸⁹ KERSTENETZKY, 2012, p. 242-243.

⁹⁰ Em 2005, 66,4% dos leitos hospitalares pertenciam ao segmento não público. Quanto à dependência total, citamos como exemplo, mamógrafo com estereotaxia e equipamentos de ressonância magnética. (Ibidem, p. 243).

⁹¹ GRIN, 2013, p. 196-197.

⁹² KERSTENETZKY, op. cit., p. 244.

serviço do SUS, apenas 28,6% dos brasileiros usam exclusivamente o SUS – não é difícil perceber que se trata da população pobre brasileira -, enquanto apenas 8,7% optam por não usá-lo.”⁹³ Esta é a evidência do acesso diferenciado aos serviços de saúde.

Cumpre-nos aqui deixar registrado que a primeira etapa do trabalho, com abordagem acerca do neoconstitucionalismo e o Estado de Bem-estar social servirão de base para o desenvolvimento da dialética: direito fundamental à saúde e os problemas da escassez de recursos.

⁹³ KERSTENETZKY, 2012, p. 244.

2. “A TESE”: DO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL À SAÚDE

2.1 A saúde no Brasil e a Constituição Federal

Diante de uma relação tão indissociável, complexa e tensa que há entre o Direito e a Saúde, o Capítulo 2 do presente trabalho, denominado de “Tese” nessa “dialética” do direito à saúde, buscará trazer argumentos que justifiquem e garantam o direito à saúde na condição de direito e dever fundamental, de titularidade universal, como bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988.

Saúde tem na atualidade um conceito muito mais amplo que as definições clássicas da patologia e da clínica, englobando também a saúde física, mental e o aspecto social do indivíduo, de forma que sua proteção, prevenção, manutenção e recuperação são “verdadeiras exigências da sociedade contemporânea, que busca incessantemente viabilizar os meios para satisfazer as crescentes necessidades”,⁹⁴ podendo-se dizer que saúde não é apenas a relação com a vida, mas com a qualidade de vida, que deve ser proporcionada de forma digna. Tal relação deve ser estimulada através do reconhecimento de direitos e pela evolução das ciências da área da saúde.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), traz a definição de saúde como sendo não apenas a ausência de doença, mas a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social.⁹⁵

Tal conceito foi o marco teórico-referencial acerca de saúde e é datado de 26 de julho de 1946, sendo o primeiro princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança entre os povos.

Todavia, o conceito da OMS sobre várias críticas.

Schwartz, citando Kraut, refere que:

Em verdade, o conceito não é operacional, pois depende de várias escalas decisórias que podem não implementar suas diretrizes. Vários são os fatores que atuam negativamente nesse sentido, sendo que o principal, pode-se dizer, é que, a partir do momento em que o Estado assume papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de inaplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para a consecução do

⁹⁴ SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.16-17.

⁹⁵ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista Saúde Pública**, v.31, n.5, p.538-542, 1997.

pretendido completo bem-estar físico, social e mental. Logo, “la aplicación de este concepto reconoce límites culturales, sociales y económicos.” (Kraut, 1997, p.197).⁹⁶

Não se deve entender a saúde apenas como um fenômeno biológico, já que ela é resultado, também, de condições socioeconômicas e ambientais. Assim, a doença é:

Um sinal estatisticamente relevante e precocemente calculável, de alterações do equilíbrio homem-ambiente, induzidas pelas transformações produtivas, territoriais, demográficas e culturais, incontroláveis nas suas consequências, além de sofrimento individual e de desvio de uma normalidade biológica ou social.⁹⁷

Para Schwartz,⁹⁸ citando Segre e Ferraz, não é possível caracterizar e conceituar bem-estar, vez que o que pode ser perfeito bem-estar para um indivíduo pode não ser para outro. Assim, “o conceito visa a uma perfeição inatingível, de vez que quantificar a perfeição é algo impossível. Uma utopia.”

A saúde é antes de tudo um fim, um objetivo a ser alcançado. É uma busca constante do estado de bem-estar⁹⁹ e há autores que reconhecem que o direito à saúde não deve ser visto apenas sob a ótica da proteção, mas também ser vista pelo prisma da prevenção e da recuperação.¹⁰⁰

Definir o instituto da saúde não é nada fácil, assim como são inúteis as tentativas de tentar definir de modo completo e inacabado outros tantos institutos. No caso da saúde, instituto jurídico de definição e conteúdo complexos, a dificuldade existe exatamente por implicar uma sorte de situações, efeitos e circunstâncias.¹⁰¹

A Constituição Federal, em seu art. 196 estabelece que a saúde é um “direito de todos e dever do Estado”, instituindo, ainda, o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Dessa forma, a partir da Constituição de 1988 todos os brasileiros passaram a ser titulares do direito à saúde, não sendo mais

⁹⁶ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a Saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36.

⁹⁷ SAÚDE E MEIO AMBIENTE. Intersetorialidade. OPAS/2004.

⁹⁸ SCHWARTZ, Germano André Doederlein, op. cit., loc. cit.

⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. O Direito à Saúde. **Revista de Saúde Pública.** São Paulo, n. 22, p. 59.

¹⁰⁰ Nesse entendimento:

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 514.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein, op. cit., p.35.

Para Sérgio Pinto Martins, o sistema de saúde envolve ao menos três categorias, quais sejam: prevenção, proteção e recuperação. A prevenção está ligada aos meios para evitar doenças, incluindo-se, aí, a vigilância sanitária e epidemiológica. A proteção concerne a uma atuação constante mesmo antes da manifestação da doença e a recuperação, visando a reintegração do trabalhador tanto à sua atividade profissional quanto ao meio social, envolve a participação dos serviços sociais e reabilitação profissional.

¹⁰¹ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do Trabalhador como um Direito Humano.** São Paulo: LTr, 2008, p. 81-82.

condição de acesso ao serviço público de saúde estar inserido no mercado formal, ou seja, não houve uma predileção ao trabalhador em detrimento dos outros cidadãos.

A força de trabalho antes da Constituição de 1988, pode-se dizer que distinguia quem detinha a tutela do Estado com relação ao direito ao serviço de saúde daquele que não possuía direito de usufruir dessas prestações e acabava à margem do Estado.

Conforme disposto no *caput* do artigo 1º da Constituição, o Brasil, ao constituir-se em um Estado Democrático de Direito, estabelece um compromisso político, jurídico e ético com a justiça social, a transformação da realidade e a superação das desigualdades sociais e regionais, a partir de vetores axiológicos como os direitos fundamentais, a exemplo da saúde. Tais direitos fundamentais vinculam a legislação, os Poderes, a administração Pública em geral e as relações jurídico-privadas.¹⁰²

Os direitos e garantias fundamentais possuem, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, aplicabilidade imediata e são autênticos direitos fundamentais, já que a Constituição assim tratou os direitos fundamentais sociais do artigo 6º.

O art.6º da Constituição de 1988 traz o direito à saúde como sendo um dos direitos sociais, assim como direito à educação, à moradia, dentre outros, sendo direitos a serem perseguidos e implementados pela República Federativa do Brasil. Como consequência, o direito a saúde, como direito social que é, deve ser considerado direito fundamental, quer seja pela sua perspectiva da fundamentalidade formal (vez que imprescindível o bem jurídico tutelado, já que não há vida humana digna sem que se fale em saúde), ou seja, nossa Constituição consagrou expressamente o direito à saúde como direito fundamental da pessoa humana.

A saúde em nossa ordem jurídica possui dupla fundamentalidade: formal e material, que reveste os direitos e garantias fundamentais.

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

¹⁰² SCHWARTZ, 2001, p. 49-50.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado (rere)**, Salvador, n. 11, p.1-

Quanto à fundamentalidade material, possui ligação com a relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional e em virtude de ser inquestionável a importância da saúde para a vida humana, não há muitos comentários a tecer acerca desse ponto.

Há de se destacar que, saúde é um direito humano fundamental e que a Constituição de 1988, foi a primeira Constituição brasileira a reconhecer expressamente o direito à saúde como direito fundamental. Dessa forma, no âmbito da evolução jurídica brasileira, a despeito da trajetória anterior, um dos principais marcos a ser sempre lembrado foi a inserção da saúde como bem jurídico fundamental, conforme dito, na condição de direito e dever fundamental, de titularidade universal (ou seja, na condição de direito de todos e de cada um) e dever do Estado, da sociedade e da própria pessoa para com os outros e consigo mesma.

Do estudo do regramento do direito à saúde (artigo 196 ao 200) questiona-se os limites e o alcance que a Constituição Federal definiu ao prescrever o “Direito à saúde”. Para Ana Paula de Barcellos:

Agradável afirmar de forma singela que os direitos à vida e à saúde são protegidos constitucionalmente [...]. A verdade, porém, é que quando se busca mapear de forma mais precisa o sentido e o alcance dessa afirmação, problemas complexos surgem e não é possível fugir deles.¹⁰⁴

Os direitos fundamentais como direitos negativos – dimensão negativa (direito de defesa), a saúde como bem jurídico fundamental encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros, de forma que o Estado, bem como os demais particulares, tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas (atentar contra a saúde das pessoas) ou de nada fazer (direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde. Aqui não se trata do direito à saúde como aquilo que o Estado ou a sociedade deve fornecer aos cidadãos (obrigação concreta), como por exemplo, acesso a medicamentos, hospitais, tratamentos, etc.

Para Sarlet, considerando a dimensão negativa do direito à saúde, qualquer ação do poder público e de particulares contra o direito à saúde é, em princípio, inconstitucional e poderá ser objeto de ação judicial em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade.¹⁰⁵

17, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 8 Dez. 2016.

¹⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 803.

¹⁰⁵ SARLET, 2007.

Visando evitar que o legislador venha a revogar (no todo ou em parte) normas infraconstitucionais de garantias de direito à saúde constitucionalmente consagradas, verifica-se o Princípio da Proibição de Retrocesso. Tal princípio, especialmente em matéria de direitos sociais, impede que o legislador desconstitua o grau de concretização que ele mesmo havia dado às normas constitucionais.¹⁰⁶

Importante ressaltar a dimensão positiva do direito ou dimensão prestacional. Aqui, exige-se que o Estado e até mesmo os particulares, em determinadas situações, atuem no sentido de prestar tal direito, no intuito de efetivá-lo. O direito à saúde é um direito às prestações, devendo a ele ser conferido efetividade e eficácia.

A saúde necessita ser um instrumento de justiça social e, para que isso ocorra, é essencial que ela seja efetivamente aplicada.

Schwartz, ao tratar da saúde na perspectiva da Teoria dos Sistema de Niklas Luhmann, leciona que ela (saúde) é um sistema que se interage com outros sistemas sociais, integrando o sistema da vida, que também forma o sistema social. A saúde, então, é “um sistema dentro de um sistema maior (a vida), e com tal sistema interage”.¹⁰⁷

Frise-se que, os direitos fundamentais integram a essência do Estado Constitucional, ou seja, a saúde fica lado a lado com a forma de Estado, do Sistema de Governo e da Organização do Poder, sendo elemento nuclear da Constituição material.¹⁰⁸

Para Sarlet, citando Canotilho, numa Constituição dirigente, e pode-se afirmar que a Constituição de 1988, considerando suas características e o Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais, como é o caso da saúde, possuem de forma evidente “caráter vinculativo em relação ao legislador, ao poder público, aos órgãos administrativos, ao Poder Executivo, aos juízes, aos tribunais e, também, no âmbito das relações jurídico-privadas”.¹⁰⁹

A Constituição Federal, vez que é um plano global normativo, deve visar a uma nova ordem econômica e social, ajustando programas, bem como objetivos que devem ser desenvolvidos pelo Estado e pela sociedade.

Aderindo à tendência contemporânea, a Carta de 88 dispensou tratamento privilegiado aos tratados de direitos humanos. Para A.A. Cançado Trindade, tal tendência é “sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central.”¹¹⁰ Aqui,

¹⁰⁶ Sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso, o tema será abordado mais adiante, em capítulo próprio.

¹⁰⁷ SCHWARTZ, 2001, p.37.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1998, p. 46.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 386.

¹¹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1. p.409.

destacamos que a saúde, antes de ser um direito fundamental, é um direito humano e, portanto, irrenunciável, inalienável e imprescritível.

Como Direito Humano que é, a saúde está garantida no direito internacional e, por conseguinte, se estende a todos os indivíduos, independente da existência de vínculo com um Estado específico, e é, ainda, oponível aos entes estatais no âmbito das instâncias supranacionais. Como direito fundamental, a saúde decorre da previsão constitucional de cada Estado.¹¹¹

Insta acrescentar que, antes do século XX, o direito à saúde não era tido como um direito individual e autônomo e, assim, não detinha a proteção jurídica específica nacional e internacional, podendo-se afirmar que a história da saúde pública no Brasil é composta por sete fases:

1ª) Vai do descobrimento até o fim do império em 1889, período no qual não existiu nenhum tipo de política de saúde, aplicando-se apenas algumas medidas para minimizar os problemas de saúde pública que afetassem a economia extrativista, açucareira ou cafeeira. Nessa fase, os cuidados médicos ou dos boticários eram exclusivos da classe dominante, restando ao restante da população os curandeiros, a caridade das Casas de Misericórdia ou a morte.

2ª) de 1889 a 1930, no denominado período da República, no governo da “política do café com leite”,¹¹² onde as elites agrárias dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, com base econômica ligada à exportação do café e à pecuária, teve o quadro de proteção à saúde alterada nos centros urbanos e nos espaços de circulação das mercadorias e dos imigrantes europeus que vinham substituir a mão de obra escrava. Neste período, as ações de saúde entre as ações públicas sanitárias de caráter militarizado com Oswaldo Cruz e as sanitárias educacionais de Carlos Chagas e as ações de assistência médica privatista¹¹³.

3ª) A terceira fase dá-se na Era Vargas (iniciando em 1930 com uma reforma política-administrativa criada pelo Ministério da Educação e Saúde, culminando num governo

¹¹¹SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 15.

¹¹² Acerca da “política do Café com Leite”, segundo Boris Fausto, “um pacto não escrito foi concluído em 1913 na cidade mineira de Ouro Fino, pelo qual mineiros e paulistas tratariam de se revezar na Presidência da República”.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Ed. USP, 1995, p.272.

¹¹³SIMIONI, Ariani. O Direito Humano e fundamental à Saúde no Brasil e em Portugal. **Revista Unisc**, Santa Cruz do Sul, p.1-20, 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/13238>>. Acesso em: 6 jan. 2017.

constitucional com a Constituição de 1934). Em 1937, instaura-se a ditadura do Estado Novo que perdurou da Constituição de 1937 até 1945. Segundo Ariane Simioni, nessa fase:

O epicentro econômico passou para os centros urbanos com a expansão da indústria, o êxodo rural e as grandes aglomerações nos centros urbanos, em especial Belo Horizonte, São Paulo e Rio de Janeiro. Aos antigos problemas de saúde pública se assomaram os acidentes de trabalho, doenças profissionais, desnutrição, verminoses e outros. A fim de manter a força de trabalho apta a produzir, utilizou-se a assistência médica vinculada à assistência social. A política de saúde manteve e reforçou a dicotomia entre as ações públicas sob a gestão do Ministério da Educação e Saúde e as ações curativas privadas, agora vinculadas aos Institutos de aposentadorias e pensões, divididos por categorias profissionais e mantidos pelos empregados, pelos empregadores e pelo governo.¹¹⁴

4ª) Fase de revigoração da política sanitária de campanha de caráter autoritário e centralizador do governo federal. Após o suicídio de Getúlio Vargas, quem passou a governar o país foi Juscelino Kubitschek com políticas centradas ao desenvolvimento do país e à expansão da economia. Assim, as políticas sociais, dentre elas a saúde, eram meros paliativos de controle social. Há no período um fortalecimento do modelo público de assistência médica curativa, a fim de manter apto ao trabalho os operários. Por isso, o modelo médico assistencial privatista ampliou-se, o que propiciou a sua hegemonia entre as décadas de 60 e 80.

5ª) Durante o período de ditadura militar (perdurou 20 anos), estabeleceu-se as competências do Ministério da Saúde, unificaram-se os Institutos de Aposentadoria e Pensões, surgindo o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que posteriormente entrou em crise; privatizaram-se a assistência médica e a capacitação de pessoal na área de saúde.

6ª) A sexta fase da saúde no país dá-se de 1985 a 1988, no período de Nova República. Fase em que é feita a convocação para a Assembleia Nacional Constituinte pelo então Presidente José Sarney. Dentre os inúmeros movimentos sociais que se faziam chegar à Assembleia, está o movimento sanitário (surgido cerca de uma década antes da Constituinte). Em 1986 é realizada a VIII Conferência Nacional de Saúde que debateu os problemas da saúde no Brasil e apresentou propostas para a reformulação do sistema, às quais chegaram a Constituinte e fizeram-se constar na Constituição Federal de 1988 (CF/88) com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) – artigo 198 da CF/88.¹¹⁵ Tal Conferência de saúde

¹¹⁴SIMIONI, 2015.

¹¹⁵ O conteúdo do artigo 198 da Constituição Federal de 1988 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 07/01/2016.

também acabou por influenciar de forma decisiva na regulamentação do novo modelo de gestão da saúde pública, criado através da Lei Orgânica da Saúde¹¹⁶ (Lei nº 8.080/90).

O Sistema Único de Saúde¹¹⁷ pauta-se pelos princípios da universalidade (o acesso às ações e serviços de saúde devem ser garantidos a todas as pessoas independentemente de sexo, raça, cor, idade ou classe social), integralidade (a pessoa deve ser considerada como um todo, devendo as ações de saúde visar à saúde total nos termos do conceito da OMS), equidade (princípio que garante a igualdade de tratamento a todos) e participação social (democratização dos processos decisórios através da participação dos usuários nos Conselhos Municipais de Saúde). O SUS tem como característica um conjunto de ações de serviços de saúde, prestados pelos órgãos da administração pública direta e indireta da federação brasileira (União, Estados e Municípios),¹¹⁸ podendo a iniciativa privada participar deste sistema com atuação complementar (a participação da esfera privada poderá se dar por contrato direto ou por convênio desde que sigam as diretrizes do SUS). Dessa forma, o direito fundamental social à saúde¹¹⁹, no seu viés individual e coletivo, é previsto no artigo 196 da CF/88 como um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas econômicas e sociais de acesso universal e igualitário que são levados a efeito através do SUS - art. 198 CF/88, ou seja, o SUS tem o objetivo de prover uma atenção abrangente e universal,

¹¹⁶ Para Leal, o artigo 2º dessa da Lei Orgânica da Saúde refere expressamente o direito à saúde como um direito fundamental de responsabilidade do Estado. Todavia, o dever do Estado de promover saúde não exclui a responsabilidade das demais esferas sociais, tais como a família, o indivíduo, as empresas e demais esferas da sociedade.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 164.

¹¹⁷ O sistema de saúde tem três subsetores: o subsetor público, no qual os serviços são financiados e providos pelo Estado nos níveis federal, estadual e municipal, incluindo os serviços de saúde militares; o subsetor privado (com fins lucrativos ou não), no qual os serviços são financiados de diversas maneiras com recursos públicos ou privados; e, por último, o subsetor de saúde suplementar, com diferentes tipos de planos privados de saúde e de apólices de seguro, além de subsídios fiscais. Os componentes público e privado do sistema são distintos, mas estão interconectados, e as pessoas podem utilizar os serviços de todos os três subsetores, dependendo da facilidade de acesso ou de sua capacidade de pagamento.

PAIM, Jairnilson, et al. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. **The Lancet: Saúde no Brasil**, Rio de Janeiro, p.11-31, maio 2011. Disponível em: <<http://www.abc.org.br/IMG/pdf/doc-574.pdf>>. Acesso em: 7 Jan. 2017.

¹¹⁸ A CF/88 estabeleceu a União como responsável pela normatização geral do direito à saúde (art. 24,§1º), aos Estados a função legislativa suplementar a União (art. 24,§2º), e aos Municípios a competência legislativa relativa a assuntos de interesse local, podendo ainda suplementar a legislação dos outros entes federativos quando couber (art. 30, I e II).

¹¹⁹ Encontra-se, doutrinariamente, superada a noção de que as normas de direito fundamental são meramente programáticas, adquirindo assim o condão de eficácia imediata. Além disso, o art. 5º,§ 1º determina que as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309.

preventiva e curativa, por meio da gestão e prestação descentralizadas de serviços de saúde, promovendo a participação da comunidade em todos os níveis de governo.¹²⁰

7ª) A sétima fase da saúde pública no Brasil é também a última, tendo iniciado em 1988, perdurando até os dias de hoje. A reforma da saúde que ocorreu no Brasil em 1988 e foi liderada por movimentos sociais anteriores à Constituinte (em especial o movimento sanitaria e as propostas da VII Conferência Nacional de Saúde), resultou na constitucionalização destacada do direito à saúde e no surgimento do SUS, o qual, ainda que se possa dizer com inúmeras falhas, limitações, conseguiu melhorar o acesso à saúde aos brasileiros.¹²¹ Há vários desafios a serem enfrentados, inclusive os políticos, afim de garantir uma maior efetividade do acesso, manutenção e melhoria do direito à saúde no Brasil. Contudo, enquanto não se presencia um quadro (em termos práticos) de total proteção da saúde, vê-se as constantes demandas judiciais que buscam a tutela da efetividade do direito à saúde (judicialização da saúde¹²²).

Com a Constituição de 1988 houve um alargamento das tarefas do Estado, de forma que fora incorporado fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. Então, a política deixou de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado, mas, ao contrário. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo. Surge verdadeira configuração normativa da atividade política.

Nas afirmações de J. J. Gomes Canotilho: “A Constituição tem sempre como tarefa a realidade: juridificar constitucionalmente esta tarefa ou abandoná-la à política, é o grande desafio. Todas as Constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar o político.”¹²³

Para Paulo Bonavides, “os direitos sociais não são apenas justiciáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional da garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art. 60.”¹²⁴ São direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais padecerão do vício de inconstitucionalidade, ou seja, a Carta de 88, visando resguardar

¹²⁰ SIMIONI, 2015.

¹²¹ Apesar das limitações, “o SUS conseguiu melhorar amplamente o acesso à atenção básica e de emergência, atingir uma cobertura universal de vacinação e assistência pré-natal e investir fortemente na expansão dos recursos humanos e de tecnologia, incluindo grandes esforços para fabricar os produtos farmacêuticos mais essenciais ao país. (PAIM, et al., 2011).

¹²² O tema da “Judicialização da Saúde” será abordado em capítulo próprio.

¹²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Livraria Almedina, 1998.

¹²⁴ BONAVIDES, 2008.

ao máximo possível os direitos fundamentais, consagra dentre as cláusulas pétreas, a cláusula “direitos e garantias individuais”. Pode-se concluir que, considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição do retrocesso social, o valor da dignidade humana e demais princípios fundamentais da Carta de 1988, alcança os direitos sociais.

2.2 O dever do Estado de garantir o direito à saúde

Quando falamos da eficácia jurídica dos comandos constitucionais, em especial dos que tratam do direito à saúde, é o mesmo que dizer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis (inclusive diante do Judiciário) por força e em consequência da Constituição e, além disso, significa que os poderes constituídos estão obrigados a dispor à população tais prestações, independentemente de orientação política ou plano de governo. O direito fundamental à saúde é exigível do Estado, não só por estar embasado no ordenamento jurídico interno, quer seja pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, mas porque o país é signatário de documentos internacionais nesse sentido. Mas a questão é complexa. O que se afirma é que os direitos à vida e à saúde são protegidos constitucionalmente e devem, portanto, serem assegurados, pelo Poder Judiciário, surgindo problemas complexos.

Considerando que num Estado Democrático de Direito a Constituição é um instrumento de concretização dos objetivos do Estado, os direitos sociais no texto constitucional impõem obrigações positivas aos Poderes, atribuindo a característica de exigibilidade dos citados direitos. Assim, “como corolário da prestação positiva e da sua exigibilidade, vem a questão da previsão de recursos necessários ao seu atendimento a contento, e não parcialmente”, que, a exemplo da saúde, resultam nas típicas obrigações de dar ou fazer.¹²⁵

Para Grimm, uma vez positivados os direitos fundamentais e sociais na Constituição, confia-se ao Poder Judiciário uma participação política na garantia da exigibilidade desses direitos pela aplicação efetiva da vontade do constituinte gravada no Texto Constitucional.¹²⁶

¹²⁵ KELLER, Arno Arnaldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 232-233.

¹²⁶ GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Tradução de Geraldo de Carvalho. p. 9 et seq.

Nas lições de Ana Paula de Barcellos, os enunciados normativos que tratam acerca de vida e saúde, a exemplo do art. 196 da Constituição, buscam proteger e promover um bem da vida que não convive facilmente com gradações.¹²⁷

Não há alguma coisa que possa ser descrita com simplicidade como um nível mínimo de saúde ou ainda um mínimo de vida. Ou faz-se um determinado tratamento e obtém-se a cura, ou o indivíduo permanecerá doente ou morrerá. Nesta esteira, o que seria o mínimo para o portador de leucemia em um estágio tal que a única prestação que lhe pode trazer alguma esperança é o transplante de medula? Ou para alguém com câncer? Em um contexto de recursos escassos, como o Direito pretendelidar com essa circunstância?¹²⁸

As prestações de saúde foram desenvolvidas para tentar evitar a morte, o sofrimento, e a dor do paciente. Quando se trata de saúde, o nível de eficácia (seja ele maior ou menor) das disposições constitucionais deve estar relacionada às prestações de saúde disponíveis, e não às condições de saúde das pessoas, - sejam elas melhores ou piores (inúmeras vezes não se tem controle sobre o resultado que uma prestação de saúde produzirá no paciente).

As prestações de saúde podem ser judicializadas, quer seja para exigir do Poder Público ou de um particular com custeio público (caso a Administração não possa ou não tenha meios de executar a prestação).

Além da questão complexa de se definir qual o mínimo exigível do Estado em relação à saúde, há outra dificuldade, a de se apontar quais prestações de saúde devem ser oferecidas pelo Poder Público e, ainda, a que prestações de saúde os indivíduos têm direito, ao menos nesse período de escassez de recursos.

Executar as políticas públicas de saúde, elencadas nos orçamentos, envolve dispor de recursos financeiros que são limitados, cabendo a decisão discricionária do gestor público e, assim, por vezes, a rede pública de saúde não oferecerá à população determinadas prestações já disponíveis, tanto de tecnologia diagnóstica e/ou terapêutica.

A implementação ou execução de políticas públicas derivam de escolhas, pois envolvem conflitos entre as camadas sociais que têm interesses diferentes. Essas escolhas, por sua vez, dependem dos recursos disponíveis que privilegiarão uns em detrimento de outros direitos. De certa forma, as escolhas significam o conteúdo ético das decisões políticas, que, por vezes, podem ser trágicas, no sentido de que algum dos direitos não será atendido.¹²⁹

¹²⁷ BARCELLOS, Ana Paula. O direito à prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública Direito à Saúde**, São Paulo, n. 1, p.133-160, nov. 2008. p.133.

¹²⁸ BARCELLOS, 2008, p. 133-134.

¹²⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 87.

Essas “escolhas trágicas”¹³⁰ acabam por apontar um outro problema: É complicado para um juiz negar um medicamento importado que pode salvar a vida do autor da ação judicial pelo fato de tal prestação não estar compreendida no mínimo existencial que decorre da Constituição, tampouco constar de qualquer outra norma jurídica ou regulamentação.

Segundo Barcellos, quer seja quando o juiz nega ou concede determinada prestação de saúde, ou quando o Poder Público a coloca ou não à disposição (ou quando determinadas prestações são oferecidas em algumas áreas e não em outras), sempre há uma decisão, explícita ou implícita, uma escolha que prioriza determinadas situações de necessidade em detrimento de outras.¹³¹

Ao imaginar-se que, através do Judiciário, no âmbito de ações individuais, toda e qualquer prestação de saúde pode ser obtida, criam-se vários problemas que dão origem a um círculo vicioso em que, no fim, a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais.

Um outro problema, típico de países de modernidade tardia, a falta de atenção à saúde básica. Esta não é planejada pelo executivo, e, também, não é acudida nem pelo legislador, nem pelo gestor, embora este seja um dever jurídico que lhes é imposto pela Constituição, nem pelo Judiciário, visto que demandas com pleito de saúde básica¹³² dificilmente chegam ao judiciário.

Abordaremos no presente capítulo, como tentativa de lidar com as questões apontadas, a construção do mínimo existencial.

¹³⁰ Segundo Daniel Sarmiento, a expressão foi empregada por Guido Calabresi e Philip Bobbit, para referir-se às difíceis opções alocativas que devem ser realizadas num ambiente de escassez de recursos. Ela deu título à obra “Tragic Choices”, Guido Calabresi, 1978.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 570.

¹³¹ BARCELLOS, 2008, p.137.

¹³² Acerca de saúde básica, entende-se que a Atenção Básica é um conjunto de ações, de caráter individual e coletivo, situadas no primeiro nível de atenção dos sistemas de saúde, voltadas para a promoção da saúde, a prevenção de agravos, tratamento e a reabilitação (PNAB, 2006). A título de exemplo, podemos citar: diabetes, hipertensão arterial, rinite alérgica, etc. Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/portaldab/>> acesso em 11 Jan. 2017.

2.3 Mínimo Existencial

Sua origem histórica surge com a doutrina alemã, a partir da segunda metade do século XX, ganhando força no âmbito legislativo, administrativo e jurisprudencial, passando a ser aceito em diversas decisões da Corte Constitucional Alemã e, inclusive com repercussões no direito comparado.

De início, é bom esclarecer que há complexa e diversificada conceituação acerca do Mínimo Existencial, não havendo consenso doutrinário sobre sua percepção.

Para Sarlet e Figueiredo, a garantia do mínimo existencial que obriga o Estado às prestações que criem condições mínimas para uma vida digna de seus cidadãos, está baseada: 1) no princípio da dignidade humana, pois ela não estaria garantida pela proteção das liberdades individuais, mas precisaria também ser protegida por um “mínimo de segurança social, pois, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria existência humana ficaria sacrificada; 2) nos direitos à vida e à integridade física, que não é apenas a proibição de sua violação, mas pressupõe uma postura ativa na sua proteção e 3) no direito geral de liberdade, já que a qualidade de pessoa autônoma e responsável não prescinde da garantia de condições mínimas de existência.¹³³

O Mínimo Existencial, compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna e, assim, saudável, tem sido identificado por alguns, como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade,¹³⁴ não pode ser quantificável de forma única e definitiva, variando conforme o lugar, tempo, padrão de vida (socioeconômico), expectativas e necessidades.¹³⁵ O Mínimo Existencial não se limita a garantir a sobrevivência física, sob pena de uma vida sem alternativas, de forma que não seria promovida a dignidade humana. Desta forma, ao pensar em Mínimo Existencial, deve-se associá-lo a uma existência digna, com garantia de todos os direitos fundamentais, incluindo-se, um mínimo existencial sociocultural.¹³⁶

¹³³SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 19.

¹³⁴O conceito de dignidade da pessoa humana proposto por Sarlet.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 62.

¹³⁵SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 20-21.

¹³⁶Ibidem, p. 21.

Para Robert Alexy,¹³⁷ os direitos fundamentais sociais são caracterizados como direitos prestacionais, referindo-se, o autor, ao Mínimo Existencial como a parcela dos direitos fundamentais sociais que exige proteção mais intensa, uma vez que esta parcela diz respeito às normas vinculantes que tratam de direitos subjetivos definitivos às prestações, destacando o caráter subjetivo do mínimo prestacional.¹³⁸

A fim de quantificar o padrão existencial em uma dada sociedade, num determinado momento, já que o Mínimo Existencial não possui uma quantificação única e definitiva, cabe ao legislador a “função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc.”, mas, que, todavia, caberia aos tribunais decidir sobre este padrão mínimo “nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.”¹³⁹

Quando nos questionamos acerca dos efeitos que os enunciados constitucionais em matéria de saúde pretendem produzir, bem como seu objeto, considerando sua indeterminação em relação aos efeitos ou fins que pretendem atingir e, além disso, o fato de que admitem uma multiplicidade de meios e condutas capazes de realizar tais efeitos ou fins, a resposta à questão normalmente retira o problema e o transfere para o Legislativo, ou para o Executivo com o propósito de que concretize as disposições constitucionais e determine seu sentido.

Importante destacar que não cabe ao legislador ordinário (direito ordinário) dar sentido às disposições constitucionais em toda sua extensão, como se a Constituição se baseasse num conjunto de cláusulas vazias, e o legislador (ou o administrador) pudesse dispor a sua própria vontade respeito do seu conteúdo, sob pena de subverter a relação hierárquica existente entre a Constituição e a ordem jurídica em geral.

Para Ana Paula de Barcellos,¹⁴⁰ que também analisa o Mínimo Existencial, o que identifica como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, inclui como proposta para sua concretização os direitos à saúde básica, à educação fundamental, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta.

Dessa forma, não se deve confundir a materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o Mínimo Existencial, embora a proposta referida tenha por objetivo evitar a total ineficácia jurídica de vários dispositivos sobre direitos sociais. Cumpre-nos frisar,

¹³⁷ Para Alexy, há uma distinção entre os direitos a prestações explicitamente estatuídos, muitas vezes designados como “direitos sociais fundamentais”, e os direitos que não se encontram expressos no texto constitucional, resultado da interpretação social dos direitos de liberdade e de igualdade, chamados “direitos fundamentais à prestações.”

ALEXY, 2008, p. 419-494.

¹³⁸ Ibidem, p. 500.

¹³⁹ SARLET; FIGUEIREDO, 2010 p. 22-23.

¹⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

ainda, que não se pode reduzir o Mínimo Existencial ao direito de subsistir, uma vez que subsistir, sobreviver, dizem respeito à garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições condignas, portanto, de uma vida com um mínimo de qualidade).

Em um Estado Democrático e pluralista é conveniente, já que há diversas concepções da dignidade que poderão ser implementadas de acordo com a vontade popular manifestada a cada eleição, que não seja possível, muitas vezes, precisar em toda a extensão o efeito planejado pelo enunciado, mas apenas um conteúdo mínimo e, no momento em que determinadas condições desse mínimo são desrespeitadas, há consenso de que o princípio foi violado. Assim, é possível identificar um núcleo de condutas exigíveis e, para além desse núcleo, o enunciado constitucional poderá ser desenvolvido em função das opções do Legislativo e do Executivo, em cada momento histórico.¹⁴¹

As prestações que fazem parte do Mínimo Existencial, dentre elas a saúde – sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro – são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos.¹⁴²

E o que seria o mínimo existencial em matéria de saúde?

Dois critérios são capazes de diferenciar as prestações de saúde, partindo do princípio de que todos são dignos e que não é possível fazer qualquer distinção baseado em argumentos pessoais ou particulares.

Para Ana Paula de Barcellos, os critérios estão relacionados:

O primeiro diz respeito à relação entre o custo da prestação de saúde e o benefício que ela poderá proporcionar para o maior número de pessoas, tendo em vista a quantidade daqueles que necessitam dessa espécie de prestação. Isto é: a preferência seria da prestação de saúde capaz de, pelo menor custo, atender de forma eficaz o maior número possível de indivíduos (é o caso, e.g., das campanhas de prevenção de epidemias através da administração de vacinas em massa).

Um segundo parâmetro, que talvez seja capaz de sanar parcialmente os vícios do primeiro, propugna pela inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitam – e.g., o atendimento no parto e o acompanhamento da criança no pós-natal –, necessitam – e.g., o saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiológica, ginecológica etc. –, ou provavelmente não necessitam – e.g., o acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade, como a hipertensão, o diabetes, entre outras.¹⁴³

¹⁴¹ BARCELLOS, 2008, p.140.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Ibidem, p.141-142.

O conceito de Mínimo Existencial, em seu sentido abrangente, não é estático, uma vez que se constrói ao longo do tempo, historicamente, face às circunstâncias, mudanças e possibilidades da sociedade (financeiras, econômicas e culturais). Assim, ações coletivas e abstratas são examinadas de forma mais consistente que as individuais, o que coopera para o amadurecimento da noção de Mínimo Existencial, bem como para o avanço da discussão que envolve o tema.

A relação “prestações sociais x custos”, inclusive a discussão que envolve decisão judicial e gastos públicos serão abordadas no Capítulo 3, Antítese.

Não há como negar que para o funcionamento regular da democracia é indispensável, tanto para que se possa desfrutar de um mínimo de direitos fundamentais (ou de ao menos alguns deles), como, mais especificamente, para a existência do próprio controle social das políticas públicas. Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercerem suas liberdades, de participarem conscientemente do processo político democrático e de diálogo no espaço público.¹⁴⁴ Acerca do tema que envolve políticas públicas e diálogo democrático será analisado no último capítulo do presente trabalho, denominado Síntese.

2.4 O princípio da Proibição do Retrocesso Social

Na segunda metade do Século XX, em especial na Alemanha e Portugal, partindo da constatação de que quando se analisa o dever positivo do Estado de implementar direitos fundamentais, em especial os sociais, pode ocorrer de uma imposição de abstenção, uma obrigação anexa de não tomar medidas que atentem contra as conquistas já cristalizadas na normatividade jurídica derivada da Constituição, a jurisprudência europeia desenvolveu a ideia de vedação ao retrocesso.

Tal ideia foi desenvolvida como cláusula geral de tutela dos direitos fundamentais, concretizados pela legislação infraconstitucional, assumindo uma função de defesa para o cidadão contra as ingerências abusivas dos órgãos estatais. Decorre, em princípio, da afirmação de que as conquistas afetas aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas. A vedação ao processo permite, dessa forma, que

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2003. v. 1. p. 154.

se impeça pela via judicial, a revogação de normas infraconstitucionais que contemplem direitos fundamentais do cidadão, desde que não exista previsão normativa do implemento de uma política pública equivalente, tanto no que se refere à perspectiva quantitativa, quanto qualitativa.

Importante demonstrar o raciocínio expendido por Felipe Derbli, sobre como se opera “O Princípio da Proibição de Retrocesso Social”:

[...] veda-se ao legislador a possibilidade de, injustificadamente, aniquilar ou reduzir o nível de concretização legislativa já alcançado por um determinado direito fundamental social, facultando-se ao indivíduo recorrer à proteção, em esfera judicial, contra a atuação retrocedente do Legislativo, que se pode consubstanciar numa revogação pura e simples da legislação concretizadora ou mesmo na edição de ato normativo que venha a comprometer a concretização já alcançada.¹⁴⁵

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social pode ser considerado uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, dessa forma, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução.¹⁴⁶

Para Canotilho, a proibição do retrocesso social se caracteriza na premissa de que uma vez que determinado direito protetivo é previsto, ele não poderiaser restrito ou esvaziado:

[...] o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição do retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição a contrarrevolução social, ou à evolução reacionária. Com isso, quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançadosou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.¹⁴⁷

Continuando na perspectiva de J. J. Gomes Canotilho¹⁴⁸ acerca do tema, a vedação do retrocesso destaca-se como o núcleo essencial dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, já realizado e efetivado através de medidas legislativas. Assim, deve-se considerar inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e

¹⁴⁵ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 374.

¹⁴⁷ CANOTILHO, 1998. p. 77.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 321.

simples desse núcleo essencial. Desse modo, a liberdade do legislador encontra como limite de sua atuação o núcleo essencial já realizado.

Aponta-se como finalidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, nas palavras de Walber de Moura Agra “garantir eficácia ao ordenamento jurídico, dotando-o de segurança jurídica, o que faz com que as normas deixem de ter um papel retórico e possam ter uma concretude prática.”¹⁴⁹

Luís Roberto Barroso, tratando do tema “O Princípio da Vedação do Retrocesso Social”, de forma didática expõe:

Trata-se, em essência, de um limite à liberdade de conformação do legislador, retirando-lhe a possibilidade de revogar total ou parcialmente determinadas leis quando isso decorra da paralisação ou considerável esvaziamento da eficácia de dispositivos constitucionais dependentes de regulamentação. (...) A vedação do retrocesso operaria em um segundo momento, impedindo que, uma vez criada norma regulamentadora, esta viesse a ser suprimida, devolvendo a ordem jurídica ao vazio anterior, contrário à Constituição.¹⁵⁰

O princípio em tela tem relação direta com a dignidade da pessoa humanae com a segurança jurídica, que é elemento fundamental do Estado de Direito (Estado da Segurança Jurídica). A dignidade não restará protegida em um cenário de instabilidade jurídica, onde o cidadão não pode confiar nas instituições do Estado, bem como ver assegurada certa estabilidade quanto as suas posições jurídicas. Como consequência, de forma implícita, há grave prejuízo aos direitos fundamentais, os quais não conseguem manter seu núcleo essencial preservado, sua essência.

A negação ao reconhecimento da ideia de Vedação ao Retrocesso no sistema jurídico pátrio significaria, segundo Ricardo Maurício Freire Soares,¹⁵¹ aceitar que os órgãos estatais, a despeito de estarem subordinados aos direitos fundamentais que integram a dignidade da pessoa humana, têm o poder de tomar livremente suas decisões, motivados por casuísmos políticos, mesmo em total falta de respeito ao conteúdo da Constituição brasileira e à vontade expressa do Legislador Constituinte originário.

¹⁴⁹ AGRA, Walber de Moura. O entrenchment como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Org.). **Justiça Constitucional: Pressupostos Teóricos e Análises Concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 25.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁵¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A Releitura da Teoria Jusfundamental no Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-releitura-da-teoria-jusfundamental-no-direito-constitucional-brasileiro.-por-ricardo-mauricio.>> Acesso em: 11 Jan. 2017.

Luís Roberto Barroso,¹⁵² exemplificando uma das manifestações do Princípio da Proibição (ou vedação) de Retrocesso Social, afirma que uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito estabelecido na Constituição. Sendo assim, o que se proíbe é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Caso o legislador infraconstitucional complemente a eficácia de uma norma programática, dando-lhe “concretude” ou tornando “[...] viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior”.

No plano doutrinário, há de se ressaltar que embora o Princípio da Proibição do Retrocesso Social não seja expresso, é decorrente do sistema jurídico-constitucional, entendendo-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional e instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.¹⁵³

Na medida em que se propõe a preservar um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária, o Princípio da Proibição de Retrocesso Social é um princípio constitucional com caráter retrospectivo e, além disso, estabelece que o princípio em tela não se traduz em mera manutenção do *status quo*, mas, também, significando a obrigação de avanço social.¹⁵⁴

¹⁵²BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 153-153.

¹⁵³BARROSO, 2006, p. 152.

¹⁵⁴DERBLI, 2007.

3 “A ANTÍTESE”: A ESCASSEZ DE RECURSOS

O presente Capítulo, denominado “Antítese”, parte da premissa de que vivemos em um cenário de escassez de recursos,¹⁵⁵ onde as necessidades a serem suportadas pelo Estado serão sempre maiores do que suas possibilidades orçamentário-financeiras. A partir dessa perspectiva, por vezes clara aos economistas e gestores, mas que nem sempre o é para os juristas, será analisado o debate acerca da judicialização da saúde, bem como da cláusula de “reserva do possível”.

Os direitos sociais, dentre eles a saúde, a fim de que sejam efetivados, necessitam, na maior parte das vezes, de políticas públicas que demandam recursos públicos. Quando tratamos de políticas públicas, em especial nos países em desenvolvimento¹⁵⁶, é do governo a função de alocar os meios públicos; dirigir e executar a Administração Pública, e, em diversos níveis de abrangência, coordenar e planejar a ação coletiva.¹⁵⁷

Pode -se trazer como um dos conceito de Política pública, como sendo o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, como por exemplo: processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial e que visa coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹⁵⁸

Política pública é expressão polissêmica que compreende, em sentido amplo, todos os instrumentos de ação do governo e, pode-se dizer que as políticas públicas encontram-se consubstanciadas em leis ou atos normativos, mas que não se confundem com eles, pois

¹⁵⁵ Quando falamos de escassez de recursos, além da falta de recursos públicos, podemos citar também a falta de mão-de-obra para os serviços.

¹⁵⁶ Termo utilizado por Maria Paula Dallari Bucci. Todavia, ao decorrer do presente trabalho, optou-se por usar “países de modernidade tardia”.

¹⁵⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

Para a autora, quando se trata de países em desenvolvimento, a diferença do papel do governo está na “condição de planejamento e execução coordenada da ação; planejar estrategicamente, num prazo longo o suficiente para realizar os objetivos, mas para um horizonte temporal breve, na medida necessária a que não se perca a credibilidade no processo.”

¹⁵⁸BUCCI, 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. p. 39. (a)

decorrem do conjunto de atos e/ou de normas que implementam valores e objetivos albergados pelo ordenamento jurídico.¹⁵⁹

Política Pública não se confunde com o plano ou o programa, ainda que, na maioria das vezes, se exterioriza por meio deste. Para Bucci, “A política [pública] é mais ampla que o plano e define-se como processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados”.¹⁶⁰

Há de se ressaltar que no Brasil predomina-se uma atuação voltada à efetivação individual do direito, colocando em conflito, de um lado, a efetivação individual do direito por meio das decisões judiciais, de outro, a efetivação coletiva do direito por meio das políticas públicas.

As políticas públicas representam “[...] ‘o Estado em ação’, o resultado da política institucional e processual. As políticas se materializam em diretrizes, programas, projetos e atividades que visam resolver problemas e demandas da sociedade,”¹⁶¹ Consubstanciando-se nas “[...] providências para que os direitos se realizem, [...] as satisfações sejam atendidas, [...] as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidade aos governados.”¹⁶²

Todavia, conforme pontua Asensi e conclui o CNJ, há de se reconhecer que a apreciação jurisdicional envolvendo os direitos sociais interfere diretamente nas políticas públicas. Dessa forma, para o próprio Conselho Nacional de Justiça: “[...] qualquer intervenção judicial que seja mais contínua e perene pode influenciar decisivamente o rumo das políticas públicas do ponto de vista do orçamento, planejamento, gestão, riscos, etc.”¹⁶³

Quando se discute políticas públicas para efetivação de direitos sociais, há um consenso de que demandam gastos de recursos públicos, e é, aí, que começam os questionamentos acerca da exigibilidade judicial dos direitos sociais, vez que uma decisão judicial de tutela de um determinado direito (social) em algum caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos e, vez que os recursos públicos à disposição são ínfimos em

¹⁵⁹MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 18, p. 169-186, set. 2007. p. 2.

¹⁶⁰BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 259. (b)

¹⁶¹SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008. p. 2311.

¹⁶²OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 251.

¹⁶³ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coord.). **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília, DF: CNJ, 2015. p. 131.

relação à necessidade de se ofertar o que é previsto constitucionalmente, em muitas vezes a Administração não tem como dispor, ou não pode, de recursos necessários para atender tal decisão sem que isso comprometa a tutela de outro direito que o Poder Público julgue mais urgente. Em situação de escassez de recursos, inevitável que o Estado faça escolhas e ao executar as escolhas, há preferências e preteridos. A exigibilidade judicial dos direitos sociais gera debate e levanta a questão acerca da possibilidade do indivíduo preterido de requerer, ante o poder Judiciário, às garantias de seus direitos e, ainda, se o poder judiciário teria legitimidade (legitimidade democrática), formação técnica e competência constitucional para exercer tal atribuição.¹⁶⁴

Não há como negar que as decisões judiciais têm um impacto nas finanças do Estado e acabam por influenciar na escolha de prioridades de aplicação dos recursos já tão escassos.

Há de se destacar, também, a relação existente entre políticas públicas e o orçamento público, que é intrínseca. Nas palavras de Oliveira:

A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas.¹⁶⁵

¹⁶⁴Através da Recomendação n. 31/2010, o CNJ, publicou que, tendo em vista o grande número de processos em saúde, e com objetivo de orientar os tribunais na adoção de medidas que subsidiassem os magistrados:

“ - o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Judiciário e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais;

- a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;

- os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei nº 6.360/1976 c/c Lei nº 9.782/1999, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes;

- as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde.”

Desse modo, o CNJ, estimulou que os tribunais, celebrem convênios com objetivo de disponibilizar apoio técnico de médicos e farmacêuticos para auxílio na questões clínicas. E ainda:

“ - procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

- evitem autorizar o fornecimento de medicamento ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

- ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

- incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, além de incorporar o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

- promovam visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Unacon) ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Cacon).”

¹⁶⁵OLIVEIRA, 2006, p. 243.

Dessa maneira, não se questiona que o “o relacionamento entre políticas públicas e orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário (...)”¹⁶⁶

Considerando a relação existente entre Políticas Públicas e o Orçamento, antes de passarmos à análise da judicialização e ao ativismo judicial, e em especial da judicialização da saúde, abordaremos o tema “Orçamento”.

3.1O Orçamento Público

O orçamento público, além de natureza contábil, é um instrumento de controle da sociedade sobre as finanças públicas. Nele estão estampados os princípios e as regras que tratam da receita e da despesa, sempre com a compreensão da ideia de que orçamento público perpassa pelo estudo da principal finalidade do Estado, qual seja, a realização do bem comum e a consequente necessidade de desenvolver diversas atividades estatais para que esse bem geral seja alcançado. Todavia, outrora, na visão clássica, o orçamento era visto apenas como uma peça contábil contendo a previsão de receitas e de despesas a serem realizadas pelo Estado em um determinado período de tempo.

Para Harada, nesse contexto clássico, o orçamento tinha como objetivo a manutenção do equilíbrio financeiro do Estado, a fim de evitar a expansão dos gastos, sendo isso o que mais importava, estando totalmente desvinculado dos planos de governo e dos interesses sociais.¹⁶⁷

Contra tal posicionamento da concepção clássica, José Afonso da Silva entende que tal definição simplista ignora as “necessidades reais da administração e da população”, bem como os “objetivos econômico-sociais a atingir com sua execução”.¹⁶⁸

Destaca Elcio Fiori Henriques ao citar a lição de Regis Fernandes de Oliveira acerca do orçamento público:

¹⁶⁶TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: O Orçamento na Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000. v. 5. p. 110.

¹⁶⁷HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 57.

¹⁶⁸SILVA, José Afonso da. **Orçamento: Programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

Tem seu aspecto político, porque revela desígnios sociais e regionais, na destinação das verbas; econômico, porque manifesta a atualidade econômica; técnico, com o cálculo de receitas e despesas; e jurídico, pelo atendimento às normas constitucionais e legais.¹⁶⁹

A doutrina majoritária possui posicionamento no sentido de que o orçamento é uma lei, mas uma lei meramente formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, posto que tem a natureza de ato-condição, que aprovado pelo Legislativo, circunscreve-se a autorizar a realização de despesa e a prever o montante da receita, sem criar direitos subjetivos para terceiros.

O orçamento tem apenas forma de lei, mas não tem o conteúdo de lei, visto que não veicula direitos subjetivos, tampouco é norma abstrata e genérica, não criando direito subjetivos. Sob este aspecto, leciona Celso Ribeiro Bastos:

A autorização para que se efetive a despesa não significa o dever de o administrador levá-lo a efeito. Este pode perfeitamente considerar não oportuna a sua realização. Ou seja, ele não obriga o executivo a gastar, mas tão-somente indica-lhe onde gastar. O legislativo fixa um teto de gastos, que pode ou não ser observado, conforme a vontade do Executivo.¹⁷⁰

Quanto às suas funções precípua podemos falar que se destacam duas, quais sejam, a política e a econômica.

No que tange à questão política do orçamento no Estado Democrático de Direito, é o fato de que por ele procura-se exercer o controle da administração, que por suas vias fica adstrita à execução das despesas no período e nos limites estabelecidos pelo Legislativo.

Já a função econômica do orçamento, acentuada nas últimas décadas, busca mais o equilíbrio econômico que o orçamentário, adotando-se a técnica do “déficit” nos períodos de crise, para possibilitar investimentos na economia e do “superávit” nos períodos de crescimento.

A gestão do orçamento deve ser feita de forma responsável, de acordo com os princípios da descentralização, da eficiência e da responsabilidade (“accountability”) e dos seus subprincípios da prudência e da transparência. A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF

¹⁶⁹CONTI, José Maurício. **Orçamentos Públicos: A Lei 4.320/1964 Comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.39.

¹⁷⁰BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002. p. 65-66.

(Lei nº 101/2000),¹⁷¹ que contribuiu para o aperfeiçoamento da gestão orçamentária, em seu art. 1º, §1º, dispõe:

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.¹⁷²

Pode-se afirmar que o orçamento é instrumento representativo da vontade popular, um mecanismo de intervenção estatal e um espelho do plano de ação governamental.¹⁷³ E, nesse sentido, Harada:

No Estado Moderno, não mais existe lugar para o orçamento público que não leveem conta os interesses da sociedade. Daí, por que o orçamento sempre reflete um plano de ação governamental. Daí, também, seu caráter de instrumento representativo da vontade popular, o que justifica a crescente atuação legislativa no campo orçamentário.¹⁷⁴

A partir de então, o orçamento perde sua “característica” de inércia, tornando-se em instrumento imprescindível que tem a Administração Pública a sua disposição para auxiliá-la nas diversas etapas do processo administrativo: programação, execução e controle.¹⁷⁵

Essas transformações das características, bem como da importância do orçamento público, surgem no instante em que os objetivos, metas e programas, que agora constam da Constituição, passam a ter sua implementação condicionada à adoção, pelo Estado, de políticas públicas que os concretizem. Assim, a noção moderna de orçamento é diretamente relacionada à noção de políticas públicas.

O processo orçamentário, por meio de três leis de iniciativa do Poder Executivo (municipal, estadual e federal) é materializado:

¹⁷¹A Lei de Responsabilidade Fiscal (acrescentou nas alíneas do inciso I do artigo 4º), como objetivos e funções a serem cumpridos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias o estabelecimento: I) da busca pela estabilidade entre receitas e despesas, ou em outras palavras, o equilíbrio orçamentário; II) de critério para a realização de limitação de empenho; III) de regras atinentes ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas que se utilizam de recursos orçamentários; e IV) de condições e exigências para a realização de transferências de recursos a entidades público e privadas mediante subvenções.

¹⁷²BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 4 DE MAIO DE 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 Maio 2000.

¹⁷³BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.327.

¹⁷⁴HARADA, 2009. p.58.

¹⁷⁵MÂNICA, 2007, p.2.

I – Plano Plurianual: com função de programação econômica e de direcionamento da ação governamental. Conforme art. 165 da CF, deverá estabelecer de forma regionalizada as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal, para despesas de capital e outras delas decorrentes e para relativas aos programas de duração continuada. Em se tratando de vigência, compreende o segundo ano do mandato do Executivo (União, Estados e Municípios) até o final do primeiro ano do mandato subsequente.

II – Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO): está previsto na Constituição e na Lei de Responsabilidade Fiscal,¹⁷⁶ tratando: de compreender as metas e prioridades da Administração Pública Federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente; orientar a elaboração da lei orçamentária anual; dispor sobre alteração na legislação tributária; estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento; equilíbrio entre receitas e despesas; metas fiscais; riscos fiscais; programação financeira e cronograma de execução mensal de desembolso a serem estabelecidos pelo Poder Executivo trinta dias após a publicação da lei orçamentária; critérios e formas de limitação de empenho a serem efetivadas nas hipóteses de risco de não cumprimento das metas fiscais ou ultrapassagem do limite da dívida consolidada; normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financeiros com recursos dos orçamentos; condições exigências para transferências a integrar a lei orçamentária anual; demonstrações trimestrais apresentadas ao Banco Central sobre o impacto e custo fiscal de suas operações e concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita. A Lei de Diretrizes Orçamentárias precede e orienta a Lei Orçamentária Anual e deve estar de acordo com o Plano Plurianual.

III – Lei Orçamentária Anual (LOA): Constitui-se pelo orçamento fiscal (receitas e despesas), pelo orçamento da seguridade social (saúde, assistência social e previdência social) e pelo orçamento de investimento das empresas estatais. Estabelece a previsão de recursos que serão arrecadados no exercício financeiro e fixa as aplicações das despesas correspondentes. Na Lei Orçamentária Anual deve constar apenas dispositivos que se referem à fixação de despesas e previsão de receitas e seus prazos estão previstos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas dos Municípios.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Para Giacomoni, a Lei de Responsabilidade Fiscal ampliou significativamente o número de matérias a serem disciplinadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

GIACOMONI, Janes. **Orçamento Público**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 202.

¹⁷⁷ Ibidem, p.210.

Nas palavras de José Maurício Conti, as três leis orçamentárias¹⁷⁸ - plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual, devem ser utilizadas por cada ente da federação (União, Estados e Municípios), visando planejar os gastos públicos, visto que esses gastos públicos se vinculam no intuito de firmar “uma política de programação da atividade financeira do Estado”, na medida em que “procuram vincular as despesas aos resultados, em atenção às diretrizes fixadas pela técnica do orçamento-programa”.¹⁷⁹

Inobstante as várias funções do orçamento público e considerando o corte metodológico do presente trabalho, podemos destacar a função que enxerga o orçamento como produto de um processo onde os representantes da sociedade por vezes realizam “escolhas trágicas”, no sentido de determinar o destino dos recursos públicos.¹⁸⁰

3.2 Do Ativismo Judicial

O direito à saúde, em especial através da sua justiciabilidade, tem se mostrado tão evidente nos últimos tempos, que já vivenciamos uma verdadeira explosão de litígios atinentes à matéria, já que se constatou a possibilidade de efetivação de tais direitos via acesso ao judiciário.

A fim de não se confundir ativismo judicial com judicialização da política, passemos, de início, a definição do que é o ativismo judicial.

Elival da Silva Ramos, definiu o ativismo judicial como “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional.”¹⁸¹ Ainda para o mesmo autor:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e da função de governo.¹⁸²

¹⁷⁸ Para Torres, a tripartição do planejamento orçamentário adotado pela Constituição de 1988 demonstra a forte influência alemã que orientou sua feitura, vez que a Carta Alemã prevê a existência: I) do plano plurianual - art109,3.; II) plano orçamentário – art. 110; e III) lei orçamentária – art. 110). TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010b, p.172.

¹⁷⁹ CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do poder judiciário**. São Paulo: MP, 2006. p. 61.

¹⁸⁰ Nas palavras de Conti, o orçamento público é a lei que estabelecerá a forma de distribuição dos recursos públicos.

CONTI, José Maurício. **Orçamento Público**: a Lei nº 4.320/1964 comentada. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 9.

¹⁸¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

¹⁸² Idem.

A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Poder Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhe é confiada e para cujo exercício foram estruturados.¹⁸³

Ramos ainda traz como conceito de ativismo:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de questões subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar, mais uma vez, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto poder ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.¹⁸⁴

Para Gustavo Amaral, o novo constitucionalismo:

Veio a lume com uma constituição compromissória, muitas vezes casuísta, características que as diversas emendas não diminuíram, ao contrário, onde muitos “direitos” estão garantidos, fornecendo, assim, farto material para os pleitos de “plena eficácia” e para o ativismo judicial.¹⁸⁵

Dessa forma, para que se entenda o ativismo, torna-se necessário demonstrar em que contexto histórico houve sua proliferação.

Conforme já demonstrado alhures, ao final da Segunda Guerra Mundial a comunidade jurídica, especialmente na Europa, começou a repensar o constitucionalismo, até então pautado por uma supremacia legislativa, que era identificada com o positivismo. Esse positivismo jurídico era pautado na cientificidade e reduzido a um conjunto de normas. Tal dogmática, considerada perfeita, não carecia de qualquer explicação e, assim, acabou por custar vidas humanas com o surgimento de regimes autoritários que se firmaram apoiados na lei, em consequência de sua ambição positivista da certeza jurídica. Assim, observa Barroso:

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismo de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positividade da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes as primeiras décadas do século, a decadência do

¹⁸³ Ibidem, p. 117.

¹⁸⁴ RAMOS, 2010, p. 129.

¹⁸⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito Escassez & Escolha:** Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.26.

positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.¹⁸⁶

Ao final da Segunda Guerra, a Constituição passa a ser o centro do debate jurídico, repensando-se, então, o direito constitucional. Foram fortalecidos os direitos fundamentais e a Constituição, constatou-se, na maioria dos países ocidentais, uma evolução das funções do Poder Judiciário e, conseqüentemente, do conceito de justiça constitucional. Ao Judiciário fora dada a tarefa desse “projeto constitucional”, que acabou por trazer como uma de suas principais características do novo constitucionalismo: dar-se via poder judicial.

Nesse novo panorama erigido pelo constitucionalismo do pós-guerra, verificou-se, em decorrência das profundas mudanças ocorridas, a noção de que o Estado democrático de direito pressupõe uma valorização do Judiciário.

Vale acrescentar que a expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez por Arthur Schlesinger, em 1947, num artigo sobre a Suprema Cortenorteamericana. Segundo o Black’s Law Dictionary, o ativismo trata-se de “uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores”, acrescentando que o termo usualmente sugere que essa filosofia usualmente costuma ignorar os precedentes e tende à prática de violações à Constituição.¹⁸⁷

Para Gustavo Amaral,¹⁸⁸ somado ao novo constitucionalismo, um dado sociológico não pode ser desprezado, o descrédito do Governo. No Brasil, o ressurgimento da sociedade civil, despertado pelo movimento das “Diretas Já”, que culminou com a frustração causada pela rejeição da “Emenda Constitucional Dante de Oliveira”, que reimplantava as eleições diretas para Presidente da República. O civismo ressurgiu com a vitória de Tancredo Neves no colégio eleitoral e, em seguida, a comoção pública nacional com sua morte.

¹⁸⁶BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos E Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48.

¹⁸⁷MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

¹⁸⁸AMARAL, 2001, p. 18-21.

José Sarney assume o poder, mas não carregava em si o catalisador dos anseios da sociedade que estava com Tancredo. Após quase um ano surge o “Plano Cruzado” com apoio quase que unânime da sociedade.

Ancorado no Plano Cruzado, o partido governista elege a quase totalidade dos governadores e a ampla maioria dos parlamentares nas eleições para a Assembleia Nacional Constituinte. Nos dias seguintes ao pleito, o plano foi drasticamente modificado, o que gerou ampla sensação de ludibriamento.

O processo constituinte correu entre denúncias de trocas de favores entre alguns parlamentares e o executivo, pairando dúvidas acerca da real tutela do interesse nacional. Inflação altíssima, direitos cerceados a cada novo plano econômico e pela primeira vez na história do país, tornara-se fonte de emigração e não destino de imigração.

Fernando Collor de Mello é eleito presidente da República na primeira eleição direta para o cargo e promete combater as elites encastelas no poder e, “num plano mirabolante” reduz a inflação, então na casa de 84% ao mês, a um único dígito. O plano não dá certo; volta a inflação; recursos são bloqueados, e contratos violados. Mais adiante, uma briga familiar traria à tona atos de corrupção e enriquecimento ilícito. O povo vai às ruas e dá início a um processo que culminaria no impedimento de Fernando Collor.

Assim, a confiança nos poderes constituídos foi se perdendo, enquanto o Poder Judiciário passou a ocupar e exercer o papel de “campeão da cidadania”.

Acerca da questão histórica, Amaral pontua:

Esses fatores históricos e sociológicos causaram uma legitimação popular à intervenção do Judiciário em decisões da Administração e do Legislativo, bem como deu a alguns de seus membros certa sensação de “campeões da cidadania”, isso tudo associado a um pré-conceito de que as decisões governamentais, executivas ou legislativas, não tinham a coisa pública e o bem comum e tão elevada conta quanto deveriam.¹⁸⁹

Ao abordar o tema do ativismo judicial, Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹⁹⁰ indica três fatores como causa desse fenômeno, já destacando, que no caso do Brasil há de se agregar o “estilo da Constituição de 1988, suas ambiguidades, seus defeitos de redação, a imprecisão de sua linguagem, abundância de princípios cogentes e, sobretudo, a multiplicação de

¹⁸⁹ AMARAL, 2001, p.21.

¹⁹⁰ O autor denomina o fenômeno do Ativismo Judicial como “Atividade Expansiva dos Magistrados”.

instrumentos judiciais de atuação ou controle sobre as políticas de governo e sobre o proceder dos demais Poderes”:¹⁹¹

Uma, de ordem técnico-jurídica, é a expansão do controle judicial das políticas e atos administrativos, particularmente por meio da aferição de constitucionalidade.

Outra, de ordem sócio-política, reflete o desprestígio dos “políticos” em face do prestígio dos magistrados como uma “aristocracia togada”, quer dizer, o contraste entre uma “plebe” despreparada e ávida e uma elite instruída, preocupada com o justo. Justo este confundido com o interesse geral.

Uma terceira, também de ordem sócio-política, intimamente ligada à anterior, é auto-percepção dos magistrados como elite, com responsabilidade de trabalhar para o bem comum.¹⁹²

Para Elival daSilva Ramos, o problema do ativismo está relacionado com, no mínimo, três questões: o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito. Para o autor, a problematização do ativismo judicial traz como pano de fundo uma busca pela legitimidade do controle de constitucionalidade, o que, segundo o autor, ocorre por uma via externa – axiologicamente –, de modo que “o que caberia discutir é se o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo Constituinte seria o mais adequado para se implantar uma democracia.”¹⁹³

Com o ativismo, tem-se uma supervalorização do judiciário e de seus meios de controle (meios judiciais de controle), ao passo que também, passamos a não valorizar ou asubvalorizar o voto e as manifestações populares.

3.3 Distinção entre Ativismo judicial e Judicialização da Política

Resta evidente que a partir do século XX o Poder Judiciário passou a ter papel de destaque, bem como, o modo de pensar o constitucionalismo.

Com a Constituição de 1988, houve uma maior intervenção do judiciário (passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito), se caracterizando pelo deslocamento do pólo de tensão do Executivo para o Judiciário, o que acabou transformando-se numa

¹⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: del Rey, 2012. p. 223.

¹⁹² FERREIRA FILHO, 2012, p. 222-223.

¹⁹³ RAMOS, 2010, p. 25.

atividade por vezes “ilimitada”. Dessa forma, cumpre-nos fazer a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, vez que ligadas à atividade jurisdicional e, ocasionalmente, confundidas como se fossem a mesma coisa, não há como negar que ambas são utilizadas no sentido de demonstrar a ideia do acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atualidade.

O ativismo judicial, bem como o governo dos juízes, o que remete-nos aos Estados Unidos, possui mais de 200 anos de história¹⁹⁴ e suas consequências num estado democrático podem ser desastrosas.

A judicialização da política, segundo Streck, é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial e consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais Poderes e, não é um mal em si.¹⁹⁵ Segundo o professor, ocorre na maioria das democracias.

Vários fatores podem ser atribuídos à judicialização da política, sendo o fenômeno um processo legítimo e comum nas democracias contemporâneas, mas que encontra “antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema de representação.”¹⁹⁶

O ativismo, por sua vez, configura um desvirtuamento na atuação do Judiciário, que passa a atuar extrapolando suas funções. Afirmo Streck:

Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os poderes, na medida em que há extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.¹⁹⁷

Streck é enfático:

O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas).¹⁹⁸

¹⁹⁴STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.61.

¹⁹⁵STRECK, 2011, p. 65.

¹⁹⁶VIANNA, Luiz Werneck, et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 40-41.

¹⁹⁷STRECK, op. cit., p. 65.

¹⁹⁸STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números?. **Revista Consultor Jurídico**, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 1 Mar. 2016.

Rafael Tomaz de Oliveira cita Garapon, para quem “ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.”¹⁹⁹

O ativismo é um problema da teoria do direito, um problema do órgão julgador com relação à possibilidade de alteração dos contextos político-sociais e suas decisões podem ser de ordem conservadora ou progressista.

A constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram para o fenômeno da judicialização da política, inclusive no Brasil.

O fenômeno da judicialização da política é identificado nas lições de Clarissa Tassinari,²⁰⁰ como decorrentes de cinco fatores, a saber:

- 1) Do dirigismo constitucional;
- 2) Do surgimento dos Tribunais Constitucionais na Europa;
- 3) Do aumento da litigiosidade;
- 4) Do crescimento do acesso à justiça;
- 5) Da crise da democracia.

Ou seja, como já apontado alhures, o processo de judicialização em excesso tem lados social e político.

Cumpra-nos pontuar, citando Tassinari,²⁰¹ que segue a linha de Streck, e alerta que o ativismo judicial, mesmo diante de tomadas de decisões progressivas, não deve ser entendido como o melhor caminho para concretizar direitos, pelo simples fato de que, com isso, a sociedade acabe por ficar à mercê de opiniões oscilantes, das quais passem a depender a garantia ou a efetivação de direitos. Ou seja, mesmo que seja por uma “boa causa”, o Judiciário não deve valer-se do ativismo.

¹⁹⁹OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 1 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 2 Mar. 2016.

²⁰⁰TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p.31-46, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf>>. Acesso em: 2 Mar. 2016.

²⁰¹TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial**: Uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2012. p. 115.

3.4 Ativismo Judicial, Orçamento Público e escassez de recursos

O ativismo judicial, conforme exposto, é um problema de comportamento dos juízes, é a intervenção jurisdicional que pode ser caracterizada, dentre outros fatores, pela efetivação de direitos que, em razão do espaço de discricionariedade deixado para o Poder Público, necessita realizar-se por outros instrumentos que não sejam pelos órgãos políticos em si.

Assim, face aos inúmeros pedidos que foram chegando ao judiciário brasileiro, decisões ativistas foram surgindo das mais variadas formas, principalmente relacionadas à saúde e ao tratamento médico, algumas concedendo medida liminar sob o argumento de que, “ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário.”²⁰²

Outras, a título de exemplo, discutindo o dever do Estado (no caso o Estado de São Paulo) de custear tratamento de portador de doença e afastou a possibilidade da concessão da medida sob o argumento:

Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevailecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu (...).²⁰³

Vê-se diariamente, decisões de 1ª instância determinando internações compulsórias para dependentes químicos em clínicas particulares às expensas das fazendas públicas municipais, decisões liminares correndo à solta para compelir que se criem vagas em creche (matrículas em creches) e para fundamentar as decisões o campo é vasto.

Valem-se, como argumento, por vezes, da ineficiência no emprego dos recursos públicos para justificar a concessão do fornecimento da medida pleiteada.

Em várias decisões de 2ª Instância, os acórdãos simplesmente reconhecem haver direito subjetivo ao recebimento de tratamento médico, afastando qualquer consideração orçamentária.

²⁰² AMARAL, 2001, p. 26.

²⁰³ Ibidem, p.27-28.

Eis a parte de acórdãos transcritos e citados por Amaral:

Não comporta cabimento a defesa do apelante. Negar o dever de assumir tais encargos, a pretexto de violação ao princípio do orçamento e da quebra da harmonia e independência de Poderes, é, na verdade, violar o princípio da razoabilidade e da legalidade. (Ap. Civ. N° 2.835/98 da 9ª Câmara do TJRJ).

Que o fornecimento se faz conforme possível, sendo notória a insuficiência de recursos, de modo que o atendimento de casos isolados torna o programa inadmissível, o Estado, cuja administração é difícil, tem recursos sem sempre bem empregados, notando-se que, nos últimos anos, houve desaparelhamento dos serviços de saúde, proliferando os planos privados de seguro saúde, que, no entanto, não aceitam segurar doenças como a dos agravados, ante o alastramento. Sabemos que as despesas são elevadas. Mas é inegável que, quanto à lei, prevalece a Constituição (...). (...), mesmo, mesmo porque, em casos semelhantes, o risco de visa suplanta considerações jurídicas e a norma da Lei maior deve prevalecer sempre. (Agravamento de Instrumento n° 1081/97 da 4ª Câmara Cível do TJRJ).²⁰⁴

A mesma 4ª Câmara, segundo Amaral, com outra composição decidiu mantendo o posicionamento:

Participando o Estado do Programa Nacional de DST/AIDS, decorre a conclusão de existirem verbas para a consecução do mesmo, e, mais adiante, do que, para tanto há necessariamente previsão orçamentária. O segundo é o de que, ainda que assim não fosse, todavia, há a necessidade de proclamar-se aqui a prioridade dos valores de vida e de saúde, constitucional e eticamente consagrados, sobre um princípio meramente de finalidade fiscal invocado pelo ente público, que deve àquele se submeter.

Prescinde sua execução, pela natureza constitucional do direito outorgado, de previsão orçamentária, impondo-se aos Estados ajustarem suas disponibilidades para ser cumprida. (Ap. Cível n° 6.684/98 da 7ª Câmara do TJRJ).

Quanto à arguida desconsideração da sentença apelada as normas dos artigos 167, II e 195, § 5º da C. Federal, na verdade, não está presente: os requisitos de existência de fonte de custeio e de previsão orçamentária, de que fala a apelante, devem ser vistos como antecipadamente preenchidos, pois parece claro que, se no art. 290, XVIII, da Carta Estadual, é imposto ao Estado a obrigação de fornecer às pessoas carentes os medicamentos essenciais à preservação de suas vidas, em se tratando, como se trata, de previsão constitucional, parece evidente que o Estado deve ter planejado em seu orçamento os recursos necessários ao cumprimento de tal obrigação constitucional, recursos esses que, de qualquer forma, estarão sempre reforçados pelos repasses de contribuições dos S.U.S., feitas pela União Federal. (Ap. Cível n° 762/98 da 7ª Câmara do TJRJ).²⁰⁵

E como lidarmos com o excesso de ativismo diante de recursos limitados? Soaria cômico se não fosse deprimente que alguns entes chegaram a criar uma rubrica no orçamento para os casos de “decisões judiciais/ativismo”. Ou seja, se numa democracia os juízes devem ter responsabilidade política e não têm, podemos fazer, sem delongas, duas afirmações: ou

²⁰⁴ AMARAL, 2001, p.33-34.

²⁰⁵ Idem.

ainda não estamos em uma democracia ou o nosso problema pertine ao problema da Teoria do Direito (Teoria da Decisão, aqui valendo novamente de Streck).²⁰⁶

Quanto ao problema da escassez, o infectologista David Uip,²⁰⁷ professor da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP) e diretor da Casa da Aids, ao tratar do tema da universalidade do atendimento à saúde:

Engano de retórica: não há recursos para atender todos com dignidade. Acho que o Estado tem de saber até onde pode chegar, e a sociedade vai ter de se virar para fazer o resto. O modelo já está pronto. (...) Se você tira do SUS os 41 milhões de pessoas que têm plano de saúde, o atendimento para quem fica vai melhorar.²⁰⁸

Para Amaral,²⁰⁹ não há como admitir que não haja escolhas trágicas e escassez e que o Estado possa sempre prover as necessidades. Para ele, se o Estado está obrigado a sempre ter recursos para prestar as utilidades que lhe são demandadas, ao menos na área da saúde, então por coerência, há que se reconhecer o direito de obter esses recursos.

É preciso que se concentrem esforços para encontrar a melhor interpretação judicial, afastada da discricionariedade do julgador e que melhor reflita os parâmetros constitucionais.

Historicamente e pelas características originais, e no curso da evolução, formaram-se gerações de direitos que convivem entre si. Os direitos negativos têm sede constitucional (os direitos voltados ao valor da liberdade foram classificados como negativos), enquanto que são considerados direitos positivos, aqueles que dependeriam de meios materiais e, portanto, de mediação legislativa e orçamentária.

Diante dessas duas gerações de direitos, positivos e negativos, formam-se três correntes, conforme leciona Amaral:²¹⁰

1. aquela dos que negam eficácia aos direitos sociais, já que a carga positiva depende de mediação legislativa e de meios materiais;

2. a dos que vêem os direitos sociais com o mesmo nível que os direitos individuais, muitas vezes decorrendo uns dos outros;

3. a última que vê os direitos sociais sob a reserva do possível, vez que a realização depende do emprego de meios financeiros.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. Entrevista Professor Luiz Streck. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*. dez. 2011. v. 81, p. 13.

²⁰⁷ UIP, David. Não há recursos para atender todos: entrevista. [29 de maio, 1998]. São Paulo: **Jornal Folha de São Paulo**. Entrevista concedida a Lúcia Martins. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff29059841.htm>> Acesso em: 19 Jan. 2017.

²⁰⁸ AMARAL, 2001, p. 33-34.

²⁰⁹ Ibidem, p. 37.

²¹⁰ Idem, p. 61.

Todavia, fala-se em reserva do possível,²¹¹ alocação de recursos escassos, vez que há menos recursos que os necessários para o atendimento das demandas e a escassez não é acidental, mas essencial. As decisões alocativas, são escolhas trágicas, pois, implicam na negação de direitos que, na área da saúde, por exemplo, podem ocasionar grande sofrimento e até mesmo a morte.²¹² Trata-se, ainda, de justiça distributiva, mas é necessário atentarmos ao fato de que a escassez, como bem emprega Amaral²¹³, é inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial à saúde, onde além da escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com a necessidade.

As decisões de quem atender (os beneficiados) tendem a ser políticas e locais.

3.5 Da alocação de recursos ante a falta de informação e o conhecimento dos juízes

Não podemos deixar de citar que um dos fortes argumentos contra a justiciabilidade dos direitos sociais é a falta de conhecimento dos juízes para alocarem recursos escassos.

Para que se concretize um direito social não se pode falar simplesmente em conceder “algo” por decisão judicial, mas em política pública (que importa em gasto público e em recurso público escasso). Não é simplesmente o reconhecimento de uma obrigação de dar ou fazer, compelindo o Estado, mas é o caso de implementação de políticas públicas com a disponibilização de serviços públicos sociais para os indivíduos que necessitarem. Há de se lembrar, que esses serviços públicos exigem meios para serem realizados, como receitas de custeio, emprego de pessoal e material para execução, ou seja, só se realizam através de emprego de recursos públicos.²¹⁴

Para Marcos Bosi Ferraz, “infelizmente e em qualquer país não é mais possível oferecer tudo para todos. Escolhas precisam ser feitas e dilemas e decisões difíceis, porém responsáveis, precisam ser técnica e socialmente tomadas.”²¹⁵

²¹¹O tema reserva do possível será abordado em apartado, no próximo item.

²¹²AMARAL, Gustavo, op. cit., p. 147.

²¹³Ibidem, p. 172.

²¹⁴LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 120.

²¹⁵FERRAZ, Marcos Bosi. O STF e os dilemas da saúde. **Jornal Folha de São Paulo**. São Paulo, p. 1-1. 9 maio 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0905200909.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

Quando um magistrado decide, obrigando o poder público a prover um bem ou a realizar uma política pública, está direcionando os recursos públicos escassos e ditando a forma como devem ser gastos, matéria que não possui treinamento, habilidade, informação, conhecimentos técnicos para avaliar se está dentro dos critérios administrativos da conveniência e oportunidade para aquela política pública.

Não podemos desprezar o fato de que uma atuação judicial que favoreça um indivíduo ou um grupo em um caso concreto pode acabar (ou diminuir) as possibilidades de planejamento de uma política pública que favoreça um número maior de pessoas.²¹⁶ Sobre o assunto, Ferraz opinou: “A decisão em nome do indivíduo afeta o coletivo, e a decisão coletiva impõe restrições aos indivíduos. Nesse cenário, certamente não deveria caber ao Judiciário fazer escolhas em um ambiente de recursos escassos.”²¹⁷

O juiz, nesses casos, observa o caso apenas sob o ângulo de quem ganha, mas esquece quem perde e, por fim, é preterido. Não há a análise dos “custos de oportunidade”,²¹⁸ que são gerados por uma determinada decisão alocativa.

Quando falamos de vidas humanas, ou seja, no caso da saúde, as escolhas são muito difíceis, fazendo com que muitas das escolhas de alocação de recursos sejam definidas como “escolhas trágicas.”

Tomando decisões de extrema responsabilidade, magistrados, sem capacidade (treinamento, habilidade, informação, conhecimentos técnicos) para fazer as análises que seriam imprescindíveis para gerir a política pública de saúde, acabam por obrigar o Estado a empregar recursos escassos para garantir um bem ou serviço de saúde que objetiva resguardar o direito de um paciente, o que, possivelmente, na maioria das vezes, acaba por restringir o direito à saúde de uma gama de outros pacientes para o qual não haverá recursos financeiros disponíveis.

A tarefa de alocação de recursos escassos é atribuição do processo político, pois possui maior “qualidade decisória, no sentido de clareza das prioridades e dos meios para realizá-las.”²¹⁹

Há também os casos em que magistrados concedem, em suas decisões, tratamentos ou medicamento que estão fora do consenso terapêutico, não estão incluindo na lista de

²¹⁶ LOPES, op. cit., p. 134-138.

²¹⁷ FERRAZ, 2009.

²¹⁸ Custos de oportunidade: aquilo que deixa-se de ganhar em “A”, por investir em “B” são estimados à partir do que poderia ser obtido (ganho) no melhor uso alternativo dos recursos.

VASCONCELOS, Manuel Antônio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos da Economia**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 70.

²¹⁹BUCCI, 2006 b, p.97.

medicamentos do sistema público de saúde (seja pela falta de eficácia comprovada ou por terem similar, - o que é mais barato, incluso na lista), comercialização não autorizada pela ANVISA e ainda os casos de medicamentos ou tratamentos inexistentes no país. Além do impacto financeiro nos cofres públicos, o que implica em diminuição com algum outro gasto para cumprimento das decisões judiciais, há também a ameaça à saúde dos pacientes, no caso dos medicamentos que ainda não tiveram sua eficiência comprovada.

3.6 Da (ausência de) legitimidade dos juízes para alocação dos recursos escassos

Quando se fala em Estado Democrático, é impensável que as decisões acerca da alocação de recursos não sejam tomadas em processo com participação e contestação pública.²²⁰

Os poderes políticos devem tomar as decisões de alocação de recursos, vez que foram democraticamente eleitos para tanto, estando sujeitos ao “accountability”.²²¹

Para legitimar as decisões do governo, necessário que haja participação e contestação, principalmente por se tratar de escolhas envolvendo política pública e justiça distributiva, vez que incluem aí, que alguns serão financiados a expensas de todos, acabando por atingir cada um diante de todos e todos diante de cada um.²²²

Rogério Gesta Leal, ao tratar da competência do judiciário, bem como da competência e função social dos poderes instituídos, destaca o descrédito e a crise de identidade, eficácia e eficiência do Legislativo e Executivo, principalmente na América Latina, o que, para o autor não autoriza a “supressão de competências e funções institucionais, ou mesmo permite uma nova concentração de poder nas mãos de poucos – não possuidores da anuência direta a

²²⁰ Para Robert Dahl, o conceito de democracia é tido como um regime que permite o direito à ampla participação e contestação por parte dos cidadãos.

DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: Edusp, 2005. p.29.

²²¹ Para Rocha, no plano geral, a “accountability” se realiza com o cidadão exercendo o seu poder de eleger seus representantes. Porém, ela também se realiza no dia a dia da atuação dos agentes e das organizações, ocorrendo não só baseado nas diferentes instâncias de controle no interior da estrutura do estado, mas também mediante o controle exercido pela imprensa, pelas organizações e associações da sociedade civil e pelos próprios cidadãos, cujas ações, de alguma forma, resultem algum tipo de constrangimento ou sanção.

ROCHA, A. C. O Processo Orçamentário Brasileiro como Instrumento de Accountability. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, São Paulo. **Anais...** . 2008. p.14.

²²² LOPES, 2006, p. 171.

soberania popular -, parece agonizar ainda mais nossa experiência de emancipação política da cidadania.”²²³

Assim, quando se trata de competência para atuar no processo de escolhas de políticas públicas e alocação de recursos, quem deve decidir são os órgãos políticos, que são representantes do povo e legitimados a decidir a respeito da forma como deve ser realizada a política pública.²²⁴

Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci, “confia-se no processo político, não só pela qualidade decisória, mas pela sua maior legitimidade”.²²⁵ Assim, os protagonistas em termos de decisões alocativas devem ser o Executivo e o Legislativo, a fim de que o controle destas seja político e se dê pelo voto popular e pela atuação da sociedade civil organizada.²²⁶

3.7 Da iniquidade na distribuição de recursos gerada pela judicialização da saúde

Ao contrário do que se pensa, quando se transfere a tutela do processo de escolha de políticas de saúde para o campo judicial, não se está beneficiando os mais pobres, não há distribuição de recursos de forma equânime, mas, ao contrário, uma grande parte dos recursos do Sistema Único de Saúde(SUS) é gasta com uma pequena parcela e que é mais favorecida da população.

Segundo levantamento da Secretaria de Estado da Saúde, Estado de São Paulo, dois terços das ações judiciais contra o SUS para aquisição de medicamentos são ajuizadas por pessoas que possuem convênios médicos particulares ou frequentam clínicas particulares, além de que 65% das prescrições constantes das demandas são de médicos particulares.²²⁷

O Ministério da Saúde divulgou que desde 2010, houve um aumento de 500% nos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais. O valor consumido foi

²²³ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2009. p. 89.

²²⁴ TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. São Paulo: Iob Thompson, 2005. p. 21.

²²⁵ BUCCI, 2006 b, p.97.

²²⁶ AMARAL, 2001, p. 206.

²²⁷ COLUCCI, Cláudia. Judicialização na saúde faz desigualdade avançar, dizem especialistas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 29 mar. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancar-dizem-especialistas.shtml>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

de R\$ 139,6 milhões e apenas em 2014, o gasto chegou a R\$ 838,4 milhões. Em todo o período, a soma ultrapassa R\$ 2,1 bilhões.²²⁸

Ao analisar as ações judiciais com pedido de medicamento ajuizadas contra o poder público municipal de São Paulo no ano de 2005, Fabiola Pereira e Paola Zucchi constataram que: foram ajuizadas 170 ações, todavia apenas 133 tiveram formulário preenchido e foram considerados para a pesquisa; 54%, ou seja, a maioria dos pacientes estava representada por advogados particulares:

63% dos impetrantes de ações judiciais residiam nas áreas do município com menor grau de exclusão social vai ao encontro do achado de que a maioria desses pacientes teve representação privada de seus processos. Também sugere que são indivíduos menos carentes de proteção social que estão movendo ações contra o poder público municipal e instala a dúvida sobre o descumprimento das ações de equidade proposta pelo SUS.²²⁹

As autoras constataram, ainda, que os medicamentos classificados como antineoplásicos, corresponderam a 7,2% do total de itens solicitados, geraram gasto de R\$661 mil, o que equivale a 75% do gasto total com a aquisição de medicamentos em decorrência de ações judiciais.

Na discussão sobre a pesquisa, foi apontado:

Com todas as dificuldades de gerenciar a escassez de recursos frente à demanda crescente, que os sistemas de saúde universais enfrentam, o SUS não está se omitindo em atender aos pacientes com câncer ou diabetes (doenças citadas na maioria das ações). A organização da rede para o atendimento dessas doenças já existe, bem como o fornecimento de medicamentos. A questão é a exigência de se tratar câncer ou diabetes com o uso do medicamento A ou B, que muitas vezes não têm evidências fortes de sua eficácia e segurança, o que revela preferências e sugere influência pesada de mecanismos de mercado. Ainda, por imposição de ações judiciais, o SUS está adquirindo medicamentos sem registro no País.²³⁰

Ao discutirmos acerca dos reflexos da judicialização da saúde, que gera iniquidade na distribuição de recursos, falta de legitimidade, conhecimento e informação dos juízes para fazer a alocação de recursos escassos, percebe-se que a judicialização da saúde não solucionará os problemas sociais existentes, tampouco é o caminho para que os direitos

²²⁸BRASIL. AMANDA COSTA. . **Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais**. 2015. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

²²⁹VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, Apr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 19 Jan. 2017.

²³⁰VIEIRA; ZUCCHI, op. cit.

sociais sejam concretizados, e, ainda, que o processo político é o campo para alocação de recursos escassos. Para Canotilho, a efetivação dos direitos sociais deve se dar pela “intensificação de participação democrática na política de direitos fundamentais.”²³¹

3.8 Reserva do possível frente a escassez de recursos

Para fechar o Capítulo “Antítese”, abordaremos o tema reserva do possível, vez que, quando se trata da tutela judicial dos direitos sociais, por meio de uma ação judicial, requer-se que o poder judiciário obrigue o Poder Público a efetivar um direito social previsto constitucionalmente. Tal debate se dá vez que a efetivação dos direitos sociais depende, na maioria das vezes, da realização de políticas públicas Estatais, o que faz com que a proteção de um direito social se dê pela ação do Estado, e a violação, pela omissão do Poder Público²³².

Ocorre que, quando se fala em política pública, se fala em recurso público e tem de se levar em conta que a saúde, assim como o exercício de qualquer direito social, em princípio, custa dinheiro.

A “reserva do possível”, parte dessa constatação, entendendo que existe um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais, que é a dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária –, que não poderá ser ignorada pelas decisões judiciais.²³³ Para Alexy, é “aquilo que o indivíduo poderosamente exigir da sociedade.” Isso não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar sobre esse direito. Significa que os direitos sociais, bem como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem conteúdos absolutos e aplicáveis a todos os casos de um modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto.

O conceito de “Reserva do Possível” advém de uma decisão paradigmática da Corte Constitucional Alemã nos anos 70. No caso, havia a pretensão de um cidadão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, fundamentado na garantia

²³¹CANOTILHO, 1982, p.377.

²³²SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. Tese (Doutorado) - Concurso de Provas e Títulos Para Provimento do Cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.p. 96.

²³³ALEXY, 2008, p. 498.

da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão. Na decisão, a Corte afirmou que a “prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável... Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento.”²³⁴

O Tribunal Constitucional Alemão, na ocasião, posicionou-se no sentido de que, diante da escassez de recursos, garantir vagas de forma irrestrita a todos no curso de ensino superior, que no caso específico era “medicina humana”, geraria altos custos (já que havia grande procura), além dos grandes dispêndios que exige, conduzindo ao sacrifício de inúmeros outros direitos.

Assim, a “reserva do possível” caminhou no sentido de que “não se podia exigir da sociedade a realização de uma prestação que exceda aos limites do razoável ou da responsabilidade do destinatário de prover seu próprio acesso a um direito.”²³⁵

Para Sarlet e Figueiredo:

Não parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais.²³⁶

Os autores sustentam que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice: (a) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; (b) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e (c) razoabilidade daquilo que está sendo pedido. Para eles, a reserva do possível não impede o poder Judiciário de “zelar pela efetivação dos direitos sociais”, mas deve fazer com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos.²³⁷

Chamando a atenção para o fato de que a jurisprudência brasileira vem hostilizando e maltratando a noção de “reserva do possível”, Scaff, destaca que é como se por detrás deste

²³⁴ SARLET, 2001, p. 265.

²³⁵ CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 196-197.

²³⁶ SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 189.

²³⁷ Idem.

argumento houvesse um “complô” da Administração Pública, cujo intuito fosse o de esconder recursos públicos com a finalidade de não implementar direitos fundamentais sociais e, ainda, de não cumprir as determinações judiciais que a obrigue a fazer.²³⁸

Alguns autores, como Andreas J. Krell, sustentam a impossibilidade de utilização do argumento “reserva do possível” no direito brasileiro, afirmando que a sua recepção no Brasil foi “fruto de um direito constitucional comparado equivocados” e que no Brasil, país pobre, com alto déficit sócio-econômico, a utilização da “reserva do possível” esvazia a força normativa dos direitos constitucionais.²³⁹

Por outro lado, Sarmiento, discordando de Krell, aponta a maior carência econômica dos países do Terceiro Mundo “torna mais evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais”, concluindo que, “por isso, o índice maior de pobreza não afasta a incidência da reserva do possível, mas antes acentua sua importância.”²⁴⁰

Para Sarmiento, a escolha pública (escolha trágica) diante da escassez de recursos deve buscar a igualdade no sentido de somente conceder a um indivíduo o que poderás disponibilizado a todos que se encontrem na mesma situação, ou seja, deve-se visar a “razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.”²⁴¹

Cumpramos, por fim, destacar que as escolhas orçamentárias são objeto e fruto de decisões políticas, e não meras obras da natureza. Assim, deve-se atenção às normas e regras de nosso ordenamento jurídico e a alegação de limites orçamentários por parte do Poder Público está sujeita a impugnações jurídica e judiciais.²⁴²

²³⁸ SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. p. 97.

²³⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 51.

²⁴⁰ SARMENTO, 2010. p. 570.

²⁴¹ Ibidem, p. 571-572.

²⁴² LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 179.

4. “SÍNTESE”: PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NAS POLÍTICAS DE SAÚDE

Frise-se que a efetivação dos direitos, dentre eles os sociais e em especial a saúde, guarda intensa ligação com a participação democrática na sua política, ou seja, a participação democrática é extremamente importante para a existência de relevantes políticas públicas em matéria de direitos sociais.

O que se pretende demonstrar no presente Capítulo, “Síntese”, é que o Direito à saúde defendido no Capítulo 2 como direito e dever fundamental, de titularidade universal, bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988 e no Capítulo 3, que estamos diante de escassez de recursos (onde as necessidades a serem suportadas pelo Estado serão sempre maiores do que suas possibilidades orçamentário-financeiras), em especial as políticas de saúde, devem se dar em processo democrático de decisão com a participação e contestação pública.

Amartya Sen defende que as liberdades civis e políticas, além do seu valor intrínseco, proporcionam às pessoas a oportunidade de chamar a atenção eficazmente para suas necessidades e exigir a ação pública apropriada.²⁴³ O autor afirma que a resposta do governo ao sofrimento do povo depende da pressão que é exercida sobre esse governo e que, assim, exercitar os direitos políticos e civis (votar, protestar, criticar, etc..) fazem a diferença.

Para Cittadino, “quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica.”²⁴⁴

Conforme José Luiz Quadros de Magalhães: “não é o Estado quem deve dizer qual programação ou programas que se adequam aos valores éticos e morais, uma vez que ele não sabe e não pode saber quais são os valores para cada pessoa, cada família, cada comunidade.”²⁴⁵

No momento da Constituinte, ao tratar das políticas de saúde, houve forte pressão dos movimentos sociais sanitaristas para a introdução de novos instrumentos de participação social na formulação, execução e fiscalização dessas políticas. Assim, além dos princípios da universalidade, integralidade e equidade na saúde, atentando para a importância da

²⁴³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.178.

²⁴⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p.209.

²⁴⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. t. 1. p.119.

participação democrática, está constitucionalizado o princípio da participação da comunidade (art. 198, III).

Na proposta de reforma do sistema de saúde, um dos itens constantes, formalizada pela VIII Conferência Nacional de Saúde(1986),²⁴⁶ foi a ideia de controle social do SUS. O art. 198 da CF de 1988 firmou esse ideal de democratização dos espaços decisórios, consagrando a participação comunitária como diretriz do SUS, o que foi reafirmado pela Lei n. 8.080/90 e, posteriormente, pela Lei n. 8.142/90²⁴⁷.

Segundo Sueli Gandolf Dallari, como reflexo da tensão política do momento representada no Congresso Nacional, a Lei Orgânica da Saúde é, em realidade, duas leis:

Todas as disposições sobre a participação popular e o financiamento, que constavam da primeira Lei Orgânica, Lei Federal nº 8.080/90, foram objeto de um veto presidencial e um acordo foi negociado para a apresentação imediata de um novo projeto de lei regulando a matéria, cuja tramitação muito rápida (três meses no total) resultou na Lei Federal nº 8.142/90.²⁴⁸

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

As conferências de saúde devem ser realizadas de quatro em quatro anos, nos três níveis da federação, com representação dos vários segmentos sociais, com o objetivo de avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política sanitária nos níveis correspondentes, com a responsabilidade do Poder Executivo para convocá-la ou extraordinariamente, pela própria conferência ou pelo Conselho de Saúde.

Os fundos de saúde (art. 2º, 3º e 4º da Lei 8.142) devem ser geridos por um Conselho com a participação paritária dos usuários e dos representantes governamentais, dos prestadores de serviços e dos profissionais de saúde, sendo seu funcionamento supervisionado pelo respectivo conselho de saúde.

Quanto aos Conselhos, a Lei 8.142/90 lhes garante, segundo seus artigos 1º e 2º, a função de atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

²⁴⁶A VII Conferência Nacional de Saúde teve como tema “A instalação de uma rede básica de serviços de saúde”, ainda, levou para deliberação política a discussão acerca da extensão da cobertura da assistência à saúde.

²⁴⁷A lei 8.142/90 institucionalizou também as Conferências de Saúde.

²⁴⁸DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, Feb. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 26 Jan. 2017.

São nos Conselhos de Saúde que devem se manifestar os interesses dos diversos segmentos sociais, visando à apresentação de propostas para direcionar os recursos da saúde.

Hannah Arendt, considera o sistema de conselhos o “tesouro perdido” das revoluções. Para ela, constituiu em todas as revoluções, “uma forma de governo inteiramente nova, com um novo espaço para a liberdade,”²⁴⁹ e, acrescentando que “liberdade política, ou significa ‘participar do governo’ ou não significa nada.”²⁵⁰

Acerca da importância dos conselhos de saúde, como arena de discussão e aproximação entre o governo e a sociedade, Costa e Noronha afirmam:

Os Conselhos podem representar um avanço na organização do Estado, colocando-o sob o controle permanente da sociedade permitindo, por meio de um novo estatuto jurídico-institucional e da participação direta da população, que se estabeleçam novos padrões de relacionamento da comunidade com o governo e os serviços de saúde. Esta proposta de organização do Estado está no bojo do que hoje se denomina Gestão Participativa.²⁵¹

Resta-nos saber se realmente há participação democrática nos Conselhos de saúde.

Segundo Eliana Maria Labra, os colegiados, ainda apresentam vários problemas, que vão desde os estatutos e o funcionamento até a representatividade dos conselheiros e a inoperância do controle social.²⁵² Para a pesquisadora, sem de qualquer forma diminuir a importância dos conselhos de saúde, há atualmente alguns limites que são observados: I) grande inclusão de grupos vinculados aos gestores públicos de saúde; II) exclusão de grupos não organizados, em especial os usuários comuns, ao contrário dos portadores de deficiência ou patologias;²⁵³ (III) exclusão de grupos não organizados sem vínculos políticos; (IV) processo de escolha dos membros que nem sempre pauta pela transparência, colocando em cheque a legitimidade da representação da sociedade civil; (V) gestores públicos que nem sempre acatam as deliberações do Conselho, além de que pode haver controle, mediante artifícios de membros do Conselho para que o mesmo (conselho) esteja sempre a favor de suas políticas.²⁵⁴

²⁴⁹ ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1990. p. 199.

²⁵⁰ *Ibidem*, p.175.

²⁵¹ COSTA, Ana Maria; NORONHA, José Carvalho de. Controle social na saúde: construindo a gestão participativa. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 65, p.358-363, set./dez. 2003. p.362.

²⁵² LABRA, Maria Eliana. Conselhos de saúde. Visões “macro” e “micro”. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 6, n. 1, p. 199-221, dez. 2006. p. 209.

²⁵³ LABRA, Maria Eliana. “Conselhos de saúde: dilemas avanços e desafios”. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.). **Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 374.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 371-372.

Costa e Noronha apontam para o problema especificidade ou tecnicidade do assunto, que frequentemente é enfrentado, dificultando a comunicação entre os conselheiros. Os conselheiros usuários ficam dependentes dos conselheiros profissionais de saúde para exercerem efetivamente sua função e o seu poder decisório. Todavia, conforme ressaltam os autores, as capacidades e habilidades dos representantes dos usuários são diferentes e não devem ser confundidas com a dos técnicos ou gestores institucionais. “Apesar de frequentemente confundidas, as capacitações para conselheiros devem ser claramente definidas, tomando como base o perfil desejável para cada conselheiro, de acordo com as aspirações sobre a saúde de seus representados.”²⁵⁵

Os Conselhos possuem suas limitações, ainda que seja um importante espaço de deliberação democrática, principalmente para os menos favorecidos.

Nas palavras de Labra, os Conselhos de Saúde constituem espaços públicos privilegiados para, mediante a participação, acumular capital social e formar cidadãos mais conscientes, informados e capacitados para ampliar a democracia em direção às utopias que, há três décadas, marcam as lutas pelo direito a ter direitos, pela cidadania plena.²⁵⁶

“A esfera pública é o local mais importante para a deliberação...[que é] um intercâmbio ou disputa multifacetada entre discursos dentro da esfera pública.”²⁵⁷

Nas definições de democracia deliberativa são recuperados os traços elencados por Hannah Arendt sobre a democracia na “pólis” grega, onde os indivíduos libertos de suas necessidades e em condições de igualdade, definiam conjuntamente o que fazer com aquilo que lhes era comum, ou seja, com a cidade e o Estado. A política era feita por meio do diálogo livre, com apresentação de argumentos, identificando-se, nesse sentido, também os elementos teóricos de Habermas na constituição de uma esfera pública e no agir comunicativo de base argumentativa.²⁵⁸

A esfera pública para Habermas significa a formação de uma opinião pública crítica. E, nesse paradigma, esfera pública deve ser considerada:

Como uma periferia cujos estímulos sitiam o centro político: cultivando razões normativas, ela afeta todas as partes do sistema político sem pretender conquistá-lo.

²⁵⁵COSTA; NORONHA, 2003, p.363.

²⁵⁶ LABRA, 2006, p.219.

²⁵⁷DRYZEK, J. S.. Legitimidade e economia na democracia deliberativa. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. M. (Org.). **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 42.

²⁵⁸ ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Desafios da participação social em saúde na nova agenda da reforma sanitária: democracia deliberativa e efetividade. In:FLEURY, Sônia; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa (Org.). **Participação, democracia e saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2009. p. 244.

Passando através dos canais das eleições gerais e das várias formas de participação, opiniões públicas são convertidas em poder comunicativo que autoriza o legislativo e legitima agências regulatórias, ao mesmo tempo que uma crítica publicamente mobilizada das decisões judiciais impõe uma maior exigência de justificação sobre um judiciário envolvido com um amplo desenvolvimento do direito.²⁵⁹

Na perspectiva Habermasiana, a esfera pública seria a esfera de legitimação do poder público e, sociedade civil e esfera pública são categorias fundamentais em sua perspectiva. A esfera pública não se constitui apenas de ações comunicativas, voltadas ao entendimento, mas é, ainda, um espaço de conflito, pois nela existem comunicações estratégicas, geradas pelo sistema político e pelo mercado e veiculadas, sobretudo pelos meios de comunicação em busca da lealdade política ou da preferência de consumo.²⁶⁰

Diferente do eleitoral tradicional, mas com a mesma perspectiva de “accountability”, a proposta da política deliberativa se coaduna com a ideia de que a esfera pública possa ser o espaço do controle social, contribuindo no processo de transparência das decisões acerca das políticas públicas.

Nas conferências municipais de saúde ou mesmo nos conselhos de saúde, por meio de discussões nessas esferas públicas, os atores da sociedade civil buscam o entendimento por meio da razão comunicativa (mas também se contrapõem aos atores sistêmicos, representantes dos governos ou empresários de saúde), tornando possível questionar a pretensão de validade dos argumentos, sejam fáticos, sejam normativos e busquem novos consensos fundamentados.²⁶¹

Júlio Müller Neto e Elizabeth Artmann expõem:

É fundamental que nas estruturas comunicativas do espaço público e nas entidades da sociedade civil todos possam participar de uma interação intersubjetiva em igualdade de condições. Desse modo, a deliberação, a aprovação e o cumprimento das regras e procedimentos no espaço das conferências e conselhos assumem relevância especial se são ou não democráticas, se garantem ou não a igualdade de acesso à participação no debate, a igualdade de emprego dos atos de fala, a pluralidade e a publicidade.²⁶²

²⁵⁹ CITTADINO, 2000, p.211.

²⁶⁰ MULLER NETO, Júlio Strubing; ARTMANN, Elizabeth. Política, gestão e participação em Saúde: reflexão ancorada na teoria da ação comunicativa de Habermas. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 12, p. 3407-3416, Dec. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012001200025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 Jan. 2017.

²⁶¹ Idem.

²⁶² Idem.

É também através das discussões nas esferas públicas que se autorizam o legislativo a votar, por exemplo, os planos de saúde, e a administração pública a fazer a alocação dos recursos financeiros recebidos da forma mais adequada.

É de extrema importância a participação popular nas políticas de saúde. Os mecanismos estão apresentados, bastando aos indivíduos tomarem posse de seu direito de participar e de sua responsabilidade quanto às decisões (acordos), pois essas devem representar o interesse e o assentimento de todos os participantes do processo.

CONCLUSÃO

Essa dissertação teve a intenção de demonstrar, sob o método da dialética, a confrontação de ideias e de direitos, que nascem a partir do direito à saúde, ou seja, confrontar à partir do direito fundamental, universal à saúde, a escassez de recursos públicos e apontar a participação democrática como uma opção de solução para as políticas de saúde.

A dialética, ao contrário da metafísica, que concebe o mundo como um conjunto de coisas estáticas, o compreende como um conjunto de processos. Para Engels, a dialética é:

Grande ideia fundamental segundo a qual o mundo não deve ser considerado como um complexo de *coisas acabadas*, mas como um complexo de *processos* em que as coisas, na aparência estáveis, do mesmo modo que os seus reflexos intelectuais no nosso cérebro, as idéias, passam por uma mudança ininterrupta de devir e decadência, em que, finalmente, apesar de todos os insucessos aparentes e retrocessos momentâneos, um desenvolvimento progressivo acaba por se fazer hoje.²⁶³

Assim, aplicando o movimento dialético para o direito à saúde, o mesmo não será analisado na qualidade de objeto fixo, mas em movimento, já que nenhuma coisa está “acabada”, encontrando-se sempre em vias de se transformar, desenvolver, o fim de um processo será sempre o começo de outro, ou seja:

Direito Fundamental à saúde → escassez de recursos → participação democrática nas políticas de saúde[†]

A partir do advento do neoconstitucionalismo, com a supremacia das normas constitucionais e na grande relevância dos seus princípios, vê-se o desenvolvimento aflorado da criatividade judicial na interpretação das constituições, ou seja, o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. Então, o direito é analisado, sobretudo, sob uma perspectiva interna, pessoal, daquele que participa dos processos envolvendo sua interpretação e aplicação. Isso gera consequências imensuráveis quando transportamos para a relação: “judicialização x escassez” de recursos.

²⁶³ POLITZER, Georges. **Princípios elementares de filosofia**. 9. ed. Lisboa: Prelo, 1979. p. 214.

A questão primordial a ser analisada é como a atuação do Poder Judiciário deve ocorrer. No decorrer do trabalho, em especial no Capítulo 3, foram trabalhados os problemas que as decisões judiciais causam, concedendo bens e serviços de saúde de forma a ignorar o orçamento público, as políticas públicas existentes e suas consequências econômicas. Uma das conclusões apontadas pelo trabalho é de que ao se transferir a tutela do processo de escolha de políticas de saúde para o campo judicial, não se está beneficiando os mais pobres, não há distribuição de recursos de forma equânime, mas, ao contrário, uma grande parte dos recursos do SUS é gasta com uma pequena parcela, a mais favorecida economicamente da população.

Deve-se atentar para o fato de que não cabe ao Judiciário transformar em instância compensadora de disfunções humanas e sociais, como se isso fosse sua atribuição e responsabilidade. Ao contrário do que se possa imaginar, “as normas jurídicas não são declarações de amor.”²⁶⁴

Vivemos em um cenário de escassez de recursos, onde as necessidades a serem suportadas pelo Estado serão sempre maiores do que suas possibilidades orçamentário-financeiras. Os direitos sociais, dentre eles a saúde, a fim de que sejam efetivados, necessitam, na maior parte das vezes, de políticas públicas que demandam recursos públicos escassos. Quando tratamos de políticas públicas, é do gestor público a função de alocar os meios públicos, dirigir e executar a Administração Pública e, não, do Poder Judiciário.

Considerando a postura ativista adotada pelos magistrados brasileiros, que acabou transformando-se numa atividade por vezes “ilimitada”, necessário fazer a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial: A judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, e consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais Poderes e não é um mal em si, ocorrendo na maioria das democracias. Já o ativismo, por sua vez, configura um desvirtuamento na atuação do Judiciário, que passa a atuar extrapolando suas funções.²⁶⁵

Um dos fortes argumentos contra a justiciabilidade dos direitos sociais, é a falta de conhecimento e de informação dos juízes para alocarem recursos escassos, bem como sua falta de legitimidade. Quando um magistrado decide, obrigando o poder público a prover um bem ou a realizar uma política pública, está direcionando os recursos públicos escassos e

²⁶⁴CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito dos pobres no ativismo judiciário. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

²⁶⁵STRECK, 2011, p. 61-65.

²⁶⁵Idem.

ditando a forma como devem ser gastos, matéria que não possui treinamento, habilidade, informação, conhecimentos técnicos para avaliar se está dentro dos critérios administrativos da conveniência e da oportunidade para aquela política pública.

Ao se falar em Estado Democrático, é impensável que as decisões acerca da alocação de recursos não sejam tomadas em processo com participação e contestação pública, assim, os poderes políticos devem tomar as decisões de alocação de recursos, vez que foram democraticamente eleitos para tanto, estando sujeitos ao “accountability”.

A “Reserva do Possível” foi vista sob a ótica de Sarmento, para quem a escolha pública (escolha trágica) diante da escassez de recursos deve buscar a igualdade no sentido de somente conceder a um indivíduo, o que poderá ser disponibilizado a todos que se encontrem na mesma situação, ou seja, deve-se visar à “razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.”²⁶⁶

O direito fundamental à saúde foi apresentado como “tese” da dialética no presente trabalho, e demonstrou que diante dessa relação tão indissociável, complexa e tensa que há entre o Direito e a Saúde, e que a saúde é direito de todos e dever do Estado e necessita ser um instrumento de justiça social, e para que isso ocorra necessário que ela (saúde) seja efetivamente aplicada. Quando falamos da eficácia jurídica dos comandos constitucionais, em especial dos que tratam do direito à saúde, é o mesmo que dizer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis por força e em consequência da Constituição e, além disso, significa que os poderes constituídos estão obrigados a dispor à população tais prestações, independentemente de orientação política ou plano de governo.

Fora analisado no “Capítulo da Tese”, o “Mínimo Existencial” e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Sobre o “Mínimo Existencial”, compreende como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna e, assim, saudável, tendo sido identificado por alguns, como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade, não podendo ser quantificável de forma única e definitiva, variando conforme o lugar, tempo, padrão de vida (socioeconômico), expectativas e necessidades.²⁶⁷ Já o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, tem relação direta com a dignidade da pessoa humana e com a segurança jurídica, que é elemento fundamental do Estado de Direito (Estado da Segurança Jurídica).

²⁶⁶ SARMENTO, 2010, p. 571-572.

²⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 20-21.

Atenta-se ao fato de que se vive hoje um problema típico de países de modernidade tardia, a falta de atenção à saúde básica, que não é planejada pelo executivo, e por fim, não é acudida nem pelo legislador, nem pelo gestor, embora este seja um dever jurídico que lhes é imposto pela Constituição, nem pelo Judiciário, já que demandas com pleito de saúde básica dificilmente chegam ao judiciário. A atenção à saúde básica é o tema propício a ser abordado e debatido nos Conselhos Municipais de Saúde.

Na Síntese do trabalho, foi abordada a participação democrática nas políticas de saúde, expondo que as decisões que pertencem a alocação de recursos, a fim de que sejam legítimas, necessitam de processo de deliberação com a participação e a contestação públicas.

Esse processo democrático decisório com a participação de todos, traz legitimidade para as decisões e acaba por promover um diálogo entre a sociedade civil e o Estado, que, normalmente será o responsável por aquilo que fora decidido democraticamente.

Além da participação democrática se mostrar de extrema importância para o planejamento das políticas públicas, é garantida na área da saúde (art. 198 da Constituição de 1988 e Lei n. 8.142/90). Os conselhos e conferências de saúde são a prova de que é possível a democracia participativa. Todavia, falta à sociedade a conscientização da importância da participação, o que transforma os cidadãos em coautores sociais.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. O entrenchment como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Org.). **Justiça Constitucional: Pressupostos Teóricos e Análises Concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

AMARAL, Gustavo. **Direito Escassez & Escolha: Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1990.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coord.). **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília, DF: CNJ, 2015.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Direito, epistemologia e neoliberalismo. **Revista Crítica Jurídica; Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho: Fundación Iberoamericana de derechos humanos**, Curitiba, n. 19, p.139-156, jul/dez. 2001. Semestral.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 1, n. 7, p.18-30, jan/jun. 2006. Semestral. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311>>. Acesso em: 9 Maio 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos E Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 10 Jun. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 4 DE MAIO DE 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 maio 2000.

FRANCISCO, José Carlos (Coord.). Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos; BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: del Rey, 2012.

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. (a)

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. (b)

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da constituição**. 3. ed., Coimbra: Almadina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito dos pobres no ativismo judiciário. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARBONELL, Miguel. Nuevostiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: unanálisismetateórico. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do poder judiciário**. São Paulo: MP, 2006.

CONTI, José Maurício. **Orçamentos Públicos: A Lei 4.320/1964 Comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COSTA, Ana Maria; NORONHA, José Carvalho de. Controle social na saúde: construindo a gestão participativa. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 65, p.358-363, set./dez. 2003.

DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Edusp, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, Feb. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 26 Jan. 2017.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DRAIBE, S. M.; AURELIANO, L. A. A especificidade do welfarestate brasileiro. In: DRAIBE, S. M.; AURELIANO, L. A. **Economia e desenvolvimento**. Brasília: Mpas/cepal, 1989.

DRAIBE, S. M. As políticas sociais do regime militar brasileiro: 1964-84. In: SOARES, G. A. D.; SOUZA, D'a. M. C. (Org.). **21 anos de regime militar: balanços e perspectivas**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1994.

DRAIBE, S. M.; RIESCO, M.. **Estado de bienestar, desarrollo económico y ciudadanía: algunas lecciones de la literatura contemporânea**. n. 55. México: Naciones Unidas/cepal, 2006. (Serie Estudios y Perspectivas).

DRYZEK, J. S. Legitimidade e economia na democracia deliberativa. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. M. (Org.). **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora 34, 2004.

ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Desafios da participação social em saúde na nova agenda da reforma sanitária: democracia deliberativa e efetividade. In: FLEURY, Sônia; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa (Org.). **Participação, democracia e saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: del Rey, 2012.

GIOCOMONI, Janes. **Orçamento Público**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Tradução de Geraldo de Carvalho.

GRIN, Eduardo José. Regime de Bem-estar Social no Brasil: Três períodos históricos, três diferenças em relação ao Modelo Europeu Social-democrata. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, São Paulo, v. 18, n. 63, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2003. v. 1.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TONNERA JUNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e a concretização judicial dos direitos sociais**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do Bem-estar na idade da razão: A reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KELLER, Arno Arnaldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 51.

LABRA, Maria Eliana. “Conselhos de saúde: dilemas avanços e desafios”. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.). **Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

LABRA, Maria Eliana. Conselhos de saúde. Visões “macro” e “micro”. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 6, n. 1, p. 199-221, dez. 2006.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006.

FERRAZ, Marcos Bosi. O STF e os dilemas da saúde. **Jornal Folha de São Paulo**. São Paulo, p. 1-1. 9 maio 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0905200909.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. t. 1.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 18, p. 169-186, set. 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARRAFON, Marco Aurélio. Esgotamento do Estado de bem-estar afeta a concretização de direitos sociais. **Revista Consultor Jurídico**. 10 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-10/constituicao-poder-esgotamento-estado-bem-estar-afeta-concretizacao-direitos-sociais>>. Acesso em: 19 Jan. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado social. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 37., 2011, Belo Horizonte. **Conferência**. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>>. Acesso em: 18 Jan. 2017.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos filosófico-políticos da Teoria da Constituição dirigente adequada para países de modernidade tardia**. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2009. p.113.

NERI, M.. Focalização, universalização e transferências sociais. **Revista Econômica da Uff**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p.163-170, 2004.

MULLER NETO, Júlio Strubing; ARTMANN, Elizabeth. Política, gestão e participação em Saúde: reflexão ancorada na teoria da ação comunicativa de Habermas. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 12, p. 3407-3416, Dec. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012001200025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 Jan. 2017.

NUNES, Rui. Reinventar o Estado Social. In: CORREIA, Fernando Alves (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 4.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 1 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 2 Mar. 2016.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Tradução de: Maria Fernanda Oliveira.

PAIM, Jairnilson, et al. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. **The Lancet: Saúde no Brasil**, Rio de Janeiro, p.11-31, maio 2011. Disponível em: <<http://www.abc.org.br/IMG/pdf/doc-574.pdf>>. Acesso em: 7 Jan. 2017.

POLITZER, Georges. **Princípios elementares de filosofia**. 9. ed. Lisboa: Prelo, 1979.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, A. C. O Processo Orçamentário Brasileiro como Instrumento de Accountability. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, São Paulo. **Anais...** . 2008. p.14.

ROTH, André Noël. Direito em Crise: fim do Estado Moderno?. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

SANTOS, W. G. Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado (rere)**, Salvador, n. 11, p.1-17, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 8 Dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 3, n. 9, p. 95-133, Belo Horizonte, Fórum, janeiro, 2009. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso: 19 Jan. 2017.

SAÚDE E MEIO AMBIENTE. Intersetorialidade. OPAS/2004.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a Saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista Saúde Pública**, v. 31, n. 5, p. 538-542, 1997.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. Tese (Doutorado) - Concurso de Provas e Títulos Para Provimento do Cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do Trabalhador como um Direito Humano**. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Orçamento: Programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

SIMIONI, Ariani. O Direito Humano e fundamental à Saúde no Brasil e em Portugal. **Revista Unisc**, Santa Cruz do Sul, p.1-20, 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/13238>>. Acesso em: 6 jan. 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A Releitura da Teoria Jusfundamental no Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-releitura-da-teoria-jusfundamental-no-direito-constitucional-brasileiro.-por-ricardo-mauricio.>> Acesso em: 11 Jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan/jun. 2011. Semestral. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/revista_final4.pdf#page=8>. Acesso em: 10 Maio 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números?. **Revista Consultor Jurídico**, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 1 Mar. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Entrevista Professor Luiz Streck. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**. dez. 2011. v. 81, p.13.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p.31-46, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf>>. Acesso em: 2 Mar. 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial**: Uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. São Paulo: Iob Thompson, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: O Orçamento na Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000. v. 5.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1.

VASCONCELOS, Manuel Antônio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos da Economia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, Apr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 19 Jan. 2017.